

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 899

(Ano XI)
(30/03/2019)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2019

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

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

COLONISTA DA SEMANA



28/03/2019 Sandra Franco

» Crescimento da Judicialização na Saúde: qual a solução?04

ARTIGOS

29/03/2019 José Antônio Neves Neto

» Essencialidade do Ministério Público frente ao sistema romanístico de direito.....07

29/03/2019 Renata Simonetto Gonçalves

» O efeito contrário da "guerra" às drogas: aumento da violência e propagação do preconceito.....25

29/03/2019 Joisse Camila Gardiman

» Inquérito policial: a possibilidade jurídica da hipnose como meio de prova.....43

28/03/2019 André Ricardo Peixoto

» Ensaio sobre Direito de Laje e Impostos Imobiliários Municipais - Repercussões, Hipóteses e Propostas.....130

28/03/2019 José Antônio Neves Neto

» Redução da maioria penal e sua (im)possibilidade: análise constitucional, política e social...147

28/03/2019 Francisca Marcia Moura Lopes

» Querela nullitatis de sentenças inexistentes e a necessidade de sua posituação no ordenamento jurídico-positivo brasileiro.....169

27/03/2019 Victor David de Azevedo Valadares

» O rol do Artigo nº 1.015 do Código de Processo Civil/2015 e a solução encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça acerca de sua natureza.....197

27/03/2019 Jomar de Oliveira Ramos

» Responsabilidade civil por dano ambiental decorrente de atividade poluente.....217

27/03/2019 Antonio José Cacheado Loureiro

» Regularização fundiária urbana: breve análise à luz da Lei nº 13.465/2017.....236

| | |
|---|-----|
| 26/03/2019 Kallyne Fontenele de Meneses | |
| » <u>Reparação civil aos filhos, vítimas do abandono afetivo</u> | 258 |
| 26/03/2019 Antonio José Cacheado Loureiro | |
| » <u>Concepções de Infância ao Longo da História e a Evolução Jurídica do Direito da Criança</u> | 269 |
| 26/03/2019 Rodrigo Silveira Chung | |
| » <u>Breves considerações sobre os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) nas relações de emprego</u> | 297 |
| 25/03/2019 Erika Cordeiro de Albuquerque dos Santos Silva Lima | |
| » <u>Breves considerações acerca da relevância dos princípios fundamentais que norteiam a administração pública</u> | 307 |
| 25/03/2019 Miria Pereira Laurindo Carvalho | |
| » <u>Os reflexos do desempenho da educação básica no ensino superior</u> | 319 |
| 25/03/2019 Benigno Núñez Novo | |
| » <u>A importância da soja na produção de biodiesel</u> | 336 |

MONOGRAFIA

| | |
|---|-----|
| 25/03/2019 Thalita Rodrigues Serafim | |
| » <u>Alienação parental e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro</u> | 345 |

CRESCIMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO NA SAÚDE: QUAL A SOLUÇÃO?

SANDRA FRANCO: consultora jurídica especializada em direito médico e da saúde, doutoranda em Saúde Pública, presidente da Comissão de Direito Médico e da Saúde da OAB de São José dos Campos (SP) e membro do Comitê de Ética para pesquisa em seres humanos da UNESP (SJC) e presidente da Academia Brasileira de Direito Médico e da Saúde.

Já são décadas de crescimento das ações e processos judiciais em que os pacientes acionam o Poder Judiciário para ter o direito e o acesso aos serviços de saúde no Brasil. Os tribunais passaram a ser uma extensão dos balcões de atendimento dos hospitais, clínicas e operadoras de saúde, uma porta de acesso quase sem barreiras. O custo da Judicialização para o país é estimado em R\$ 10 bilhões por ano, quase 10% do valor total dos recursos disponibilizados para a área.

Recente relatório encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Poder Judiciário apontou um crescimento de aproximadamente 130% nas demandas de primeira instância entre 2008 e 2017. A pesquisa, realizada com base em dados da Lei de Acesso à Informação, identificou 498.715 processos em primeira instância, distribuídos entre 17 justiças estaduais e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais estaduais. Na segunda instância, houve um salto de 2.969 processos em 2008 para mais de 20 mil em 2017.

Problemas com os convênios foram a maior causa (30,3%) dos pedidos de processos relacionados ao assunto no país. Outros assuntos levados ao Judiciário foram: pedidos de seguro em saúde (21,1%), saúde pública (11,7%), tratamento médico-hospitalar ou fornecimento de medicamentos (7,8%) e fornecimento de medicamentos (5,6%). Na segunda instância, planos de saúde respondem por 38,4% e seguro, por 24,7%. Na primeira instância, são saúde pública (23%), planos de saúde (22,8%) e seguro (14%).

O estudo também revelou que, em São Paulo, 82% dos processos se referem a planos de saúde, tendo distribuído 116.518 casos nessa categoria. Já no Rio de Janeiro, saúde pública é o principal entrave, com 35% dos casos. Em Minas Gerais, a maior demanda judicial é pelo acesso ao tratamento médico-hospitalar ou

fornecimento de medicamentos, com 21%. E, em Santa Catarina, o tema mais recorrente, com 28% dos casos, é o acesso aos medicamentos.

Segundo dados apresentados pelo CNJ, o caso de maior relevo é o que envolve órteses e próteses, citados em mais de 108 mil decisões de tutela antecipada em uma amostra de 188 mil. Claro que o valor de órteses e próteses e o caráter de urgência algumas vezes associado à sua utilização explicariam o elevado número de pedido de liminares; no entanto, chama atenção o fato de muitos profissionais da saúde ganharem mais pela indicação de certas marcas e tipos desses materiais cirúrgicos.

Independentemente dos pedidos irrealistas que alguns pacientes demandam ao Judiciário, esses números constatarem que a saúde no Brasil sofre os efeitos de uma má gestão política, econômica e administrativa. É preciso mais que do que ações pontuais para que se resolva ou, pelo menos, amenize a situação atual. Não se pode olvidar que há também uma cultura de favorecimento diretamente ao médico, seja por meio da prescrição de medicamentos desnecessários com incentivos financeiros por fornecedores e laboratórios, seja por honorários profissionais que o médico irá receber pelo procedimento. Tem-se assistido ao desmanche de quadrilhas formados por profissionais da saúde com escopo de fraudar o sistema de saúde quer público que privado, por exemplo, ao prescrever medicamentos pela marca, em vez de indicar apenas o princípio ativo.

O cenário é crítico e o sistema de saúde está à beira de um colapso. Os pacientes brasileiros sofrem com a falta de leitos, de atendimento de qualidade, com equipamentos decentes para exames e diagnósticos, com o tempo de espera para cirurgias e procedimentos, com a distribuição e o preço de medicamentos. Sem esquecer que a falta de políticas de promoção à saúde, tal como tratamento de água e saneamento básico colaboram para a indústria da doença.

A judicialização no setor é um problema crônico, que parece um caminho sem fim. Há mais de uma década discute-se a possibilidade de uma força-tarefa entre os operadores do Direito e os profissionais da saúde para se resolver esta questão. Entretanto, enquanto a política do Governo Federal não fizer sua parte, com ações, mudanças de gestão, previsões de gastos e uma atenção especial aos hospitais públicos, o Judiciário continuará servindo como porta de acesso àqueles que conseguem pagar advogados para ter privilégios ou para serem colocados à frente nas filas de espera para os diversos procedimentos da no SUS.

A cultura do cidadão de entender a saúde como um direito de todos, de forma a que não se poderá suprir apenas os interesses individuais também é essencial. Aquele que usa seu plano de saúde para exames desnecessários ou judicializa para

procedimentos e medicamentos que nem sequer utiliza também colabora para o caos na saúde.

O Judiciário, por sua vez, tem buscado formas de tornar mais rápidas e adequadas às decisões, por exemplo, o CNJ propõe aos magistrados julgadores que se utilizem dos NATs (Núcleos de Apoio Técnico), os quais disponibilizam fundamentos técnicos para auxiliar os juízes na tomada de decisões das demandas relacionadas à saúde. Mister que sempre esteja presente o fundamento de que os recursos financeiros para a saúde são finidos, isso em qualquer parte do mundo.

Enquanto o Ministério da Saúde e o Palácio do Planalto não fizerem sua parte, com ações, mudanças de gestão, previsões de gastos e uma atenção especial aos hospitais públicos, o Judiciário continuará servindo como porta de acesso àqueles que conseguem pagar advogados para ter privilégios ou para serem colocados à frente nas filas de espera para os diversos procedimentos da rede SUS.

ESSENCIALIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FRENTE AO SISTEMA ROMANÍSTICO DE DIREITO

JOSÉ ANTÔNIO NEVES NETO: Advogado, pós-graduando em Direito Penal, Processual Penal e Segurança Pública pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ.

Resumo: O presente trabalho tem por escopo analisar a importância da instituição do Ministério Público em países que adotaram o sistema romanístico de direito, notadamente no Brasil, estabelecendo comparações com o sistema costumeiro de outras nações. Neste diapasão, analisa-se a participação do Ministério Público no devido processo legal, envolvendo tanto atribuições expressas na Constituição Federal de 1988 quanto ideias centrais difundidas pela doutrina, jurisprudência e pela própria comunidade jurídica. Indaga-se se o *Parquet* estaria, ao realizar determinadas condutas, exorbitando suas funções e, através de conciso estudo, demonstra seu cabimento por meio de interpretação sistemática da Constituição, atendendo ao princípio da máxima efetividade constitucional, bem como da autoaplicabilidade dos direitos fundamentais. Centra-se o presente artigo em fundamentos, inclusive de ordem axiológica, relativos à indispensabilidade da instituição alhures referida, que possuem o fito de respeitar o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Ministério Público. Direito Romanístico. Devido Processo Legal. Estado Democrático de Direito.

Abstract: The present work scope is to analyze the importance of the District Attorney institution in countries that adopted the romanistic legal system, specially in Brazil, making comparisons with the common law system of other nations. In consequence, analyzes the participation of the Public Ministry in the due process of law, having as material from express brazilian 1988 Federal Constitutional assignments to central ideas widespreaded in the doutrine, jurisprudence and also by the juridical community itself. It's enquired if the *Parquet*, while executing specific conducts, is coming out of his attributions, and demonstrates, in short study, why it's possible doing so throughout sistematical constitutional interpretation, attending to the principle of maximum constitutional effectiveness, such as the autoaplicability of the fundamental rights. The present article concentrates in fundaments, including axiological, regarding the indispensability

of the above mentioned institution, which aim is to respect the Democratic State of Law.

Keywords: Public Ministry. Romanistic Legal System. Due Process of Law. Democratic State of Law.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 DIFERENTES SISTEMAS JURÍDICOS 3 A PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO DEVIDO PROCESSO LEGAL 4 O MINISTÉRIO PÚBLICO NO SISTEMA ROMANÍSTICO 5 O ATIVISMO NECESSÁRIO 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS 7 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O ser humano é incapaz de viver isolado, incapaz de subsistir sem estabelecer relações com semelhantes. Premissa consagrada desde a Antiguidade Clássica, onde Aristóteles (384 a.C–322 a.C) preconizou “o homem é um animal social, um animal político”. Remeter-se-á à célebre máxima latina “*ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus*”.

Uma vez que o homem não possui meios para sobreviver sozinho, ele recorre ao convívio em sociedade. Estabelecida a convivência grupal, não tarda para que os conflitos surjam. Daí a fonte natural do Direito, qual seja, a necessidade de regular o convívio em sociedade, estabelecer deveres, direitos e limites a estes direitos.

Difícil, para não dizer improbabilíssimo, conceber uma civilização que dispense o Direito nos dias atuais. No entanto, é preciso ter em mente que o Direito pode variar a depender do contexto histórico-cultural, e até geográfico. Exatamente por isso que o Direito que vige no Brasil não pode ser o mesmo da Alemanha, muito embora nosso Direito sofra pujante influência germânica, a exemplo de nosso Código Penal. Ademais, há sistemas diversos de regulação, tendo-se por base as fontes e os processos pelos quais se formalizam.

O esforço deste trabalho é dirigido a revelar a imprescindibilidade do Ministério Público, especificamente no sistema jurídico adotado pelo Brasil, o Direito romanístico. Esclarecer-se-á, de forma concisa, motivos pelos quais não se

pode dispensar a presença do Ministério Público nas situações que lhe compete (arts. 127 a 130 CF). Argumentar-se-á que a instituição é palco de segurança jurídica e que, juntamente à Defensoria Pública e advocacia liberal, fomenta o núcleo, o âmago do Estado Democrático de Direito.

Afinal, indaguemos: como absorver o ideal de um Estado de Direito, fundamentado na democracia, regido pela lei, sem a atuação de órgão que tutele o cumprimento da lei e, portanto, a garantia prático-social de sua eficácia?

2 DIFERENTES SISTEMAS JURÍDICOS

Segundo o dicionário Aurélio, sistema significa “reunião de princípios coordenados de modo a formar uma doutrina”. O Direito, sendo uma ciência social, contempla diversos sistemas. Todavia, pode-se dividir o Direito em dois grandes sistemas: o *civil law* e o *common law*. Referidos sistemas se caracterizam por constituir a maior parte dos sistemas usados na atualidade, sendo os mais conceituados, detentores de longos estudos acadêmicos.

Embora guardem identidade de razão^[1], *civil law* e *common law* são extremamente distintos. Para que se possa compreender as diferenças é necessário um prévio conhecimento acerca das fontes do Direito.

Conforme as lições de Miguel Reale (1998): “Por ‘fonte do direito’ designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa.”

Fonte, do latim *fontis*, quer dizer nascente d’água, nascedouro. Fontes do Direito são, portanto, os processos que dão *vida* ao Direito. Existe certo consenso quanto a três fontes jurídicas: a lei, o costume e a jurisprudência. Poucos doutrinadores ousam afirmar que estes processos não são fontes jurídicas, e os que assim fazem, falham em sua missão.

A lei, por óbvio, é incontestável fonte do Direito, não há que se contestar isso. Quanto aos costumes, relevante a premissa de Ulpiano “os costumes são o tácito consenso do povo, inveterado por longo uso”. O costume de um povo faz parte de sua cultura e por vezes tem *força* de lei, daí se poder dizer que é uma fonte. Aliás, importante é o magistério de Paulo Nader (2002): “no passado, a

influência do Direito costumeiro era mais visível, já que o costume era praticamente a única forma de expressão do Direito”.

Quanto à jurisprudência, basta observar a tendência dos tribunais em seus julgados que logo se percebe o quão predominante é a jurisprudência. Apesar de doutrinariamente controverso, indico a fonte negocial e a própria doutrina como fontes complementares. A meu ver, é perfeitamente possível enquadrá-las como fontes do Direito, pelo simples fato de darem vida à ciência jurídica.

Uma vez percorrido sobre as principais fontes, torna-se possível seguir com a discussão sobre as diferenças entre os dois fortes sistemas jurídicos. O Brasil adotou o *civil law*, também conhecido como direito romanístico. Segundo Reale (1998), o sistema romanístico caracteriza-se “pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito”. Implica dizer que neste sistema, adotado pela pátria amada, a lei é tida como a principal fonte do Direito. As demais fontes vêm com caráter subsidiário, complementar, por sinal com expressa menção da Lei de Introdução às normas de Direito brasileiro (LINDB)[2] que, em seu artigo quarto, diz: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Portanto, nos países em que esse sistema é adotado, não se pode ir contra a lei. Existem países, contudo, que adotaram o *common law*, também chamado de Direito costumeiro, consuetudinário ou jurisprudencial. Nos países que optaram pelo sistema costumeiro a frase “não se pode ir contra a lei” não contém *tanta força* quanto nos países que escolheram o sistema romanístico. Acontece que, diferentemente do *civil law*, o *common law* não tem a lei como fonte primária. A lei é fonte do Direito, mas não precípua. Assim diz Nader (2002):

O Direito costumeiro pode ser definido como um conjunto de normas de conduta social, criadas espontaneamente pelo povo, através do uso reiterado, uniforme e que gera a certeza de obrigatoriedade, reconhecidas e impostas pelo Estado.

São exemplos de países que não optaram pelo direito romanístico a Inglaterra e os Estados Unidos. Tais países fazem uso do sistema costumeiro, onde a força do Direito mais surge dos costumes jurídicos e *precedentes abertos pelos*

tribunais do que propriamente por atuação parlamentar. Aqui já se percebe uma diferença gigantesca a ser apontada, entre Brasil e Estados Unidos, capaz de anular as famigeradas discussões comparadas.

Reale (1998) aponta o Direito costumeiro em face do romanístico:

Ao lado dessa tradição, que exagera e exacerba o elemento legislativo, temos a tradição dos povos anglo-saxões, nos quais o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisprudência do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos. Trata-se, mais propriamente, de um Direito misto, costumeiro e jurisprudencial. Se, na Inglaterra, há necessidade de saber-se o que é lícito em matéria civil ou comercial, não há um Código de Comércio ou Civil que o diga, através de um ato de manifestação legislativa. O Direito é, ao contrário, coordenado e consolidado em precedentes judiciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios. Já o Direito em vigor nas Nações latinas e latino-americanas, assim como também na restante Europa continental, funda-se, primordialmente, em enunciados normativos elaborados através de órgãos legislativos próprios.

E arremata:

Temos, pois, dois grandes sistemas de Direito no mundo ocidental, correspondentes a duas experiências culturais distintas, resultante de múltiplos fatores, sobretudo de ordem histórica.

Após brilhante exposição do culto Miguel Reale, sobre sistemas jurídicos e suas peculiaridades, e compreendidos os mesmos, segue-se o trabalho.

3 A PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Constituição Federal de 1988 é tida, dentre todas as constituições já promulgadas no Brasil, como a mais *garantista*. Elencou, em seu art. 5º, um *opulento rol de direitos e garantias fundamentais*, estabelecendo, ainda, em seu parágrafo segundo, o seguinte: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Desse modo, cuidou o constituinte de assentar que o rol dos direitos fundamentais não é exaustivo, não se trata de lista taxativa. Ao contrário, os direitos fundamentais também podem ser implícitos e, sendo assim, o número só aumenta, tendo em vista que o constituinte também os edificou a *status* de cláusula pétrea[3].

Dentre os princípios constitucionais fundamentais está o devido processo legal. Depreende-se da ideia de ser julgado conforme a lei, de maneira não arbitrária, daí o direito ao juiz natural (imparcial, neutro) e a vedação do tribunal de exceção. Do princípio do devido processo legal extraem-se outros dois de suma relevância no nosso ordenamento jurídico: o contraditório e a ampla defesa. Preciso é o magistério de Gilmar Mendes:

O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.[4]

O Tribunal de exceção é aquele constituído para um caso específico, a exemplo do Tribunal de Nuremberg[5]. Sem adentrar ao mérito do exemplo supracitado, a existência de tribunal constituído para fato singular é incompatível com o regime democrático. O Brasil, Estado soberano, fez por bem garantir que ninguém poderá ser processado ou julgado senão por autoridade

competente.[6] Autoridade competente é o mesmo que juiz de direito togado, cuja competência é definida por lei.

O contraditório, nos termos de Marcelo Novelino (2010), seria a “ciência bilateral dos atos do processo com a possibilidade de contrariá-los”.

Todo o réu tem direito a mostrar sua visão, seu lado da lide, de modo a tornar o julgamento justo e não parcial. A ampla defesa permite que o indivíduo tenha como garantia todos os meios lícitos inerentes a sua condição de defesa, tornando possível que se proteja com dignidade da forma mais abrangente possível. Inclusive, a ausência ou redução da ampla defesa acarreta a nulidade do processo.

Não se questiona, hodiernamente, mencionadas garantias. Não há como conceber, em pleno século XXI, um julgamento autoritário, sem a possibilidade de defesa do acusado. Todavia, não podemos olvidar que, não obstante as garantias fundamentais individuais de defesa, também se deve incluir como garantia uma preparada acusação, sob pena de impunidade em não o fazendo.

A devida acusação deve ser entendida como uma *garantia da sociedade*. Portanto, ao passo em que chamamos acusação (do acusado), poder-se-ia denominar como defesa, bastaria dizer defesa da sociedade. A dualidade acusação/defesa altera-se conforme o parâmetro. A acusação apresenta-se, assim, como uma função essencial do Estado Democrático de Direito, fazendo com que as pessoas confiem na segurança jurídica, sabendo que, ao tempo em que o acusado tem todas as suas garantias individuais, também a sociedade está amparada. É aqui que entra o Ministério Público.

O Ministério Público é imprescindível na efetivação das funções institucionais determinadas pela Constituição da República, sem sua presença, restaria a impunidade. Exerce o papel de “defensor” da sociedade, objetivando o cumprimento da lei.

O advogado está dedicado ao direito de seu cliente (e aqui não se faz qualquer crítica à advocacia, posto que também imprescindível no Estado de Direito), porém, se está o causídico empenhado na defesa e instrução de seu contratante, deve, invariavelmente, sob pena de injustiça, existir (nos casos em que a sociedade é a vítima) um Promotor de Justiça apto a representar todos os

interessados, quais sejam, toda a sociedade. Faz-se imprescindível para que se equilibre o julgamento, para que seja justo e que não se incline para lado algum, senão para a consecução da finalidade última do Direito, qual seja, *alcançar a justiça*.

4 O MINISTÉRIO PÚBLICO NO SISTEMA ROMANÍSTICO

Como explanado alhures, o sistema do *civil law* ou direito romanístico define-se como o império da lei, comando abstrato e genérico, sem o qual não há que se falar em direito. Em nosso sistema, a partir da proposta de tripartição dos poderes de Montesquieu, acolhida pelo constituinte, ficou o Poder Legislativo, precipuamente, encarregado da missão da elaboração das leis.

O Legislativo tratará de criar novas leis na medida em que sinta tal necessidade. Como consequência, temos a necessidade de um Poder para julgar as lides, daí o Poder Judiciário. Por fim, temos o Executivo como gestor e administrador.

A tripartição parece completa. Parece, mas não está. Quiçá estaria num sistema jurisprudencial ou consuetudinário, mas não no nosso. Ocorre que, sendo a lei a fonte *primordial* de nosso Direito, indispensável é que seja cumprida e fiscalizada, sob pena de fragilidade de todo o sistema.

O Ministério Público poderia ser considerado, a nível doutrinário, uma *espécie* de quarto poder. Não obstante o posicionamento de alguns tribunais no sentido de que o Ministério Público não se configura como quarto poder, é preciso ressaltar que não se está elevando o *status* da instituição a um novo poder, mas sim atribuindo a relevância que lhe é devida, de caráter indispensável, uma "espécie" de poder, *equiparado* a um poder. Michel Temer^[7] direcionou posicionamento em sentido convergente: "eu vejo como é importante dizer que o Ministério Público é o Quarto Poder, assim construímos nosso Estado democrático de Direito."

Temos por consagrado, em nosso ordenamento jurídico vigente, o *princípio da legalidade*. Princípio este perpetuado por nossa Constituição Federal no rol expresso dos direitos fundamentais, art. 5º, II, que diz, *in verbis*: II -

ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

O *Parquet* é o fiscal da lei, aquele que está como garantidor da sociedade. O Código de Processo Civil, em seu art. 83, apresenta “intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público [...]” Também a Lei nº 7.210/84 (Execução Penal), em seu art. 67 “O Ministério Público *fiscalizará* a execução da pena e da medida de segurança [...]”

Inclusive, a *Teoria dos Poderes Implícitos*, cujo nascedouro se deu na Suprema Corte dos Estados Unidos, vem sendo aplicada pelo Supremo Tribunal Federal. Em relação ao Ministério Público frente à mencionada teoria, depreende-se que, ao determinar que a instituição cuide da ação penal, sendo titular da mesma, por motivos de ordem lógica também estaria concedendo-lhe poderes para que, de forma preliminar, realizem-se investigações. Aliás, cumpre ressaltar o inciso IX do art. 129 da Constituição Brasileira:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Impende o HC 87610 SC do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do excelso ministro Celso de Mello:

"HABEAS CORPUS" - CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E DE CONCUSSÃO ATRIBUÍDOS A POLICIAIS CIVIS - POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDOS AGENTES POLICIAIS - VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA - CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA AOS POLICIAIS - LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL

PÚBLICA PELO "PARQUET" - TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS - CASO "McCULLOCH v. MARYLAND" (1819) - MAGISTÉRIO DA DOCTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, v.g.) - OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL - LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - "HABEAS CORPUS" INDEFERIDO. NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI UM DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DE INVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO . - O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a "informatio delicti". Precedentes . - A investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito . - A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o "dominus litis", determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua "opinio delicti", sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial. Precedentes. A ACUSAÇÃO PENAL, PARA SER

FORMULADA, NÃO DEPENDE, NECESSARIAMENTE, DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL . - Ainda que inexistam qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente "persecutio criminis in judicio", desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal. Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSIVIDADE E A ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA . - A cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1º, inciso IV, da Constituição da República - que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público - tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais . - Incumbe, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e excetuada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o Ministério Público . - Função de polícia judiciária e função de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, que também justifica o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. Doutrina. É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA.[8]

Destarte, compete ao Ministério Público a consecução da justiça, sendo o responsável pela fiscalização da lei, não cabendo dizer que não possa a instituição realizar investigações. Nosso Direito não permite uma aplicação “a letra fria da lei”, posto que é regido também por princípios que servem como diretrizes de interpretação e por vezes até como norma, sendo assim, querer operar o Direito de modo excessivamente e exclusivamente positivista, seguindo a tradicional linha da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, não encontra espaço na modernidade.

Ademais, o brocardo de origem latina reflete bem o entendimento do Supremo Tribunal Federal: “quem pode o mais, pode o menos”. Se é o Ministério Público o titular da ação penal, como conceber uma vedação ao poder investigatório da instituição?

Portanto, num sistema complexo onde a lei é fonte primária do Direito, porém jamais única, é inviável imaginar a ausência da insigne Instituição Ministério Público, tal ausência configuraria uma ignomínia para o ordenamento jurídico brasileiro. Outrossim, o Ministério Público é, definitivamente, uma espécie de quarto poder, não formal, mas material.

Portugal, em feliz legislação, dispõe que compete ao Ministério Público, além de fiscalizar a lei, dirigir a investigação criminal, *ainda quando realizada por outras entidades*. A intenção brasileira foi a mesma, porém se tivesse recorrido à clareza exposta pelos lusitanos, confusões interpretativas teriam sido evitadas.

Cumprir dizer: o Ministério Público não é vetusto nem inadequado em sistemas costumeiros, denominado *common law*. Sabe-se que sua ausência resultaria em estigmas incuráveis em qualquer lugar do mundo contemporâneo. Os Estados Unidos, por exemplo, cujo sistema é eminentemente jurisprudencial e costumeiro, reconhece a importância do *Prosecutor* e do *D.A (District Attorney)*, no entanto, é incabível supor que sua relevância seja a mesma em países latino-americanos e relacionados, dados os argumentos discorridos ao longo deste texto.

5 O ATIVISMO NECESSÁRIO

O Promotor de Justiça, como o próprio nome sugere, deve buscar almejar a justiça. Não deve o *Parquet* se envolver em causas distintas, nem fazer partido com motivos casuísticos.

A Constituição de 1988 definiu os aspectos formais de atribuições e competência da Instituição. O integrante do Ministério Público não deve se ater, exclusivamente, a aspectos formais. Necessita o Promotor estar sempre com senso de justiça, lutando por aquilo que o Direito demande, mesmo que a ciência jurídica pareça, em determinados momentos, ficar aquém da luta social. Sapiente e feliz é o ensinamento do célebre jurista uruguaio, Eduardo Juan Couture: *“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”*

Tal ensinamento gera repúdio ao jurista irascível, limitado e adstrito a aspectos formais. Este jurista, incapaz de interpretar, entende a assertiva como um atentado ao Direito, visto que julga falta de disciplina na afirmação. Trata-se, na realidade, de visão preconceituosa e antiquada, para não dizer mal pensada. Se não, vejamos: é sabido e uníssono que a finalidade última do Direito é a realização da justiça, como se poderia, então, definir aquele que luta pela justiça como contrário ao Direito? Não é possível. *Data venia*, é apenas uma questão de interpretação (e o Direito é, acima de tudo, interpretação). Quando o uruguaio faz referência a uma aparente antinomia entre Direito e justiça, é porque tal contradição findou por ocorrer em decorrência de falha e equívoco dos operadores^[9], posto que o Direito não deve ir contra a justiça^[10] e, assim sendo, estar-se-ia colaborando com o Direito quando o adaptamos à sua finalidade última.

Como exemplo da necessidade do ativismo do Ministério Público pode-se citar o Projeto de Emenda à Constituição 37. Referida PEC tinha como objetivo, através de subterfúgio ardil, impedir a atuação do Ministério Público em sede de investigação. A PEC era, evidentemente, de caráter corporativista. Apesar de tanto, bem redigida e com apoio de significativa parte dos parlamentares e quase toda a classe que a PEC beneficiava, trouxe iminente perigo a ordem jurídica, porque totalmente apta a ser aprovada. Não fosse o ativismo do Ministério Público, provavelmente hoje a instituição teria perdido força. O ativismo deu-se na forte campanha realizada por seus integrantes, revelando o que realmente estava por trás das belas “letras constitucionais”, e com isso conseguiu o apoio da população. A afirmativa “todo o poder emana do povo” ^[11] nunca foi tão verossímil, uma proposta que, de início, tinha tudo para ser aprovada, foi posta abaixo em virtude dos anseios do povo brasileiro. Sabia-se que a PEC interessava a boa parte dos

parlamentares, mas estes não poderiam ir contra a “voz do povo”, uma vez que os representam.

Ativismo significa atividade de luta, revolucionária, contínua e permanente, com o fito de conquista. Muito se debate acerca do ativismo judicial, exercido pelo Judiciário, mas poucos ousam adentrar na seara de tal exercício pelo Ministério Público, muito embora devessem. Frise-se que judicial por ocorrer em vias judiciais, porém denominar-se-ia social sem qualquer problema, visto que tem por objetivo alcançar conquistas sociais.

O *Parquet* tem tarefa incessante quando do ativismo, sendo-lhe inerente o dever de, além de exigir o cumprimento da lei, *questionar seu teor de honestidade*. O legislador, como todo ser humano, é passível de erro e, por vezes, finda por criar lei [12] que traz efeitos práticos (ou efeitos colaterais) não queridos pelo operador legiferante. O Código Penal brasileiro, por exemplo, dispõe de normas que, *a priori*, não ensejam nenhuma frivolidade. Basta uma segunda análise para o diagnóstico: resultam em efeitos colaterais não intencionados pelo legislador.

Tome-se como pressuposto os tipos de penas no Código Penal vigente: penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa. Há que se aceitar que estão dispostas em ordem decrescente, significa dizer, a pena privativa de liberdade constitui-se como a mais severa e a multa como a mais branda, estando a restritiva de direitos em patamar intermediário. Esta ilação é possível, inclusive, pela simples interpretação do Código, quando este dispõe que a privativa de liberdade pode ser substituída por restritiva de direitos (em situações onde a conduta do réu se mostra menos pusilânime) está definindo uma ordem de “severidade das penas”. Se assim o é, não seria necessária grande erudição para compreender que o agente de crime com maior grau de periculosidade terá pena mais árdua que aquele de menor potencial ofensivo.

No entanto, o estatuto repressivo traz efeitos colaterais que contrariam este axioma. Analise-se o art. 44, I e II, acrescentado do § 3º:

Art. 44: As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I- aplicada a pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II- o réu não for reincidente em crime doloso;

E segue o § 3º:

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

Implica dizer: na pena restritiva de direitos admite-se a reincidência, mesmo que em sede de crime doloso, inclusive com pena superior a quatro anos, desde que não seja em virtude do mesmo crime.

Todavia, conforme o art. 33, § 2º, alíneas b e c do referido diploma legal, não pode o reincidente ingressar em regime semi-aberto ou aberto. Assim, enseja-se uma crítica: *o reincidente não pode ingressar no regime semi-aberto, mas pode ter uma pena mais branda* (restritiva de direitos). Em suma, *ele pode o mais e não pode o menos*, evidente confusão legislativa.

O membro do Ministério Público, atento a esses inevitáveis equívocos, deve perquirir, conjuntamente com o magistrado, a viabilidade destes dispositivos. O que se espera do *Parquet* é que, com senso de justiça, não contrarie os princípios gerais de direito nem os bons costumes em detrimento de equívoco legislativo, tem-se por expectativa que o promotor provoque a autoridade judiciária à aplicar a sanção mais adequada, atendendo aos *princípios da razoabilidade e proporcionalidade*, sem prejuízo do réu.

Desse modo, incumbe ao *Parquet*, como representante da sociedade, estar sempre em luta pelo direito, não se acovardando em face dos eventuais impasses. Não se quer dizer com isso que o Ministério Público necessite atuar de acordo com a opinião popular e midiática, ao contrário, está incumbido de fazer o que é certo, sem se deixar levar por pressões externas. Entretanto, manter-se firme

perante pressões externas não significa que esteja impedido de lutar por conquistas sociais, sendo que tal poder-dever é ínsito ao Ministério Público, sendo mais um motivo pelo qual a Instituição é *conditio sine qua non* num sistema jurídico de origem romana.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, percebe-se a atuação tanto jurídica como social do *Parquet*, com o fito de exercer sua função *constitucional*, cujo teor é essencial à justiça. Outrossim, teve como parâmetro os anseios de uma interpretação do Direito como um todo, nunca considerando-o sob perspectiva excessivamente formalista ou tomando-se por base fatos isolados, mas sob uma ótica teleológica e axiológica, tendo por corolário a investigação da ciência jurídica como um sistema *uno*, indivisível.

Igualmente, sem o intuito de exaurir o tema, até porque tarefa quase que impossível, estabeleceram-se análises referentes à participação do Ministério Público no devido processo legal, que permitem perceber o quão imprescindível sua atuação para alcançar o tão almejado *fair trail*. O *due process of law* precisa ser compreendido em sua total plenitude, qual seja, a correspondência legal, seguindo os ditames da lei, sem fazer distinções de qualquer ordem.

Ademais, tornou-se possível visualizar o cabimento do ativismo ministerial, dado que a instituição tem finalidades e como tal precisa sempre buscar atendê-las. Resta afastada a ideia de que o *Parquet* não possui liberdade de atuação, como o querem os reducionistas. Não obstante, cuidou-se de ressaltar as peculiaridades do sistema romanístico de direito, dentre as quais o império da lei, donde se extrai o princípio constitucional da legalidade: *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. Se não há lei que restrinja a atividade lícita, e esse princípio opera-se *erga omnes*, de onde se poderia deduzir que é possível dirimir a atuação do Ministério Público cujo amparo é *constitucional*? *Permissa vênia*, da lei é que não se pode fazer essa inferência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1998.

_____. STF – AI nº. 529.733, voto do Min. Gilmar Mendes (DJ 01.12.2006).

COMPETÊNCIA. *Procuradoria-Geral da República*. Disponível em: <www.pgr.pt/grupo_pgr/MP_competencia.html>. Acesso em: 12 set. 2013.

COUTURE, Eduardo Juan. *Os Dez Mandamentos do Advogado*. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/833131>>. Acesso em: 12 set. 2013.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Método, 2010.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. Ed. Saraiva: 1998.

SISTEMA. In: DICIONÁRIO do Aurélio Online, 2008. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/Sistema.html>>. Acesso em: 17 set. 2013.

STF – HC: 87610 SC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-228 DIVULG 03-12-2009 PUBLIC 04-12-2009 EMENT VOL – 02385-02 PP-00387

TEMER diz que MP é o Quarto Poder da República. *JusBrasil*, Minas Gerais, 2010. Disponível em: <<http://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/2112127/temer-diz-que-mp-e-o-quarto-poder-da-republica>>. Acesso em: 19 set. 2013

NOTAS:

[1] Guardar identidade de razão é o mesmo que ser semelhante.

[2] Anteriormente denominada Lei de Introdução ao Código Civil (L.I.C.C)

[3] Interessante relembrar que, diversamente do entendimento vulgar, as cláusulas pétreas, encontradas no art. 60, § 4º da Constituição Federal, podem ser objeto de Emenda à Constituição. O diferencial está na reserva de que não podem ser abolidas. Neste sentido, uma PEC que vise ampliar a proteção de um direito fundamental, por exemplo, é perfeitamente válida e não fere os princípios constitucionais.

[4] STF – AI nº. 529.733, voto do Min. Gilmar Mendes (DJ 01.12.2006).

[5] De caráter extremamente excepcional, fruto de acordo entre países pós-segunda guerra.

[6] Art. 5º, LIII, CF.

[7] Afirmação feita por Temer, enquanto presidente da Câmara dos Deputados, durante audiência com o presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), José Carlos Cosenzo.

[8] (STF – HC: 87610 SC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 228 DIVULG 03-12-2009 PUBLIC 04-12-2009 EMENT VOL-02385-02 PP-00387).

[9] Nesse contexto, operadores seriam todos aqueles que, de alguma forma, contribuem para o acontecimento forense. Por conseguinte, não estaria se limitando a juristas, mas também a legisladores, administradores, enfim, todos os que cooperem na seara do Direito.

[10] Como bem ensinam os cultos professores da propedêutica jurídica, especialmente Miguel Reale, o Direito é mundo do deve ser, e não o do ser.

[11] CF, art. 1º parágrafo único.

[12] Aqui, a palavra lei foi utilizada em sentido amplo (lei ordinária, complementar, enfim, ato normativo).

O EFEITO CONTRÁRIO DA "GUERRA" ÀS DROGAS: AUMENTO DA VIOLÊNCIA E PROPAGAÇÃO DO PRECONCEITO

RENATA SIMONETTO GONÇALVES: advogada criminal no escritório El Tasse Advogados localizado na cidade de Curitiba/PR. Graduada pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Membro do Núcleo de Estudos Avançados em Ciências Criminais - NEACCRIM.

RESUMO: O consumo e venda das substâncias entorpecentes é dominada pelo preconceito, pois a maioria das pessoas que defendem a sua proibição são usuários de diversas outras drogas vendidas no mercado que também prejudicam a saúde tanto quanto as substâncias ilícitas. Além disso, há uma discriminação muito grande contra os traficantes perante a sociedade, pois entendem que eles são os verdadeiros responsáveis pelos danos causados a saúde pública através do comércio das drogas, todavia, não pensam que o único responsável pelos transtornos causados é tão somente a proibição.

Palavras-Chave: Uso de entorpecentes. Tráfico de drogas. Guerra às drogas. Saúde pública.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A questão das drogas sob o aspecto da dogmática penal; 2.1. Conflito como elemento essencial da tipificação penal. 3. As possibilidades para abordagem da questão das drogas no estado democrático; 3.1. Guerra às Drogas; 3.2. Regulamentação do uso e venda de drogas; 3.3. Breve quadro comparativo. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, determinadas condutas ainda são consideradas delituosas pelo simples fato da sociedade entender que a punição é o meio adequado para o Estado legitimar o seu poder perante o controle penal. No entanto, a criminalização, muitas vezes, não é o meio mais apropriado para a proteção dos bens jurídicos como ocorre no caso das drogas.

No Brasil a política criminal é baseada na repressão, visando tutelar penalmente o bem jurídico da saúde pública, entendendo que tanto o consumo

de drogas, quanto a venda destas substâncias devem ser criminalizadas por causarem dependência física, bem como serem altamente lesivas a saúde dos usuários. Portanto, o Estado gasta uma quantia elevadíssima de recursos com o intuito de alcançar o fim dessa guerra, contudo, até o presente momento, não chegou a lugar algum, mas somente ocasionou numerosos crimes secundários, quais sejam: homicídios, tráfico de armas, corrupção, entre outros delitos mais graves que o próprio uso e o tráfico de drogas. Tratar o uso e a venda de drogas como entorpecentes ilícitos gera um impacto econômico relevante para o país, pois as organizações criminosas se sustentam através da venda, eis que a proibição valoriza de tal maneira estas substâncias no mercado.

A preocupação do combate as drogas é tão intensa que o bem jurídico tutelado por essa conduta delituosa, a saúde pública, acaba se tornando secundário em razão da segurança pública e a aplicação da lei penal prevalecer perante aquele bem jurídico, fugindo totalmente do contexto da criminalização das substâncias entorpecentes.

Vale destacar que a política proibicionista das drogas é um evidente fracasso, pois o Estado poderia investir os seus recursos em políticas públicas visando a prevenção do uso e venda das substâncias entorpecentes desde o princípio, como por exemplo, prover campanhas educativas dentro das escolas e colégios, bem como educar e advertir a população e não utilizar o direito penal como se fosse uma solução apropriada para a resolução do problema.

O consumo de entorpecentes representa claramente uma autolesão ao próprio dependente químico, uma vez que não é um comportamento socialmente lesivo a terceiros, mas tão somente ao próprio usuário. Tão verdade que algumas drogas são totalmente legalizadas como o cigarro e as bebidas alcoólicas, sendo que elas são tão lesivas quanto aos entorpecentes considerados ilícitos. Criminalizar a conduta de um consumidor o exclui e o marginaliza automaticamente da sociedade, impossibilitando o tratamento médico a fim de alcançar a sua cura.

Importante analisar a figura imposta ao traficante de drogas nos dias atuais. Essas pessoas normalmente são aquelas excluídas pela sociedade apenas por estarem comercializando algo que o próprio consumidor vai atrás para adquirir e suprir seu próprio vício. Observa-se que o traficante de drogas está na

mesma posição que um comerciante de bebidas alcoólicas e cigarros, sendo que seus clientes tão somente o procuram visando sustentar a sua dependência em tais substâncias. Entretanto, ambos são tratados com diferenças pela coletividade por questões sociais, pelo preconceito de olhar o traficante como um ser perigoso que está colaborando com o aumento de consumo de drogas, estando ele apenas comercializando o seu produto igualmente o dono de um estabelecimento comercial que vende drogas consideradas lícitas no país.

Muito comum a criminalização das drogas afetar jovens pobres da periferia, os quais são direcionados para o sistema prisional unindo-os com grandes quadrilhas e facções criminosas, não havendo outro caminho a não ser a cursarem a escola do crime, ou seja, jovens carentes primários, pequenos traficantes, acabam sendo atirados ao cárcere onde estarão no meio de criminosos de todas as espécies, aumentando, portanto, a probabilidade de serem reincidentes de delitos mais graves dos quais haviam cometido anteriormente, tornando-se mais ameaçadores para a sociedade.

É totalmente explícito que a criminalização das drogas falhou, devendo, assim, o Estado pensar em não combater essa guerra, mas sim controlá-la antes que mais jovens acabem se entregando para o mundo do crime praticando condutas mais severas, além de agentes estatais corrompidos e policiais mortos. Logo, a modificação da lei é uma alternativa viável para apresentar bons resultados, até porque não havendo lesão a bem jurídico alheio, a criminalização do consumo e venda de drogas não se afigura legítima.

2) A QUESTÃO DAS DROGAS SOB O ASPECTO DA DOGMÁTICA PENAL

2.1) Conflito como elemento essencial da tipificação penal

O jurista argentino, Eugenio Raúl ZAFFARONI, a fim de corrigir a tipicidade penal, criou a chamada tipicidade conglobante, a qual surgiu da junção da tipicidade material e a antinormatividade, afastando a ideia de que a tipicidade é meramente formal. A tipicidade material se preocupa em analisar a relevância da lesão ou do perigo de lesão que determinada conduta causou ao bem jurídico de terceiro^[1], enquanto a antinormatividade é a contrariedade do fato com uma norma jurídica específica^[2].

A teoria conglobante afirma que não é possível em um mesmo ordenamento jurídico haver a existência de normas que proíbem certas condutas,

sendo que há outras que permitem, ou seja, o que é permitido por uma norma não pode ser proibida por outra, devendo o sistema normativo ser considerado em sua globalidade.

Segundo o autor, a atuação do poder punitivo apenas deve atuar quando realmente houver um conflito, isto é, no momento em que a conduta de um suposto ofensor for antinormativa e efetivamente violar algum bem jurídico penalmente tutelado[3]. Logo, inexistindo lesão ao bem jurídico, não é possível falar em conflito e não havendo conflito, não há crime.

2.2) A inexistência do conflito no uso de drogas e a polêmica sobre a sua presença no tráfico.

É possível observar que a posse de drogas para consumo próprio está previsto no artigo 28, caput, da lei 11.343/2006 com as seguintes penalidades: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade e III - medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo. No entanto, no artigo 5º da Constituição Federal é clara a garantia tanto da intimidade quanto da liberdade do cidadão. No ponto de vista da tipicidade conglobante, não seria possível sanções em decorrência da posse de drogas para consumo próprio, uma vez que uma norma não pode ser normativa e antinormativa no mesmo ordenamento jurídico.

De acordo com o princípio da lesividade, para ocorrer a intervenção penal há a necessidade da lesão de algum bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico. Nesse caso, o usuário de drogas faz uso de substâncias ilícitas por livre e espontânea vontade, causando prejuízos a sua própria saúde, não ofendendo em nenhum momento à integridade e/ou a bens jurídicos de terceiros.

Os problemas de saúde resultantes do consumo de drogas devem ser tratados, mas não pelo Direito Penal, pois foge totalmente de sua competência, pois inexistente lesão a bem jurídico tutelado penalmente. As drogas fazem mal a saúde da mesma forma que diversas outras substâncias também fazem, no entanto, são consideradas lícitas, portanto, o maior mal dos entorpecentes está na própria criminalização que resulta violência como mecanismo necessário para o desenvolvimento da referida atividade.

Resta evidente a ilegitimidade da tipificação do delito previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006, devido a inexistência de lesão a bens jurídicos^[4]. O usuário de entorpecentes não viola a saúde coletiva, em razão dele estar adquirindo drogas para o próprio consumo individual e, acerca do bem jurídico da saúde pessoal, a autolesão não pode ser considerada como delito até porque o Direito Penal não pode e nem deve ser utilizado para obrigar as pessoas a atuarem em seu próprio benefício.

A criminalização do uso de drogas viola de forma incontestável a intimidade do usuário por tornar pública uma conduta que diz respeito tão somente a sua pessoa, além de lesionar a sua liberdade em razão de ficar impedido de praticar certas condutas que causarão danos apenas a si próprio.

A aplicação do jus puniendi estatal ao consumir de drogas é algo completamente desproporcional a sua conduta, pois esse problema é social e eminentemente de saúde pública, por conseguinte, um usuário de alucinógenos deveria ser visto pela sociedade como uma pessoa que necessita de ajuda e não de punições.

A ideia da tipicidade conglobante também pode ser aplicada nos casos dos traficantes de entorpecentes, uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro é permitido a venda de diversas substâncias também consideradas como drogas, sendo que tais produtos fazem mal à saúde e causam dependência da mesma forma, ou até pior, das substâncias proibidas no país.

As condutas imorais praticadas pelos cidadãos não devem ser interferidas pelo Direito Penal, eis que o poder punitivo deve atuar pela conduta praticada e não o que ele representa socialmente. O traficante de drogas está vendendo o seu produto igualmente a um comerciante de bebidas e cigarros, contudo, são vistos pela sociedade como verdadeiros criminosos por estarem supostamente contribuindo com o aumento do consumo das substâncias ilícitas. O que ninguém enxerga, ou não querem enxergar, é que os traficantes são procurados pelos usuários de drogas de forma consciente e espontânea, não havendo qualquer tipo de coação para os consumidores adquirirem seus produtos.

Importante ressaltar que a justificativa dos usuários de drogas procurarem os traficantes pelo fato de já estarem viciados é insensato, uma vez que no Brasil os dependentes químicos tanto de bebidas alcoólicas quanto de cigarros, também

já estão viciados e não são influenciados para se dirigirem a um comércio e adquirirem mais substâncias a fim de suprir o vício. Além do mais, se o Estado investisse verbas em políticas públicas ao invés de gastar milhões no combate às drogas o número de dependentes químicos diminuiria de forma significativa, não havendo mais necessidade da procura intensa ao referido comércio.

Portanto, a intervenção punitiva estatal é inadmissível quando o agente resolve auto lesionar o seu próprio bem jurídico, uma vez que a violação ocorre de forma totalmente consciente pelo ofensor, não sendo uma conduta considerada negativa a ele. Dessa forma, no caso de um usuário de substâncias entorpecentes, não há cabimento o Estado interceder em seu comportamento, em razão do consumidor estar ofendendo tão somente a sua própria saúde e não a de terceiros. Logo, havendo autolesão a qualquer bem jurídico, a atuação do poder punitivo deverá ficar inerte em virtude de não estar presente a tipicidade penal^[5].

Ainda, é possível observar que tal ideia também se aplica nos casos dos traficantes de drogas, devido eles serem procurados para realizar a venda das substâncias ilícitas, tendo os consumidores plena consciência que no momento em que adquirirem os alucinógenos estarão prejudicando apenas a si mesmo, além disso, estarão vendendo produtos equiparados a muitos outros que são considerados lícitos no mercado.

3) AS POSSIBILIDADES PARA ABORDAGEM DA QUESTÃO DAS DROGAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO

3.1) Guerra às Drogas

Atualmente, o Brasil vive o cotidiano da criminalização da pobreza, pois a proibição só amplia a desigualdade social, a repressão, e a exploração da classe trabalhadora. Alguns indivíduos são recrutados ou seduzidos, e encontram na comercialização das drogas seu meio de sobrevivência. A juventude negra e pobre que vive nas periferias e favelas do país é a principal vítima da chamada “Guerra às Drogas”, que é a grande justificativa para ações policiais que matam diariamente dentro dessas comunidades de baixa renda.

O discurso utilizado para justificar a guerra às drogas é o vício que elas geram aos seus usuários, bem como condutas violentas ou antissociais e autodestrutivas. Possuem o intuito de diminuir a oferta das drogas prescritas para aumentar seu preço e reduzir as oportunidades de consumo. Acreditam que a criminalização minimizará a violência, gerando proteção social e ao bem jurídico da saúde pública.

O fundamento de que a repressão causará a dificuldade de acesso as drogas e assim diminuirá a quantidade de usuários e traficantes é totalmente falho, tornando necessário o reconhecimento da adoção de novas medidas para a redução do consumo.

O preconceito e o moralismo do senso comum predomina quando se trata em acreditar que as drogas, algum dia, realmente terá fim através da violência, não se preocupando se esta guerra está gerando morte de inocentes, corrupção de policiais e o aumento da criminalidade.

O comércio das substâncias consideradas ilícitas é um negócio altamente arriscado, com punições agressivas, porém, muito lucrativo. Dessa forma, jamais faltará pessoas com o interesse de correr esse risco, uma vez que possuem ciência que sempre haverá compradores, tornando referido mercado cada vez mais interessante devido o lucro astronômico, graças a proibição[6].

Resta claro que repressão das drogas tem sido um tremendo fracasso, em razão destas políticas estarem matando mais do que pretende combater, além disso, está havendo um alto custo financeiro e social por parte do governo, mas sem resultados favoráveis.

O problema das drogas só vem aumentando no país e aparenta não haver solução[7]. O governo vem gastando uma quantia elevadíssima a fim de combater o tráfico, no entanto, os resultados não estão sendo nada positivos, pois, além de estar somente aumentando o consumo das substâncias entorpecentes, diversas pessoas, mais especificamente os marginalizados, estão sendo encarcerados juntamente com grandes criminosos, quando não são mortos.

Grande parte dos prisioneiros no Brasil estão detidos pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, contudo, apenas os pequenos traficantes, ficando evidente que o sistema penal não pretende reduzir os danos gerados pelo

consumo das drogas, mas sim visa mostrar à sociedade com o seu discurso moralista que o encarceramento em massa gerará mais segurança a todos.

Relevante hipocrisia em pensar que encarcerando os traficantes de drogas haverá redução do uso e do comércio dos entorpecentes, uma vez que dentro dos sistemas prisionais tem tanta droga quanto nas próprias ruas.

Há milhões de pessoas envolvidas no tráfico e uso de drogas no país, mas são registradas pelo sistema de controle penal somente a criminalização seletiva, da minoria, devido a sua vulnerabilidade, caracterizando a chamada cifra oculta, pois os delitos que ocorrem na realidade são muito maiores do que são registrados nas estatísticas pelo sistema penal[8]. Logo, as condutas praticadas pela classe dominante são realizadas de forma obscura, enquanto o marginalizado é visto como uma ameaça, gerando insegurança na população, muito embora o comportamento de ambos sejam os mesmos.

O Sistema Penal deveria ser aplicado de forma igualitária para todas as pessoas, sem distinção social, porém, a realidade é outra, uma vez que o próprio Direito Penal seleciona os indivíduos que serão criminalizados. Dessa forma, é possível observar que o direito igualitário é um mito, pois o Estado seleciona parte da sociedade para ser submetida a sua coerção, objetivando impor uma pena[9].

O estereótipo utilizado no discurso da guerra às drogas apenas tem como função sustentar o elevado lucro que esse mercado proporciona, com a ajuda do senso comum, não havendo preocupações que a repressão atualmente está matando mais que o próprio consumo de entorpecentes, além de estar gerando superlotação carcerária, porém, não existindo nem sinal da redução do consumo e/ou do comércio das drogas[10].

3.2) Regulamentação do uso e venda de drogas

A política proibicionista e criminalizante das drogas afeta principalmente a população marginalizada, além de aumentar o índice de criminalidade de forma absurda.

O que a sociedade não enxerga, ou não quer enxergar, é que a violência não está relacionada às drogas, mas sim a própria proibição, tão verdade que os

usuários, principalmente os desfavorecidos, lotam os presídios acusados de tráfico de entorpecentes.

A legalização das drogas precisa vir juntamente com a sua regulamentação, sendo necessário definir regras claras de produção, respeitando o cultivo caseiro. É indispensável colocar a saúde e a segurança das pessoas como prioridade, bem como concentrar as ações de forças de segurança contra atores violentos do crime organizado, não aos pequenos traficantes como vem acontecendo diariamente.

Ressalta-se que maioria das pessoas envolvidas no tráfico de drogas são crianças e adolescentes, uma vez que eles buscam o reconhecimento social e tentam suprir as suas necessidades materiais através do lucro alcançado através deste comércio. Os menores infratores entram nas escolas, normalmente com ensinos precários em decorrência de serem jovens de periferias, e abandonam por não conseguirem sequer ter esperança que naquele espaço adquirirão experiências para alcançar seus sonhos, quando possuem um sonho, pois já nascem em famílias desestruturadas e em favelas, crescem sabendo que são seres invisíveis, não encontrando motivos para lutar. A visto disso, seguem o caminho mais fácil, em razão de não terem mais o que perder, pois o pouco que tinham a sociedade/Estado já os tirou.

Portanto, o principal foco é regular o mercado de drogas para colocar o governo no controle a fim da qualidade do produto, assim como o preço, também estarem incluídos no radar dos reguladores. Dessa maneira, o Estado terá controle sobre quem utiliza e quanto utiliza de entorpecentes, podendo os usuários serem indicados para atendimento físico e psicológico, além de receberem orientações fundamentais a respeito das consequências que as drogas podem trazer para a vida de um consumidor.

Sobre a questão das drogas em geral, a sociedade é um tanto hipócrita, pois maior parte das pessoas que faz discursos exaltados contra tais substâncias, faz uso diário do álcool e do cigarro. Os que se entorpecem de diferentes formas, seja com o cigarro, seja com o álcool, ou ainda com remédios vendidos livremente nas farmácias, são todos vítimas de uma dependência. Atualmente, há diversos problemas relacionados a essas drogas no país, no entanto, não existe mortes

causadas pelo desejo de comprar e não ser permitido, pois são produtos legalizados.

O objetivo da proibição das drogas fracassou, dessa forma, o Estado ao invés de ficar investindo valor exorbitante com o intuito de acabar com elas, deveria aplicar esse montante em políticas públicas, ou seja, educar e informar as pessoas sobre os danos causados pelas substâncias entorpecentes através de conhecimentos científicos e experiências presenciadas pelos próprios cidadãos que conseguiram vencer esse vício. Além de implantar mais rede de assistência, pública e privada, para dependentes químicos que necessitam de ajuda, pois muitas vezes não possuem o apoio e incentivo necessário para alcançarem a sua cura sozinhos.

3.3) Breve quadro comparativo

Atualmente, a lei de drogas que está vigente no Brasil é a nº 11.343/2006, onde há a despenalização dos usuários e a criminalização do comércio de entorpecentes previsto nos artigos 28 e 33, respectivamente. Muito embora a referida lei faça uma diferenciação entre o consumidor e o traficante, não há um critério objetivo que permita fazer essa análise, como a definição da quantidade máxima para cada substância permitida para posse e uso pessoal. Portanto, como não há um critério de diferenciação, quem decide é o juiz, levando a arbitrariedades e insegurança jurídica, até porque o tráfico de drogas é considerado um delito equiparado ao hediondo.

Como bem salientado nos capítulos anteriores, a atual política proibicionista do Brasil em relação as drogas está totalmente fracassada, uma vez que passados mais de 100 (cem) anos de proibição, essa guerra apenas teve consequências extremamente negativas, quais sejam: milhares de mortes desestruturando diversas famílias, encarceramento em massa, a suposta proposta de proporcionar melhoria a saúde pública com a criminalização também falhou, eis que o número de doenças relacionadas ao uso das substâncias ilícitas de forma inapropriada aumentou de forma significativa, em razão das drogas injetáveis sem os cuidados necessários, bem como devido os entorpecentes proibidos não estarem sendo reguladas pelo Estado e sendo vendidas misturadas com diversas substâncias prejudiciais desconhecidas, a tornando mais nociva aos consumidores.

Nos Estados Unidos da América a situação não é muito diferente do Brasil, uma vez que em 40 anos de combate aberto, e nos 90 anos de proibicionismo, o único êxito que o país conseguiu foi uma movimentação bilionária em sua economia, os quais não tiveram proveito nenhum devido ao aumento gradativo do consumo das drogas, além da violência atrelada ao crime organizado[11].

É possível observar que nos países proibicionistas o que mais impulsiona o tráfico de drogas é a própria proibição, a ilegalidade dos entorpecentes, criando uma economia ilícita de grande proporção, ou seja, gerando relevante interesse econômico as pessoas em decorrência do lucro exorbitante que este comércio proporciona.

Enquanto na Holanda desde os anos 80 é possível os usuários de cannabis, mais conhecida como maconha, adquirirem estas substâncias nas chamadas Coffeeshops, podendo ser consumidas dentro do próprio estabelecimento ou levá-las para casa. Dessa forma, o consumidor para suprir o seu vício sabe onde encontrar os entorpecentes e não tem necessidade de se arriscar a comprar com grandes traficantes em locais perigosos e nem tampouco correr risco de conhecer e ter acesso as drogas mais lesivas a saúde. Além disso, é possível a comercialização de até 5g (cinco gramas) da maconha, não sendo considerada tal conduta delituosa, resultando em uma diminuição significativa dos números de detentos no país[12].

A história mostrou que a criminalização das drogas não obteve êxito em minimizar os consumidores das substâncias entorpecentes, por essa razão o país da Noruega resolveu descriminalizar o uso da maconha, cocaína e da heroína, a fim de tratar as drogas como questão de saúde pública e não um quesito criminal, pois viu que os usuários constantemente eram presos e logo após retornarem ao convívio social voltavam para o sistema prisional. Logo, acreditou ser mais eficaz ao invés de prendê-los, tratá-los em clínicas médicas, por entender que os consumidores são pessoas doentes e não criminosas, além disso, dentro dos presídios eles não estariam longes do seu vício[13].

Os Noruegueses buscam o resultado satisfatório que Portugal obteve com a descriminalização das drogas, quais sejam, a diminuição expressiva de mortes por overdose, bem como das doenças transmissíveis através das seringas para aplicação das substâncias injetáveis, além dos delitos relacionados aos

entorpecentes. Portugal foi surpreendido por não haver o aumento do consumo após a descriminalização e também não virou um país de turismo de drogas[14].

Diante da comparação entre os países que criminalizam o uso e comércio das drogas com os quais que descriminalizam tais condutas é evidente perceber que a violência acontece tão somente em razão da própria proibição, além disso, a justificativa da necessidade de penalizar estas atitudes por causa do bem jurídico da saúde pública é totalmente falha, pois serve apenas para camuflar o preconceito e moralismo da sociedade perante estas pessoas.

4. CONCLUSÃO

A forma que o Brasil atualmente tem tratado a questão das drogas restou clara que é totalmente inapropriado, uma vez que a sua justificativa para continuar um país proibicionista está falido em decorrência de estar gerando mais malefícios à sociedade do que benefícios.

A violência está aumentando diariamente de forma significativa principalmente nas classes marginalizadas, eis que uma das principais finalidades da criminalização das drogas é o controle social das classes etiquetadas como perigosas. A sociedade apenas enxerga a prática do uso e comércio dos entorpecentes nas periferias, havendo uma relevante militarização dentro destes locais a fim de combater definitivamente com as drogas. Inúmeras mortes de inocentes ocorrem dentro das favelas devido o confronto existente entre traficantes, policiais, usuários e até mesmo supostos traficantes, fatos que normalmente sequer geram repercussão ou indignação social, pois o senso comum acredita que quanto mais indivíduos destas comunidades forem mortos mais perto do fim das drogas estaremos.

O consumo e venda das substâncias entorpecentes é dominada pelo preconceito, pois a maioria das pessoas que defendem a sua proibição são usuários de diversas outras drogas vendidas no mercado que também prejudicam a saúde tanto quanto as substâncias ilícitas. Além disso, há uma discriminação muito grande contra os traficantes perante a sociedade, pois entendem que eles são os verdadeiros responsáveis pelos danos causados a saúde pública através do comércio das drogas, todavia, não pensam que o único responsável pelos transtornos causados é tão somente a proibição.

Imaginar que sem a proibição das drogas o seu consumo vai aumentar é uma ideia equivocada, pois os países que decidiram legalizar/descriminalizar as substâncias entorpecentes não tiveram aumento significativo no nível de consumo, ou seja, não há correlação entre a legalização/descriminalização e aumento nas taxas de uso. Ademais, é nítido que a proibição do uso das drogas dificulta o acesso dos consumidores a tratamento médico, sendo necessário, portanto, de uma alocação de recursos eficientes, onde o Estado invista dinheiro nos serviços de saúde a fim de começar tratar os usuários de drogas como pessoas doentes que necessitam de ajuda e apoio, deixando de lado o preconceito existente e entendendo que puni-las não é a solução, pois, assim, elas se sentirão reconhecidas como cidadãos e amparadas pelo Estado, facilitando em alcançar a cura e tendo ciência que após o tratamento não terão dificuldades de se inserirem na sociedade novamente.

O investimento em políticas públicas efetivas pelo governo visando a prevenção e o tratamento dos dependentes químicos, na perspectiva de integração social, minimizaria de forma contundente os problemas relacionados ao uso de substâncias entorpecentes, através de programas e projetos de promoção à saúde realizado pelo Estado, mostrando a sociedade que o uso das drogas apenas trará resultados negativos a vida do usuário. Existindo a necessidade de implantação de projetos dentro das próprias escolas com o intuito de prevenir que as crianças algum dia se tornem consumidores, as incentivando que estas substâncias causará grandes transtornos no futuro, inclusive no âmbito familiar.

A partir da análise da necessidade de investimento em políticas públicas ao invés de gastos milionários na proibição das drogas, é possível observar que não haveria sequer a possibilidade de existir traficantes de entorpecentes, pois não teriam produtos a serem vendidos, em razão das substâncias estarem sendo regulamentadas pelo próprio governo, extinguindo este mercado negro.

Os consumidores se tornam viciados, pois não possuem qualquer estrutura para dirimirem a possibilidade de não entrarem para o mundo das drogas, até porque a maioria das pessoas começam o uso dos entorpecentes quando adolescentes por diversão e não conseguem mais parar, enquanto os traficantes se aproveitam da proibição para venderem seus produtos que rendem

lucros significativos, pois têm ciência que a clientela dificilmente vá acabar, em razão da precariedade de investimentos nas periferias.

Portanto, afirmar que os traficantes de drogas causam relevante lesão ao bem jurídico da saúde pública ao venderem os entorpecentes, é algo a se pensar, pois se hoje existe este comércio, é devido a própria proibição, o Estado prefere permanecer inerte do que providenciar investimentos realmente eficazes para amenizar tal situação.

5. REFERÊNCIAS

ARGUELLO, Katie. O fenômeno das drogas como um problema de política criminal. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], v. 56, set. 2013. ISSN 2236-7284. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/33496>. Acesso em: 11 out. 2018.

GOMES, Vinicius. Guerra contra as drogas: os EUA querem realmente vencê-la? **Revista Fórum**. 21 mar. 2014. Disponível em: <https://www.revistaforum.com.br/digital/139/guerra-contra-drogas-os-eua-realmente-querem-vence-la/>. Acesso em: 01 nov. 2018.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Fabris, 2005.

KARAM, Maria Lucia. **Por que precisamos dar fim à guerra às drogas**. 07 abr. 2016. Disponível em: <http://www.justificando.com/2016/04/07/por-que-precisamos-dar-fim-a-guerra-as-drogas/>. Acesso em: 24 out. 2018.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos: As Drogas Tornadas Ilícitas – Escritos sobre a liberdade**. v. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PASSOS, Fernanda dos. **As políticas de drogas do Brasil e da Holanda**. 26 out. 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/pol%C3%ADticas-de-drogas-do-brasil-e-da-holanda>. Acesso em: 01 nov. 2018.

SILVA, Myltaynho Severino da. **Se Liga: O livro das drogas**. Rio de Janeiro: Record. 2003.

TASSE, Adel El, **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

WALLIN, Claudia. **Ao invés de punir, Noruega oferece tratamento a viciados**. RFI: As vozes do mundo. 20 dez. 2017. Disponível em: <http://br.rfi.fr/europa/20171220-ao-inves-de-punir-noruega-oferece-tratamento-viciados>. Acesso em: 01 nov. 2018.

ZACCONE, Orlando D'Elia Filho. **Acionista do nada**: quem são os verdadeiros traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NOTAS:

[1] "A afetação do bem jurídico pode ocorrer de duas formas: de dano ou lesão e de perigo. Há dano ou lesão quando a relação de disponibilidade entre o sujeito e o ente foi realmente afetada, isto em quando, efetivamente, impediu-se a disposição, seja de forma permanente (como ocorre no homicídio) ou transitória. Há afetação do bem jurídico por perigo quando a tipicidade requer apenas que essa relação tenha sido colocada em perigo.". (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 488).

[2] "(...) a conduta que se adequa a um tipo penal será, necessariamente, contrária à norma que está anteposta ao tipo legal, e afetará o bem jurídico tutelado. A conduta adequada ao tipo penal do art, 121 do CP será contrária à norma "não matará", e afetará o bem jurídico vida humana (...)". (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 398).

[3] "Para bem entender a questão é preciso refletir sobre o próprio poder punitivo e sua representatividade como elemento de força extrema e geração de danos, o que conduz à percepção de que somente pode ser habilitado quando efetivamente haja um conflito, ou seja, quando se constate que a conduta do agente produziu dano sensível à bem jurídico de terceiro". (TASSE, Adel El, **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 214).

[4] "Nas frestas da impossibilidade de definição científica da droga, constituem-se os discursos ideológicos (médico, moral, jurídico, geopolítico) sobre o mal a ser combatido, sobre as vítimas e os corruptores, enquanto o que

realmente diferencia a droga lícita da ilícita é, antes de tudo, o processo de criminalização (criação de leis) para proteger o bem jurídico saúde pública (outra invenção discursiva que serve para qualquer fim). Paradoxalmente, é a criminalização o que mais provoca riscos à saúde e danos ainda maiores do que os supostos efeitos primários das substâncias ilícitas. A saúde pública não passa de uma abstração, a menos que seja possível comprovar racionalmente que o genocídio é um “bom remédio” à saúde pública: são inúmeras as mortes por overdose, contaminações por HIV e outras doenças infecto-contagiosas (decorrentes das condições de uso em regime proibicionista) e as incontáveis mortes de usuários, traficantes, policiais e vítimas do acaso nessa “guerra sem fim”. (ARGUELLO, Katie. O fenômeno das drogas como um problema de política criminal. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], v. 56, set. 2013. ISSN 2236-7284. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/33496>. Acesso em: 11 out. 2018).

[5] “Com isso, na medida que exista uma autorização prévia do ofendido dentro do nível de disponibilidade existente sobre o bem jurídico, sendo ele capaz de manifestar aceitação, não havendo nenhum vício quanto à vontade e a ação do agente se dê nos exatos limites da concordância havida, ocorre típica hipótese de ausência tipicidade por não ocorrência de conflito entre os envolvidos, o que não habilita qualquer possibilidade punitiva que caso ocorresse seria baseada em puro critério moral, ou seja, na concepção de que dentro de estrutura moral dominante poderia se considerar o ajuste havido como não positivo”. (TASSE, Adel El, **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. Florianópolis: *Tirant Lo Blanch*, 2018. p. 214 – 215).

[6] “Se o lucro for conveniente, o capital se torna corajoso; com 10% assegurados, vai a qualquer lugar; com 20%, se acalora; com 50%, torna-se temerário; com 100%, esmaga sob seus pés todas as leis humanas; com 300%, não há crime que não ouse cometer, mesmo arriscando o patíbulo”. (SILVA, Myltaynho Severino da. *Se Liga: O livro das drogas*. Rio de Janeiro: Record. 2003. p. 17).

[7] “É a própria ONU que aponta para o inegável fracasso na obtenção do inviável objetivo explícito de construir “um mundo sem drogas”. Em seu relatório de 2005, divulgado em Viena em 29 de junho daquele ano, o Escritório das Nações Unidas para as drogas em crimes (UNODC) afirmava que o uso de drogas em todo mundo crescerá cerca de 8% em relação ao ano anterior, crescimento este liderado pela *cannabis*. Segundo o relatório, cerca de 200 milhões de pessoas entre 15 e 64 anos – 5% da população mundial nessa faixa etária – teriam usado drogas ilícitas nos doze meses anteriores e seu mercado, movimentando em torno de 320 bilhões de dólares, teria superado os produtos internos brutos de 90% dos países”.

(KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos: As Drogas Tornadas Ilícitas** – Escritos sobre a liberdade. v. 3. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009. p. 53).

[8] “As expectativas profissionais dos funcionários investigadores os induzem antes a ver um suspeito em um desabrigado do que em um próprio inspetor da polícia federal e antes a tirar suspeitos do mal afamado local da estação que do subúrbio residencial – rotinas, que, em dúvida, são funcionais e também inevitáveis, mas que do mesmo modo distribuem de modo seletivo as possibilidades de permanecer no setor obscuro”. (HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Fabris, 2005. p. 94-100).

[9] “Não se trata de uma guerra contra coisas. Como quaisquer outras guerras, dirige-se, sim, contra pessoas. A nociva e sanguinária ‘guerra às drogas’ é uma guerra contra os produtores, comerciantes e consumidores das arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas. Mas, não exatamente todos eles. Os alvos preferenciais da nociva e sanguinária ‘guerra às drogas’ são os mais vulneráveis dentre esses produtores, comerciantes e consumidores das substâncias proibidas. Os ‘inimigos’ nessa guerra são os pobres, os marginalizados, os não brancos, os desprovidos de poder. (KARAM, Maria Lucia. **Por que precisamos dar fim à guerra às drogas**. 07 abr. 2016. Disponível em: <http://www.justificando.com/2016/04/07/por-que-precisamos-dar-fim-a-guerra-as-drogas/>. Acesso em: 24 out. 2018).

[10] “O tráfico de drogas ilícitas aparece como um delito cuja repressão se opera muito mais pela ótica econômica do que pela suposta saúde pública que se pretende defender no discurso jurídico. Talvez no plano econômico se possa enfim entender a criminalização das drogas enquanto estratégia de poder, voltada para o encarceramento (controle) das classes perigosas, bem como para fomento da ilegalidade das classes dominantes”. (ZACCONE, Orlando D’Elia Filho. **Acionista do nada: quem são os verdadeiros traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.70).

[11] GOMES, Vinicius. Guerra contra as drogas: os EUA querem realmente vencê-la? **Revista Fórum**. 21 mar. 2014. Disponível em: <https://www.revistaforum.com.br/digital/139/guerra-contra-drogas-os-eua-realmente-querem-vence-la/>. Acesso em: 01 nov. 2018.

[12] PASSOS, Fernanda dos. **As políticas de drogas do Brasil e da Holanda**. 26 out. 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/pol%C3%ADticas-de-drogas-do-brasil-e-da-holanda>. Acesso em: 01 nov. 2018.

[13] WALLIN, Claudia. Ao invés de punir, Noruega oferece tratamento a viciados. **RFI**: As vozes do mundo. 20 dez. 2017. Disponível em: <http://br.rfi.fr/europa/20171220-ao-inves-de-punir-noruega-oferece-tratamento-viciados>. Acesso em: 01 nov. 2018.

[14] Idem.

INQUÉRITO POLICIAL: A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA HIPNOSE COMO MEIO DE PROVA

JOISSE CAMILA GARDIMAN: Bacharela em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI.

ADRIANA BILLER APARICIO
(Orientadora)

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é constatar a possibilidade de utilizar-se da hipnose como meio de prova, na fase do inquérito policial. Serão analisadas as fases do mesmo, bem como suas características específicas, com abordagem aos principais meios de prova admitidos no Brasil, e investigar-se-á a técnica da hipnose, para constatar sua possibilidade jurídica diante ao caderno investigativo. Nesse sentido, considerando o valor probatório relativo do inquérito policial e o princípio da busca da verdade real, entende-se que a hipnose apesar de não ser admitida como prova, pode ser admitida como meio de prova, durante tal fase.

Palavras-chave: Inquérito Policial; Meios de Prova; Falsas Memórias; Hipnose Forense; Reprodução Facial Humana Descritível.

ABSTRACT: The aim of the present study is to verify the possibility of using hypnosis as a means of proof, during the police investigation phase. It will analyze the phases of the same, as well as their specific characteristics, with an approach to the main means of proof admitted in Brazil, and will investigate the technique of hypnosis, to verify its legal possibility in the field of investigation. In this sense, considering the relative probative value of the police investigation and the principle of the search for real truth, it is understood that hypnosis, although not admitted as evidence, can be admitted as a means of proof during such a phase.

Keyword: Police Inquiry; Means of Proof; False Memories; Forensic Hypnosis; Human Descriptive Facial Reproduction.

SUMÁRIO: ROL DE CATEGORIAS. INTRODUÇÃO. Capítulo 1 NOÇÕES GERAIS DO INQUÉRITO POLICIAL. 1.1 CONHECIMENTO INICIAL: PERSECUÇÃO PENAL. 1.2 A ORIGEM DO INQUÉRITO POLICIAL. 1.3 CONCEITO E FINALIDADE. 1.4 NATUREZA JURÍDICA. 1.5 CARACTERÍSTICAS. 1.5.1 Oficialidade e Oficiosidade. 1.5.2 Discricionariedade e Indisponibilidade. 1.5.3 Forma Escrita. 1.5.4 Sigilo. 1.5.5 O

Caráter Inquisitivo. 1.6 OS PRINCÍPIOS INERENTES AO INQUÉRITO. 1.6.1 Dos Princípios Constitucionais. 1.6.2 Princípio da Verdade Real. 1.6.3 Princípio da Imparcialidade. 1.7 O VALOR PROBATÓRIO. Capítulo 2 A PROVA PROCESSUAL PENAL E OS MEIOS DE PROVA RELACIONADAS AO IP. 2.1 PROVA: CONCEITO E FINALIDADE. 2.2 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO. 2.3 CLASSIFICAÇÃO. 2.4 PROVA EMPRESTADA. 2.5 PROVA ILÍCITA E PROVA ILEGÍTIMA. 2.5.1 (In) Admissibilidade da Prova Ilícita. 2.6 MEIO DE PROVA. 2.6.1 Prova Pericial. 2.6.2 Prova Documental. 2.6.3 Busca e Apreensão. 2.6.4 Reconhecimento de Pessoas e Coisas. 2.6.5 Prova Testemunhal 60 Capítulo 3 A TÉCNICA DA HIPNOSE E SUA APLICABILIDADE NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. 3.1 CONCEITO DE HIPNOSE. 3.2 BREVE HISTÓRICO DA HIPNOSE. 3.3 HIPNOSE E MEMÓRIA. 3.3.1 Questões Relevantes da Memória e Falsa Memória. 3.3.1.1 Sugestionabilidade X Suscetibilidade. 3.4 A PRÁTICA DA HIPNOSE E DA HIPNOSE FORENSE NO BRASIL. 3.4.1 Hipnose Forense. 3.4.1.1 Principais técnicas de indução e as características do indivíduo hipnotizado. 3.4.1.2 Aplicabilidade no IP: a experiência a partir da Polícia científica do Paraná. 3.4.1.3 A ética do perito criminal (hipnotista). 3.5 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA REPRESENTAÇÃO FACIAL HUMANA DESCRITÍVEL. 3.6 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA HIPNOSE COMO MEIO DE PROVA. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.

ROL DE CATEGORIAS: Rol de categorias que a Autora considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

Falsas Memórias

“Consistem em recordações de situações que, na verdade nunca ocorreram ou aconteceram de forma diversa de como lembrado pela vítima/testemunho” [1].

Hipnose

“Técnica terapêutica em que os médicos fazem sugestões aos indivíduos que tenham sido submetidos a um procedimento destinado a relaxá-los e concentrar suas mentes” [2].

Hipnose Forense

“Uma das aplicações da hipnose, para fins de investigação criminalística e prática forense, [...]” [3].

Inquérito Policial

“Constitui o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que se pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processual”[4].

Meio de Prova

“[...] meio de prova compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo”[5].

Persecução Penal

“[...] é o caminho que percorre o Estado-Administração para satisfazer a pretensão punitiva, que nasce no exato instante da perpetração da infração penal”[6].

Prova Pericial

“[...] é um meio de prova que consiste em um exame elaborado por pessoa, em regra profissional, dotada de formação e conhecimentos técnicos específicos, acerca de fatos necessários ao deslinde da causa”[7].

Representação Facial Humana Descritível (Retrato Falado)

“A descrição de um conjunto de elementos antropológicos, além daqueles referentes primariamente à face humana, e de quaisquer outras informações características sinal éticas e secundárias, relatadas de maneira aproximada pela vítima de um crime, ou testemunha deste, com a finalidade de promover a identificação parcial do agressor, através do desenho artístico, técnico e científico, realizado por perito nesta área da identificação humana, [...]”[8].

Transtorno do Estresse Pós-traumático

“[...] um transtorno de ansiedade que ocorre após a exposição a eventos traumáticos na vida do sujeito”[9].

Introdução

A presente monografia tem como objeto principal o estudo do inquérito policial que, foi criado pelo Decreto Imperial 4.824/1871. Constante na fase de persecução penal, é instaurado pela Autoridade Policial com objetivo de apurar

uma infração penal e a autoria de um crime. Conforme dispõe o artigo 4º, do Código de Processo Penal. O inquérito policial trata-se de uma investigação preliminar, qual possibilita ao titular da ação penal ingressar em juízo. Tem como destinatário imediato o Ministério Público em caso de ação penal pública, ou o ofendido em caso de ação penal privada. O Juiz é o destinatário imediato, “que se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para a informação do seu convencimento”^[10].

Ressalte-se que, além de ser requisito imprescindível à conclusão do curso de Direito na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, o presente relatório monográfico também vem colaborar para o conhecimento de um tema que na dimensão social-prática ainda pode ser tratado como elemento novo e repleto de nuances a serem destacadas pelos intérpretes jurídicos.

A escolha do tema é fruto do interesse pessoal do pesquisador acerca da fase de investigação policial, bem como das provas admitidas, com a demarcação específica da hipnose forense, assim pode-se instigar novas contribuições para estes direitos na compreensão dos fenômenos jurídicos-políticos, especialmente no âmbito de atuação do Direito Processual Penal.

O **objetivo institucional** da presente Monografia é a obtenção do Título de Bacharel em Direito, pela Universidade do Vale do Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, *campus* de Tijucas.

Em vista do parâmetro delineado, constitui-se como **objetivo geral** deste trabalho constatar a possibilidade de utilizar-se da hipnose como meio de prova, na fase de investigação policial.

Para tanto, principia-se, no capítulo 1, uma breve análise do inquérito policial, apresentando-se noções introdutórias, a evolução histórica, destacando-se as principais características, os princípios inerentes ao inquérito.

No capítulo 2, quanto ao instituto da prova no processo penal brasileiro, o presente estudo, buscará compreender apenas os aspectos fundamentais da prova, e se limitará aos meios de provas admitidos, bem como uma análise das provas em espécie.

Finalmente no capítulo 3, far-se-á referência ao questionamento do tema, investigando a hipnose, sua origem, principais técnicas, com destaque para a hipnose forense e sua aplicabilidade como meio de prova.

O presente trabalho científico se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação

à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o tema inclusive sobre o recorte específico deste.

Considerando que, a hipnose como um instrumento de entretenimento, muitas vezes é exposta de forma sensacionalista pela mídia e em espetáculos, porém é também reconhecida no mundo científico, pode ser este, um importante instrumento em diversos setores, como por exemplo, na medicina. Considerando ainda, o valor probatório relativo do inquérito policial e o princípio da busca da verdade real, foi considerada a hipótese de que a hipnose apesar de não ser admitida como prova, pode ser admitida como meio de prova, durante a referida fase.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Hipotético-dedutivo, que a partir da problemática proposta, elegeu-se duas hipóteses, a fim de testá-las empiricamente[11].

Não é propósito deste trabalho esgotar o tema ofertado. Por certo não se estabelecerá um ponto final em referida discussão. Pretende-se, tão somente, aclarar o conhecimento existente sobre a importância do inquérito policial, em especial circunscrevendo-o sobre a possibilidade da hipnose, na fase investigatória.

Capítulo 1 - NOÇÕES GERAIS DO INQUÉRITO POLICIAL

1.1 CONHECIMENTO INICIAL: PERSECUÇÃO PENAL

A palavra perseguição tem origem do latim *persecutione*, que significa perseguição[12]. Cabe ao Estado perseguir os sujeitos, que cometem infrações penais, e para tanto, se vale de diversos instrumentos. Todo esse conjunto de ações que o Estado desenvolve é denominado perseguição penal ou *persecutio criminis* e o objetivo é averiguar as infrações penais, verificando a "existência, culpabilidade e autoria, em alguns casos, impondo até mesmo a sanção prevista em lei"[13]. Para Bonfim, a perseguição penal:

[...] é o caminho que percorre o Estado-Administração para satisfazer a pretensão punitiva, que nasce no exato instante da perpetração da infração penal. A *persecutio criminis* divide-se em três fases: investigação preliminar (compreende a apuração da prática de infrações penais, com vistas a fornecer elementos para que o titular da ação penal possa ajuizá-la), ação penal (atuação junto ao Poder Judiciário, no sentido de que seja aplicada condenação aos infratores, realizando assim a concretização

dos ditames do direito penal material diante de cada caso concreto que se apresentar) e execução penal (satisfação do direito de punir estatal, reconhecido definitivamente pelo Poder Judiciário). [14]

Portanto, uma das fases de persecução penal, busca uma investigação preliminar, a fim de colher os indícios mínimos acerca da materialidade e autoria de um crime.

Por outro lado, Galardo aponta que, no sistema atual, duas são as fases da percussão, sendo a primeira, a do Inquérito policial em si, e a segunda da ação penal[15].

Segundo Tornaghi[16], “o processo, como procedimento, inclui também o inquérito. Não há erro, como por vezes se afirma, em chamar processo ao inquérito”. Para ele há de se supor que a palavra “processo” não se trata de uma relação de processo, pois esta, só estreia com a acusação.

Portanto, a partir da ideia de perseguir o crime, passa-se ao estudo do Inquérito Policial (IP), constante na fase punitiva.

1.2 A ORIGEM DO INQUÉRITO POLICIAL

No Brasil, em 1871, à luz da Lei 2.033, com regulamentação do Decreto-Lei 4.824 surgiu a designação “inquérito policial”. Destaca-se o artigo (art.) 42, da referida lei: “O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito”[17]. Do tema, Lopes Junior assim assinala:

O inquérito policial foi mantido no CPP de 1941, pois entendeu o legislador da época que “o ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos carros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio ao sistema vigente”. Naquele momento histórico, o sistema de juiz de instrução era amplamente adotado, principalmente na Europa, França, Itália e Alemanha. O Brasil, ao contrário, seguia com a superada investigação preliminar policial. [18]

As principais funções, e dessas leia-se de natureza criminal, são especializadas a partir da “aplicação efetiva do princípio da separação da polícia e da judicatura”. Logo, o procedimento informativo já tinha disposição no Código de Processo

Penal (CPP) de 1832, mesmo que ainda não com a denominação de inquérito policial[19].

1.3 CONCEITO E FINALIDADE

A palavra inquérito, deriva do verbo latim *quaeritare*, significa ato ou efeito de inquirir ou investigar os fatos que se quer esclarecer[20]. Na doutrina há divergências quanto ao conceito de inquérito policial.

Para Elmir Duclerc, o IP “é apenas uma manifestação específica da atividade de investigação preliminar, o nosso instrumento precípua, previsto e tratado logo nos primeiros artigos do Código de Processo Penal”[21].

Renato Brasileiro de Lima deste modo define o IP:

Trata-se de um procedimento de natureza instrumental, porquanto se destina a esclarecer os fatos delituosos relatados na notícia de crime, fornecendo subsídios para o prosseguimento ou o arquivamento da persecução penal. De seu caráter instrumental sobressai sua dupla função: a) preservadora: a existência prévia de um inquérito policial inibe a instauração de um processo penal infundado, temerário, resguardando a liberdade do inocente e evitando custos desnecessários para o Estado; b) preparatória: fornece elementos de informação para que o titular da ação penal ingresse em juízo, além de acautelar meios de prova que poderiam desaparecer com o decurso do tempo. [22]

Na mesma óptica Bonfim[23] entende que o IP, possui traço fundamentalmente de assessoria. Apresenta a finalidade de reunir um conjunto “de elementos de prova que reforcem e fundamentem as suspeitas acerca da prática do delito de natureza penal”. Além, o procedimento do inquérito, torna-se um preparatório para uma pertinente ação penal.

Compreende também sua utilização como componente de “filtragem” do processo penal, prevenindo a atuação do judiciário quanto aos fatos ainda não elucidados ou de responsável até o momento não conhecido[24].

No mesmo sentido, para Nucci o IP tende a evitar os possíveis erros judiciais, com indícios substanciais para atuar em face do sujeito, se tornando mais difícil o engano quanto a autoria da infração. Não obstante, “além da segurança, fornece a oportunidade de colher provas que não podem esperar muito tempo, sob pena de perecimento ou deturpação irreversível”[25].

Ainda, Nucci^[26] entende se versar de cunho preparatório, cujo principal objetivo é constituir o convencimento do *parquet*, firmando a ideia de se colher as provas emergenciais. O referido procedimento auxilia “à composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para possível posterior propositura da ação penal privada”, provas estas que possam desaparecer, com acontecimento do crime:

Nota-se, pois, que esse objetivo de investigar e apontar o autor do delito sempre teve por base a segurança da ação da Justiça e do próprio acusado, pois, fazendo-se uma instrução prévia, através do inquérito, reúne a polícia judiciária todas as provas preliminares que sejam suficientes para apontar, com relativa firmeza a ocorrência de um delito e o seu autor. O simples ajuizamento da ação penal contra alguém provoca um fardo à pessoa de bem, não podendo, pois, ser ato leviano, desprovido de provas e sem um exame pré-constituído de legalidade.

Esse mecanismo auxilia a Justiça Criminal a preservar inocentes de acusações injustas e temerárias, garantindo um juízo inaugural de delibação, inclusive para verificar se se trata de fato definido como crime. ^[27]

Fernando Capez, assim conceitua o IP:

É o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (CPP, art. 4º). Trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial. Tem como destinatários imediatos o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública (CF, art. 129, I), e o ofendido, titular da ação penal privada (CPP, art. 30); como destinatário imediato tem o juiz, que se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para a informação do seu convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares. ^[28]

Vê-se o IP, como uma das espécies do procedimento policial, ou seja, uma investigação anterior ao processo. Nesse sentido, Aury Lopes Jr, explica:

Constitui o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que se pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processual. [29]

Por tudo, adota-se o entendimento de Nucci, ao compreender o IP como um procedimento administrativo instaurado com a finalidade de colher informações e provas, e também, dar suporte ao Ministério Público, possibilitando a futura ação penal, esta, já no Poder Judiciário.

1.4 NATUREZA JURÍDICA

Compreender a natureza jurídica é perceber a posição do instituto, neste caso o IP, no ordenamento jurídico. Renato Brasileiro entende ser o IP um procedimento de natureza administrativa, na medida de não se tratar de processo judicial ou administrativo. Existe a intenção acusatória, "logo, não se pode falar em partes *stricto sensu*", visto não ser garantido o contraditório ou a ampla defesa[30].

Além, sobre identificar o inquérito como procedimento administrativo, Margarida Gomes expõe seu entendimento:

Classificá-lo como procedimento administrativo, entretanto, não significa dizer que não devam ser resguardados ao longo do seu curso, os direitos fundamentais do investigado, devendo a autoridade policial, o magistrado e o Ministério Público zelar para que a investigação seja conduzida de forma a evitar afrontas ao direito do acusado, como é, por exemplo, o direito à liberdade, pois a polícia não pode, sem autorização judicial, prender quem quer que seja, a não ser em flagrante delito. [31]

Aury Lopes Jr, entende a natureza jurídica como instrumento administrativo pré-processual definido pelos atores e pela natureza das ações praticadas[32].

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, afirmam ser o IP um "procedimento administrativo, preliminar; presidido pelo delegado de polícia", auxiliando o titular da ação penal, construindo seu convencimento, para a deflagração ou não da ação[33].

Uma vez superada a questão acerca da natureza jurídica do IP como sendo plenamente administrativa, considerando suas próprias características, como a não obrigação do contraditório, passa-se aos estudos das principais características do inquérito.

1.5 CARACTERÍSTICAS

No presente trabalho, será abordado apenas as principais características que compõe o IP, a saber: oficialidade, oficiosidade, discricionariedade, indisponibilidade, forma escrita, sigilo e caráter inquisitivo.

1.5.1 Oficialidade e Oficiosidade

A oficialidade, indica ser o IP “uma atividade investigatória feita por órgãos oficiais”, não é possível, portanto, a atuação de particular, mesmo que ao ofendido seja imputado a titularidade da ação penal[34].

Por sua vez a oficiosidade trata da obrigatoriedade de instauração do IP. Do assunto Capez dessa maneira atina:

Contrário do princípio da legalidade (ou obrigatoriedade) da ação penal pública. Significa que a atividade das autoridades policiais independe de qualquer espécie de provocação, sendo à instauração do inquérito obrigatória diante da notícia de uma infração penal (CPP, art. 5ª, I), ressalvados os casos de ação penal pública condicionada e de ação penal privada (CPP, art. 5º, §§ 4º e 5º). [35]

Deste modo, o IP passa a ser facultativo para o Ministério Público, “pois pode prescindir dele”, ao passo que torna obrigatório a polícia judiciária, que ao tomar conhecimento da infração ou notícia-crime quando delito de ação penal pública, a investigação se torna imprescindível a instauração do IP e sua devida investigação[36].

Portanto, a oficiosidade pode ser examinada sob o aspecto do oferecimento da *notitia criminis* e da prévia conclusão do IP. A partir da *notitia criminis*, independentemente do meio que a Autoridade Policial obteve conhecimento do delito, se tratando de ação penal pública incondicionada, limita-se a instauração do inquérito, ante a disposição do art. 5º, do CPP[37].

Posteriormente, cabe examinar a oficiosidade sob o aspecto do processo penal na medida que “o exercício da ação penal não requer a prévia conclusão – ou sequer a prévia instauração – do inquérito policial”. Sobre tal faculdade, não há

previsão legal explícita, podendo ser deduzida de alguns artigos do CPP. Nessa lógica, Bonfim sistematiza:

Com efeito, o art. 12 do referido diploma prevê que o inquérito policial deverá acompanhar a denúncia ou queixa “sempre que o servir de base a uma ou outra”. Preveem-se, assim, por exclusão, situações em que o inquérito policial não servirá de base à denúncia ou à queixa.

Ademais, o art. 46, §1, do Código de Processo Penal estabelece prazo para que o Ministério Público ofereça denúncia no caso em que “dispensar o inquérito policial”. Também no art. 39, §5, do mesmo diploma legal, prevê-se hipótese em que o “órgão do Ministério Público dispensará o inquérito”, embora essa dispensa seja, condicionada à existência prévia de representação que permita, por seu conteúdo, o oferecimento de denúncia. [...] Ainda por força da independência funcional, o Ministério Público recebendo os autos do inquérito, não fica vinculado, às conclusões da autoridade policial acerca dos fatos apurados. [...] mesmo que o delegado, uma vez encerrada a investigação, conclua pela prática de determinado crime, poderá o Ministério público, à sua discricionariedade, oferecer denúncia pela prática de crime diverso. [38]

Então, não há exigência que o respaldo da ação penal, seja necessariamente o IP, podendo ser utilizados demais meios de procedimentos administrativos, como por exemplo documentos idôneos alcançados por variados meios, considerando claro, a licitude dos meios pelo quais são alcançadas as provas[39].

1.5.2 Discricionariedade e Indisponibilidade

A característica da discricionariedade, diz respeito a liberdade do Delegado de Polícia instruir o IP, conduzindo as investigações conforme o juízo de oportunidade e conveniência, definindo quais serão as diligências e medidas adotadas[40].

O IP não se submete a nenhuma regra para o concretizar dos atos, o que não retira sua qualidade de procedimento, tendo o legislador garantido uma sequência coerente para que seja instaurado, é o que afirma Renato Brasileiro Lima “já que o procedimento pode seguir tanto um esquema rígido quanto flexível”[41].

Renato Brasileiro Lima também aponta:

É que, enquanto o objeto do processo, como vimos, é uma pretensão, isto é, o desejo revelado em juízo de submeter o interesse alheio ao próprio, o objeto do inquérito é apenas uma notícia de crime, ou seja, a informação que chega à autoridade policial sobre a prática de uma eventual conduta delitiva. Esta aliás, é uma diferença decisiva para o enfrentamento dos problemas em torno da natureza jurídica do inquérito, bem como dos aspectos gerais envolvendo forma, valor probatório e nulidades dos atos que o compõe. [42]

A discricionariedade não é considerada uma característica absoluta, em caso de diligências regradas para determinadas situações, caso por exemplo no disposto do artigo 158, do CPP, quando o delito deixar vestígios se torna obrigatório a realização do corpo de delito[43].

Também o artigo 13, II, do CPP, garante ao Juiz e ao Ministério Público, requisitar ao Delgado diligências a ser realizadas na fase investigatória. Segundo Nucci:

[...] ao Ministério Público cabe, tomando ciência da prática de um delito, requisitar a instauração da investigação pela polícia judiciária, controlar todo o desenvolvimento da persecução investigatória, requisitar diligências e, ao final, formar sua opinião, optando por denunciar ou não eventual pessoa apontada como autora. O que não lhe é constitucionalmente assegurado é produzir, *sozinho*, a investigação, denunciando a seguir quem considerar autor de infração penal, excluindo, integralmente, a polícia judiciária e, conseqüentemente, a fiscalização salutar do juiz. [44]

Quanto a característica da indisponibilidade, disciplina que após instaurado não caberá mais a Autoridade Policial arquivá-lo, mas sim ao Juiz, com decisão fundamentada e por provocação do Ministério Público[45].

1.5.3 Forma Escrita

A característica da forma escrita do IP, está em disposição no artigo 9, do CPP, impondo que "todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade" [46]. Salles Junior exemplifica:

[...] ao ser inquirido pela autoridade policial, o indiciado responde às perguntas formuladas e em seguida o Dr. Delegado dita as respostas em linguagem apropriada para o inquérito e o escrivão a datilografa, reduzindo, então, o interrogatório a uma peça escrita que se denomina tecnicamente Auto de Qualificação e de interrogatório [...].^[47]

Considerando os propósitos do inquérito, não é cabível possibilidades da investigação se proceder na forma verbal.^[48] Ora, o Ministério Público e o juiz, não terá o contato direto e imediato com o que foi colhido nesta fase, fazendo com que “a falta de imediação sacrifica a oralidade”^[49].

Embora o IP seja destinado à informação, poderá atingir “o patrimônio jurídico do investigado”, quer pela necessidade dos dados regularmente sigilosos, ou pela possibilidade de prisão do investigado. Desta maneira, os documentos apresentados nas peças escritas são cruciais para que todo resultado das investigações, possam ser sujeitadas ao controle da legalidade^[50].

1.5.4 Sigilo

A Autoridade Policial deve garantir o sigilo durante a fase investigativa, pois se trata de uma característica importante para o esclarecimento “do fato ou exigido pelo interesse da sociedade (CPP, art. 20)”^[51], interpretação de Capez que complementa:

O direito genérico de obter informações dos órgãos públicos, assegurando no art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal, pode sofrer limitações por imperativos ditados pela segurança da sociedade e do Estado, como salienta o próprio texto normativo. ^[52]

Para Fernando Capez, “no caso do advogado, pode consultar os autos do inquérito, mas, caso seja decretado judicialmente o sigilo na investigação, não poderá acompanhar a realização de atos procedimentais (Lei n. 8.906/94, art. 7º, XIII a XV, e §1º – Estatuto da OAB)”^[53].

Capez entende ainda que o sigilo, no entanto, não abrange o *parquet*, ou ao juiz, mas quanto ao advogado pode haver situações de impedimento do acesso ao inquérito:

Menciona-se que, nas hipóteses em que é decretado o sigilo do inquérito, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a sua oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria

garantia constitucional do acusado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado. [54]

Aury Lopes Junior pontua a não existência de sigilo ao advogado “no inquérito policial e não lhe pode ser negado o acesso às suas peças nem ser negado o direito à extração de cópias ou fazer apontamentos” [55]. Nesse sentido, a Súmula Vinculante nº 14, determina o seguinte conteúdo:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. [56]

Defende Capez que tal acesso, trata-se de divulgação, “que não se afigura plena e restrita, uma vez que se admite, apenas, a consulta a elementos já colhidos”, não possibilitando o acesso à outras diligências em andamento [57].

1.5.5 O Caráter Inquisitivo

Entender o caráter inquisitivo do inquérito é compreender a não garantia do contraditório e da ampla defesa, nesta fase. Compreensão esta, de acordo com o artigo 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) ao orientar que caberá as partes, “em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, afinal como já conceituado anteriormente, o inquérito é um procedimento, e por se tratar de uma investigação preliminar, não estaremos diante da figura do acusado, e sim de um suspeito. Salles Junior complementa:

O inquérito policial é inquisitivo porque a autoridade comanda as investigações como melhor lhe aprouver. Não existe um rito preestabelecido para a elaboração do inquérito ou andamento das investigações. Estas têm sequência, dependendo das determinações da autoridade em face da necessidade de realização desta ou daquela diligência. [58]

Para Aury Lopes Junior [59], o mais importante na interpretação do artigo 5º, LV, da CF, é que seja feita uma leitura irrestrita, entendendo que conduta do legislador, foi notoriamente defensora, daí a confusão terminológica:

Sucedo que a expressão empregada não foi só acusados, mas sim acusados em geral, devendo nela ser

compreendidos também o indiciamento e qualquer imputação determinada (como a que pode ser feita numa notícia-crime ou representação), pois não deixam de ser imputação em sentido amplo. [60]

Portanto, mesmo não estando expresso, a garantia do contraditório e ampla defesa na fase do procedimento investigativo, é possível o indiciado exercer “sua autodefesa positiva (dando sua versão aos fatos); ou negativa (usando seu direito de silêncio)”. Além, o advogado de defesa, poderá acompanhar a investigação, solicitar diligências ou juntar documentos aos autos, ou ainda, pode o indiciado “exercer a defesa exógena, através do *habeas corpus* e do mandado de segurança”[61].

Bonfim ensina que há exceção do caráter inquisitivo do inquérito, quando sua instauração versar sobre expulsão de estrangeiro, pois, conforme disposição do art. 71, da Lei 6.815/1980, é obrigatório o “direito de defesa” e conseqüentemente a garantia do contraditório[62].

1.6 OS PRINCÍPIOS INERENTES AO INQUÉRITO

No direito os princípios, podem ser entendidos como valores fundamentais que orientam a criação e aplicação das leis. São definidos por Robert Alexy como mandamentos de otimização, aplicados conforme sua importância, podendo ser satisfeitos ou não em graus diversos, dependentes não somente “das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”[63].

1.6.1 Dos Princípios Constitucionais

Ao compreender o IP como procedimento administrativo, tem-se a sua submissão aos princípios constitucionais, que aliás, presentes em todo ramo do direito. Logo, os princípios constitucionais inerentes ao inquérito policial, são os dispostos no art. 5º e 37, da CF/88, sendo legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, celeridade, presunção de inocência e controle [64].

O princípio da legalidade, tem previsão legal no art. 5º, II e art. 37 da CF/88[65], trazido pela doutrina essencialmente para o direito administrativo, mas comunica-se com o inquérito de duas formas:

- a) impondo ao Delegado de Polícia a prática de determinados atos vinculados, decorrentes da obrigatoriedade de instauração do procedimento e da necessidade de apuração da materialidade e da autoria do crime; e b) facultando à autoridade policial a prática de atos discricionários necessários às investigações,

limitando-se, contudo, o poder investigatório, na medida em que, ao órgão investigador, somente é possível tomar as medidas de restrição às liberdades individuais conforme as disposições da lei. [66]

No tocante a primeira, cabe a Autoridade Policial, observar atos vinculados a sua atuação, como a instauração do inquérito e a necessidade (ou não) de realização do exame de corpo de delito[67] .

Já na segunda, faculta-se a Autoridade Policial, “durante as investigações, a realização de atos discricionários necessários à apuração da verdade real, atos estes que variam conforme as peculiaridades do crime que se está apurando”, como por exemplo a oitiva de testemunhas e a acareação[68].

No princípio da impessoalidade, com previsão legal no art. 37, da CF/88, pode ser observado, com relação ao réu, não no sentido da investigação utilizada para prejudicar ou beneficiar qualquer pessoa, mas sim perseguir a sua finalidade. E também pode ser observado com relação a própria polícia judiciária, expresso no art. 2º, § único, III, da Lei 9.784/99, que determina a realização das investigações a polícia judiciária “e não dos policiais que o conduzem em nome do órgão policial, razão pela qual não pode ele ser utilizado para a promoção pessoal dos agentes ou autoridades envolvidas na investigação nele realizada”[69].

Zela o princípio da moralidade, pela observação não apenas das leis, mas também pela moral:

No que tange ao inquérito policial, por se tratar de procedimento administrativo regulado por norma processual penal, diretamente ligado a uma posterior ação penal à qual visa instruir, a maior parte das leis processuais penais já traz implícita em seu texto forte carga moral, como forma de garantir ao máximo as liberdades individuais dos cidadãos e coibir eventuais abusos no exercício do poder punitivo estatal. [70]

Neste, como exemplo, tem-se a proibição do uso de provas ilícitas e presunção de inocência, ambas garantias expressas no art. 5º, da CF/88, tema este, discutido posteriormente.

Por força do princípio da publicidade, todos os atos devem ser divulgados, com exceção a defesa da intimidade ou se o interesse social exigir. Quando se discorreu sobre a característica de sigilo do inquérito, ficou esclarecido que o sigilo prevalece a respeito dos dados reunidos, “enquanto a publicidade oferecer risco

ao próprio sucesso das investigações”. Não afronta, portanto, o referido princípio ao sigilo do inquérito[71].

O princípio da eficiência, impõe a Autoridade e seus auxiliares, que haja “o melhor desempenho possível, para a apuração da verdade real sobre o fato criminoso investigado”[72]. Deveras, segue a título de exemplo:

Uma vez colhidas provas suficientes sobre a prática de determinado crime, não há justificativa para que a autoridade policial aguarde por meses a conclusão de determinado exame pericial que apenas iria corroborar tais provas para, só então, relatar o inquérito, atrasando, dessa forma, a propositura da ação penal. Neste caso, conquanto haja a determinação da realização do exame pericial, poderá o mesmo ser concluído após o término do inquérito policial, remetendo-se o laudo, posteriormente, ao Juízo respectivo. [73]

Por tudo, se busca evitar prejuízos a possível ação penal[74].

O inciso LXXVIII, também do artigo 5º, da Carta Magna[75], inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, dispõe da necessidade de conclusão do inquérito no mínimo tempo possível. Explica Claudinei Zdanski que:

O princípio da razoável duração do processo, ou da celeridade processual, desta forma, deve estender seus reflexos também sobre o inquérito policial, a fim de evitar que as investigações promovidas pela Polícia Judiciária se prolonguem indefinidamente no tempo, levando, por inúmeras vezes, à prescrição da pretensão punitiva do Estado. Ainda que elogiável a iniciativa do constituinte reformador, ao inserir no texto da constituição federal a celeridade processual como garantia fundamental, não ficou claro qual seria o prazo considerado razoável para conclusão do processo, tampouco quais os instrumentos utilizáveis para a aplicação do princípio.[76]

Ainda que elogiável a iniciativa do constituinte reformador, ao inserir no texto da CF/88 a celeridade processual como garantia fundamental, não ficou claro qual seria o prazo considerado razoável para conclusão do processo, tampouco quais os instrumentos utilizáveis para a aplicação do princípio[77].

Este princípio quando utilizado no inquérito sugere resultados positivos a todas as partes, sendo que para o acusado o ideal é que não se trate de um procedimento demorado, pois pode apresentar-se injusto, ora que “sobre ele incide o ônus de ‘suspeito’”. Por sua vez, no tocante ao Estado favorece o início “do processo penal e o julgamento do infrator em menor tempo”. Já a vítima não terá o sentimento de impotente ou abandono do Estado, pois o agente que acarretou o dano, pode ser punido. Por fim, para “a sociedade, não restará a sensação de impunidade como incentivadora da prática de novos delitos” [78].

Cabe ressaltar ainda referente a celeridade, que para determinados atos há prazo imposto por lei. Ademais, conforme já exposto, de acordo com artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF/88 [79], é garantido o direito de ser julgado em prazo razoável.

No inciso LVII, artigo 5º, CF/88, sustenta que não há condenação, “até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” [80], sendo esta manifestação a presunção de inocência do suspeito. Todavia, a partir do apontamento do suposto autor do fato, inicia-se várias consequências negativas, “por exemplo, não sendo possível a este a obtenção de certidões de antecedentes criminais negativos” [81].

Aplicado ao IP, o princípio do controle, tenta garantir o cumprimento das “finalidades institucionais e coibir eventuais abusos ou desvios de finalidade”. Trata-se do efeito da autotutela, realizado externamente pelas Corregedorias de Polícia, o Poder Judiciário, o Ministério Público e “pelos partes de direito material (investigado/vítima) envolvidas no inquérito policial (tutela)” que possam ocorrer durante a investigação do fato criminoso, tem-se como satisfação, fiscalizar os atos da Polícia Judiciária [82].

É por disposição do art. 5º, XXXV, da Carta Magna que, deve o Poder Judiciário fiscalizar, por meio do juízo competente, “para processar e julgar a futura ação que visa instruir”, toda atuação na fase investigatória [83].

Com a instituição da CF/88, o IP sofreu alterações no que concerne à finalidade, impondo que seja observado na instrução os princípios constitucionais, acima referidos, bem como alguns princípios infraconstitucionais, aplicados no processo penal [84].

Nesse sentido, “não há como negar que o inquérito policial constitui modernamente mais que mera peça informativa do órgão acusador, destacando-se a sua importância na apuração da verdade real” [85], dispondo-se, de dois princípios infraconstitucionais, considerados importantes para o presente estudo.

1.6.2 Princípio da Verdade Real

Qualquer que seja a fase processual penal, mas principalmente na colheita de provas, como no caso do objeto de estudo, deve-se encaminhar para o esclarecimento dos fatos criminosos “conforme se passaram na realidade”[86].

A doutrina divide o aludido princípio em formal e material, por causa do princípio da verdade real se opor ao princípio da verdade formal. Para este último, é vigente especialmente no âmbito civil e no processo penal somente na hipótese do art. 386, VII, do CPP, que trata da absolvição por insuficiência de provas[87].

Segundo Capez, o princípio da verdade material é “característico do processo penal, dado o caráter público do direito matéria *sub judice*, excludente da autonomia privada”. Deve deste modo, esgotar todas as oportunidades para conseguir a verdade dos fatos. Entende ainda que, no sistema atual no qual “vigora a livre investigação das provas, a verdade das provas será sempre formal, porquanto, “o que não está nos autos, não está no mundo”[88].

Em contrapartida, para Bonfim o encargo de produzir provas no inquérito, caberá a Autoridade Policial, e também poderá o juiz, de acordo com o art. 156, I, do CPP, requisitar a produção de provas que julgue necessária, apesar de “parte da doutrina entenda que o dispositivo em questão viola o princípio do *ne procedat iudex ex officio* e o da imparcialidade”, assemelhando-se da característica inquisitiva da produção de provas[89].

De acordo com Alexandre Morais da Rosa, “a verdade real é empulhação ideológica que serve para ‘acalmar’ a consciência de acusadores e julgadores. A ilusão da informação perfeita no processo penal recebe o nome de Verdade Real”[90].

Compartilhando do mesmo entendimento para Renato Brasileiro de Lima:

[...] O que vai haver é uma aproximação, maior ou menor, da certeza dos fatos. Há de se buscar, por conseguinte, a maior exatidão possível na reconstituição do fato controverso, mas jamais com a pretensão de que se possa atingir uma verdade real, mas sim uma aproximação da realidade, que tenda a refletir ao máximo a verdade. Enfim, a verdade absoluta, coincidente com os fatos ocorridos, é um ideal, porém inatingível. [91]

Na mesma esteira, Aury Lopes Jr. defende que alcançar a verdade real é indiscutivelmente impossível, pois não existem verdades que possam ser consideradas absolutas. “Ademais, não há que se esquecer que o crime é um fato histórico, e a reconstrução de um fato histórico (para isso servem a prova e o

próprio processo) é sempre minimalista e imperfeita. Não se trata de construir, mas de reconstruir”[92].

Predomina na doutrina, o entendimento que o princípio que norteia o processo penal, não é o da verdade material ou real, mas a busca da verdade provável, “também é conhecido como princípio da livre investigação da prova no interior do pedido e princípio da imparcialidade do juiz na direção e apreciação da prova, bem como de princípio da investigação, princípio inquisitivo ou princípio da investigação” judicial da prova[93].

1.6.3 Princípio da Imparcialidade

Ao dirigir o IP, cabe a autoridade atuar de maneira imparcial, bem como seus auxiliares como o escrivão e perito, por exemplo, mesmo que as provas produzidas nesta fase sejam destinadas ao órgão acusador, para possível ação penal[94].

Todavia, não se deve confundir esta finalidade do inquérito com a **conduta** dos profissionais envolvidos na investigação, que deve ser imparcial no sentido de não se limitar à busca pela produção de provas contra ou a favor de determinada pessoa investigada, parte da relação de direito material que ensejou a instauração do inquérito policial, mas de buscar a verdadeira forma como o ato criminoso ocorreu e o verdadeiro responsável pela sua prática. [95]

Dessa forma, o Delegado de Polícia poderá, ao concluir expressamente as investigações com base (se for o caso) na não participação do acusado num crime, ou em função da inexistência do crime. Esta conduta seria impossível, se a atuação da autoridade fosse parcial, sendo indispensável reunir provas ou mesmo indícios para incriminação do investigado[96].

1.7 O VALOR PROBATÓRIO

Perdura na doutrina a discussão da expectativa em se utilizar os elementos de provas colhidos na fase do inquérito, como estrutura na condenação do réu. Como já aclarado, “em princípio, o inquérito tem início com a comunicação do crime feita à autoridade policial”, consoante o ensinamento de Salles Junior[97].

Para Nucci, seria ideal que fossem apenas aceitas as “provas colhidas no inquérito policial fossem usadas para instruir a peça inicial acusatória, já que a razão de sua existência e sua finalidade não condizem com outra conclusão”. Não há de pensar em realizar provas sem a colaboração/conhecimento do investigado ou de seu defensor, que depois poderia utilizar estas provas, já na fase processual do crime. Caso contrário, haveria um desrespeito ao princípio constitucional da

ampla defesa e do contraditório. Entretanto, caso sejam provas perecíveis, estas devem ser colhidas sempre que possível e jamais ignorada pelo juiz[98].

De acordo Nucci, este é um ponto problemático, pois em princípio se tem o IP como uma importante ferramenta para garantir que não haja exposições volúveis, entretanto se apresenta como um instrumento contra o investigado/réu, que não pode impugnar a prova colhida[99].

Magalhães Noronha, admite as provas como fundamento para condenação do réu. Eminentemente no que tange as provas periciais, "de difícil ou impossível repetição em juízo". Tais provas, aplicam-se ao contraditório diferido, tendo o réu a possibilidade de analisá-las e refutá-las, como se no curso do processo estivesse[100].

Sobre o tema observa-se o agravo em recurso especial nº 1.057.600, jurisprudência relevante, analisado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) de Mato Grosso, tendo em vista, que o juiz ponderou o conjunto probatório, ou seja, a soma das provas colhidas na fase do IP, mais as provas colhidas em fase processual:

Trata-se de agravo contra decisão que não admitiu recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, alíneas a e c, da Constituição Federal. Consta dos autos que o recorrente, denunciado como incurso no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas), foi condenado às penas de 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 525 dias-multa, conforme a sentença [...] O Tribunal de origem negou provimento ao recurso de apelação, conforme a seguinte ementa: APELAÇÃO CRIMINAL TRÁFICO DE DROGAS SENTENÇA CONDENATÓRIA PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO IMPOSSIBILIDADE MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS APREENSÃO DE DROGAS E APETRECHOS NA RESIDÊNCIA DO RÉU DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES COMPANHEIRA DO RÉU QUE AFIRMOU SER ELE TRAFICANTE CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA A RESPONSABILIDADE PENAL ATRIBUÍDA RECURSO DESPROVIDO, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL. Não configura ofensa ao princípio da ampla

defesa a prevalência de juízo condenatório assentado na fase inquisitorial, se corroborado com provas apresentadas no curso da ação penal. [...] No caso, o juiz da causa sopesou as provas colhidas no inquérito policial em conjunto com as produzidas em juízo, [...] Outrossim, a sentença assentada nos elementos informativos do inquérito não é causa de nulidade, de modo que a matéria não pode ser conhecida como preliminar, mas como o mérito do recurso [...] 1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a absolver, condenar, ou desclassificar a imputação feita ao acusado. 2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 871.789/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 14.6.2016). Pelo mesmo motivo, inviabilizado o recurso pela alínea c, registrando-se o descumprimento dos regramentos pertinentes. Diante do exposto, com fundamento no art. 932, inc. IV, alínea a, do Código de Processo Civil c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, nego provimento ao recurso especial.[101]

Por tudo, o posicionamento vem sendo no sentido de admitir o valor probatório, quando possível reforçá-la já no curso do processo, ou ainda, caso de impossível repetição, que as provas colhidas na fase de investigação não sejam o único fundamento de condenação.

É predominante na doutrina a não condenação do réu apenas, nos elementos colhidos nesta fase, pois se transgrediria o princípio do contraditório, interpretando as provas como de natureza indiciária, ou seja, começos de prova[102].

Deste modo, a partir da análise realizada da fase investigativa policial, no que concerne ao valor probatório, serão abordados os meios de prova admitidos no processo penal brasileiro, no próximo capítulo.

Capítulo 2 : A PROVA PROCESSUAL PENAL E OS MEIOS DE PROVA RELACIONADAS AO IP

2.1 PROVA: CONCEITO E FINALIDADE

A palavra prova, possui aplicação em diversos aspectos, com origem do latim *probo*, que significa honesto, correto. Também o verbo *probare*, que indica

julgar com honestidade e todo meio legal utilizado para se demonstrar a verdade do que se alega em juízo[103].

Elmir Duclerc desta forma explica a prova no processo penal:

É preciso lembrar, também que, se provar é o mesmo que convencer, então as teses estritamente jurídicas (e não apenas as teses fáticas) discutidas no processo precisam ser provadas. Assim, por exemplo, se o MP pretende que o acusado, que portava uma arma de brinquedo, seja condenado por roubo qualificado por emprego de uma arma de fogo, deverá provar/convencer o juiz que o conceito legal de uma arma prevista no art. 157, §2º, I, do CP, alcança, também as armas de brinquedo. A única diferença, na verdade, entre as teses fáticas e jurídicas, de ponto de sua prova, é que enquanto estas devem ser demonstradas através de uma estrutura dedutiva de raciocínio, aquelas exigem, inevitavelmente, a reconstrução histórica do fato, com a utilização do método indutivo. Parece, contudo, que a cultura processual, de um modo geral, prefere chamar de prova apenas os elementos de informação colhidos no processo para a construção da verdade fática.[104]

Para Fernando Capez “as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda dialética processual”; inexistindo provas confiáveis e úteis, insignificante será qualquer discussão doutrinária e jurisprudencial em torno de temáticas jurídicas, já que tais debates estarão sem objeto[105].

No entendimento de Chiovenda, tem-se:

Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não dos fatos relevantes no processo. Objeto da prova constitui os fatos que não sejam reconhecidos e notórios, porquanto os fatos que não se possam negar *signe tergiversatione* dispensam prova.[106]

No processo penal, pode-se encontrar o objetivo da prova, ao influir na convicção do julgador “acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação”[107]. Portanto, se trata de qualquer modo de formar o entendimento, a fim de demonstrar a verdade.

Quando se está diante de um conflito, espera-se que, a solução se dê através do Estado, que por sua vez, “enquanto entidade interfere cotidianamente na vida

da sociedade”[108]. A partir da prática de uma infração penal, nasce para o Estado o *jus puniendi*, que se valerá de instrumentos, objetivando punir os culpados[109]. Do tema Capez assim discursa:

O Estado, única entidade dotada de poder soberano, é o titular exclusivo do direito de punir (para alguns, poder-dever de punir). Mesmo no caso da ação penal exclusivamente privada, o Estado somente delega ao ofendido a legitimidade para dar início ao processo, [...] A finalidade do processo é propiciar a adequada solução jurisdicional do conflito de interesses entre o Estado-Administração e o infrator, através de uma sequência de atos que compreendam a formulação da acusação, a produção de provas, o exercício da defesa e o julgamento da lide.[110]

A atividade do Estado dá ao indivíduo garantias, mas também, deve o Estado apurar os fatos, de acordo com o Art. 5º, XXXIX, da CF/88[111].

Nessa órbita, ao se investigar um fato crime, se faz necessário a reconstrução desses fatos, surgindo o instrumento prova, utilizado pelos sujeitos do processo para demonstrar a veracidade dos fatos da causa, “isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional” [112].

Nas palavras de Edilson Mougnot Bonfim:

[...] a prova tem como finalidade permitir que o julgador conheça os fatos sobre os quais fará incidir o direito. Esse, aliás, objetivo primordial do chamado processo de conhecimento, no âmbito do qual a parte mais substancial dos atos é voltada à instrução – a produção de provas, a fim de iluminar o espírito julgador e permitir a ele exercer o poder jurisdicional.[113]

Nesse ponto, se faz necessário entender os elementos de prova, pois se tratam de todo componente já investigado, levado ao processo, qual consistem em toda a convicção do julgador. Em outras palavras:

Os elementos da prova são conceituados como sendo as afirmações e os fatos comprovados que se encontram no mundo real e são levados ao processo, como por exemplo, o exame de corpo de delito. O processo penal brasileiro admite todas as provas obtidas através de meio lícito, e, não

somente àquelas arroladas no Código de Processo Penal Brasileiro, se destacando como exemplos, as filmagens, as interceptações telefônicas, dentre outras.[114]

Nestes termos, considera-se que “a questão de como efetivamente se processa a aplicação do direito é um problema ainda em aberto”, entretanto, é correto que para os operadores do direito, tal processo é compreendido de forma genuína, no que diz da argumentação, como válida e aceita para demonstrar e fundamentar uma decisão[115].

Neste cenário, reunir e compor os indícios e elementos de informações na fase do IP, e também na fase do processo, assegurado o contraditório, realizado com a participação do acusador e acusado, por meio da supervisão direta do Juiz, se torna essencial para alcançar a finalidade da persecução penal e do próprio processo penal, que busca a verdade real dos fatos[116].

2.2 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

A conclusão do conjunto probatório tem que conduzir o Juiz a uma condição de confiança. Apenas a certeza da culpa do acusado, por meio desta atividade probatória, é que poderá fundar-se uma condenação ou absolvição[117]. No entanto, Bomfim pontua que se tem:

[...] por consequência a sentença absolutória. Nos casos em que não houver prova da existência do fato, de ter o réu concorrido para a infração penal ou existir fundada dúvida acerca da ocorrência de circunstâncias que excluam o crime ou isentem o acusado de pena, bem como a ausência de prova suficiente para a condenação, não há outra alternativa se não o decreto absolutório (art. 386, II, V, VI, 2ª parte, ou VII).[118]

Em Capez, o procedimento probatório importa no momento de proposição, de admissão, produção e valoração, incumbindo ao Delegado de Polícia, determinar a diligência cabível na fase do IP, independente de provocação do judiciário. O art. 6º, do CPP, elenca as práticas comuns que pode a Autoridade Policial adotar, como a inquirição de testemunha, vítima, suposto autor do fato, inclusive proceder a realização de perícia[119].

No mesmo sentido, complementa Oliveira:

Assim, de ordinário, as providências vêm explicitadas no art. 6º e seguintes do CPP, incluindo inquirições de testemunhas, das vítimas e dos supostos autores,

acompanhadas de eventuais acareações, bem como a realização de perícias e reconhecimentos de pessoas. Diligências também apontadas na Lei nº 12.830/13 (art. 2º, § 2º).^[120]

Entretanto, qualquer medida adotada que seja a respeito de direitos fundamentais, deverá se proceder apenas através de ordem judicial. Dessa forma, “mandados de busca e apreensão de coisa e/ou pessoas, interceptações telefônicas e/ou dados, gravações ambientais, e, assim, qualquer invasão das inviolabilidades constitucionais”, como direito à honra e privacidade, por exemplo, com disposições ao longo do art. 5º, da CF/88, são condicionadas, a ordem do Juiz, com ressalva aos poderes de investigação das Comissões Parlamentares do Inquérito, de acordo com art. 58, §3º, da CF/88^[121].

Ressalta-se também que a reconstituição dos fatos e/ou for realizada em local público, disposta no art. 7º, do CPP, há de ser contestada, em virtude de possível ofensa ao princípio da inocência e em razão do constrangimento que possivelmente será exposta a pessoa envolvida^[122].

Triqueiros Neto colabora ao presente estudo da seguinte forma:

O Inquérito Policial, que geralmente é onde a prova é colhida, para garantir a certeza e comprovação do fato imputado a um suspeito ou denunciado e a consequente condenação criminal, por ser um ato sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, [...] ^[123]

Ratifica-se o atual entendimento jurisprudencial visto no capítulo anterior, qual não é possível a condenação do sujeito, exclusivamente com provas colhidas na fase do IP.

Portanto, as provas produzidas sob o comando da Autoridade Policial pelos seus mais variados meios, especificamente analisados posteriormente, têm controle direto do Delegado e são classificadas pela doutrina conforme o tipo de fato a ser revelado^[124].

2.3 CLASSIFICAÇÃO

As provas são classificadas pela doutrina a partir de vários critérios, sendo neste tópico será apresentada a classificação proposta por Fernando Capez, que classifica quanto ao objeto, sendo direta ou indireta, quanto ao valor, sendo plena ou não plena, quanto ao sujeito, sendo real ou pessoal, e quanto à forma, sendo testemunhal, documental ou material.

A prova direta, se refere diretamente ao fato que se pretende provar^[125]. Já a prova indireta alcança o fato principal “do qual se infira, por dedução ou indução, a existência do fato que se busque provar”^[126].

Em razão do valor, as provas plenas, são as consideradas necessárias para a construção do juízo de certeza do magistrado, ao passo que as provas não plenas são consideradas apenas “um juízo de mera probabilidade, vigorando nas fases processuais em que não se exige um juízo de certeza, como na sentença de pronúncia”, respaldado pelo princípio *in dubio pro societate*^[127].

Quanto ao sujeito, as provas reais consistem naquilo que é externo e distinto da pessoa, como um lugar ou uma arma; já ao se falar em provas pessoais “são aquelas que encontram sua origem na pessoa humana, consistentes em afirmações pessoais e conscientes”, são os casos de declarações dos fatos, os interrogatórios e depoimentos pessoais^[128].

Pela forma, ou também denominada por alguns doutrinadores de aparência, as provas testemunhais tratam-se do resultado do depoimento pessoal fornecido por terceiro estranho ao processo acerca dos fatos. Os documentos são por óbvio, as provas documentais. E, quando alguma prova for produzida por meio químico, físico ou biológico, serão estas consideradas provas materiais, como por exemplo o corpo de delito^[129].

2.4 PROVA EMPRESTADA

A prova emprestada pode ser entendida como aquela produzida em um processo específico com possibilidade de aproveitá-la em processo distinto^[130].

De acordo com Fernando Capez, a prova emprestada, “é aquela produzida em determinado processo e a ele destinada, depois transportada, por traslado, certidão ou qualquer outro meio autenticatório, para produzir efeito como prova em outro processo”. Apesar da prova emprestada ter na sua origem por meio testemunhal ou pericial, quando deslocada ao processo distinto, irá contribuir como mera prova documental^[131].

No processo penal tem sido reconhecida a prova emprestada como de plena eficácia pela doutrina, desde que observados alguns critérios:

- a) colheita em processo que contemple as mesmas partes;
- b) mesmo fato probando;
- c) observância no processo precedente, das mesmas formalidades legais quando da produção probatória;
- d) observância do princípio do contraditório em relação ao processo em que a prova foi originalmente produzida. ^[132]

É pacífico na jurisprudência, que a prova emprestada seja válida no processo penal desde que produzida de forma legal, cientificando todos os sujeitos do processo e com observação ao contraditório. Vale frisar que, não pode servir a prova emprestada como único fundamento para condenação[133].

Pode-se concluir, que a prova emprestada não tem sido admitida quando transportada de IP, posto que para sua admissão, considera-se o pressuposto fundamental que sua produção seja diante das partes e assegurado o contraditório[134].

2.5 PROVA ILÍCITA E PROVA ILEGÍTIMA

Conforme já exposto neste trabalho, reforça-se cada vez mais a ideia da importância da prova para o convencimento do julgador, da eficiência do conjunto probatório, e “da superação do dogma da verdade real, os limites à atividade probatória surgem como decorrência do nível de evolução do processo penal que conduz à valoração da forma dos atos processuais enquanto ‘garantia’ a ser respeitada” [135].

Nesse pensamento, de acordo com Auri Lopes Júnior, as questões acerca da prova ilícita e da prova ilegítima devem ser consideradas a partir de um contexto amplo:

Importante destacar, [...] que não se podem fazer analogias ou transmissão mecânica das categorias do processo civil para o processo penal, pois aqui, partimos da inafastável premissa de que a forma dos atos é uma garantia, na medida em que implica limitação ao exercício do poder estatal de perseguir e punir. Portanto, desde logo, em que pesem as diversas manifestações do senso comum teórico e jurisprudencial, devem ser repelidas as noções de prejuízo e finalidade que têm conduzido os tribunais brasileiros a absurdos níveis de relativização das nulidades (e, portanto, das próprias regras e garantias do devido processo).[136]

Entende-se por prova ilícita aquela produzida em desacordo com as normas do direito material, ou seja, por meio de uma ação criminosa ou contravenção penal, violação ao direito civil, comercial, administrativos ou princípios constitucionais[137].

Por outro lado, a prova ilegítima é aquela produzida em desacordo as normas do direito processual. Ambas provas não serão admitidas no direito processual

penal, ressalvadas algumas teorias doutrinárias, estudadas em tópico seguinte[138].

É nítida a distinção das provas ilícitas e ilegítimas, ao se levar em conta que as primeiras não serão passíveis de repetição, pois o vício está diretamente ligado a ocasião em que fora alcançada, ou seja, fora do processo, e conseqüentemente tendem a ser retiradas dos autos e destruídas[139].

As provas ilegítimas, por sua vez, o vício vincula-se na fase processual, ou seja, no ingresso ou na produção, “o que foi feito com defeito pode ser refeito”, portanto, havendo possibilidade de reprodução[140].

2.5.1 (In) Admissibilidade da Prova Ilícita

Consoante Auri Lopes Junior, três são as correntes que tratam das provas ilícitas, que em determinados casos, são aplicáveis as provas ilegítimas, a saber: admissibilidade processual, proporcionalidade *pro reo* e inadmissibilidade absoluta[141].

A corrente minoritária da admissibilidade processual admite a prova ilícita, mesmo que houvera uma transgressão do direito material, bastando apenas, que não haja nenhuma proibição no ordenamento processual[142].

Nas palavras de Cordeiro *apud* Aury Lopes Jr:

[...]queda por decir cuándo una prueba es admisible; y conviene decirlo por la negativa; lo es siempre que ninguna norma la excluya. Normas procesales, claro está. No importa que haya sido decubierta o establecida ilícitamente. Um caso típico es la requisita no ordenada por el magistrado y realizada por la policía fuera de los casos previstos en el artículo 352, apartado 1º (delito flagrante o evasión); [...]En el fondo, es obvio: hasta donde las pruebas son admisibles (fenômeno del processo), lo dicen reglas internas al sistema, o sea procesales.[143]

No Brasil, esta corrente não encontra defesa na jurisprudência, a partir do debate em torno de como um objeto, obtido por meio ilícito, pode ser aceito como corpo de delito para ser base de uma condenação e igualmente válido, para fim de efeitos processuais[144].

A segunda corrente, da admissibilidade da prova ilícita a partir da proporcionalidade *pro reo*, compreende sua validade quando esta se revela em benefício do réu, tendo como premissa a proteção de um inocente, numa tentativa de não “matar” o valor da justiça[145]. Auri Lopes Junior, assim dispõe:

[...]deve-se recordar que o réu estaria, quando da obtenção (ilícita) da prova, acobertado pelas excludentes da legítima defesa ou do estado de necessidade, conforme o caso. Também é perfeitamente sustentável a tese da inexigibilidade de conduta diversa (excluindo agora a culpabilidade). Tais excludentes afastariam a ilicitude da conduta e da própria prova, legitimando seu uso no processo.[146]

Entretanto, cabe entendimento que a mesma prova considerada válida para se evitar erros judiciais e não condenar inocentes, não é admitida em face de terceiro. Em outras palavras, “não há nenhuma contradição nesse tratamento, na medida em que a prova ilícita está sendo, excepcionalmente, admitida para evitar a injusta condenação de alguém”, trata-se da aplicação proporcional[147].

Isto posto, existe um conflito aparente entre direitos fundamentais, a exemplo da segurança e da liberdade, o que tradicionalmente o judiciário se utiliza do denominado “balanço de princípios” [148].

Compartilha Capez do mesmo entendimento:

No que tange ao princípio da proporcionalidade *pro sociatate*, consistente na admissibilidade das provas ilícitas, quando demonstrada a prevalência do interesse público na persecução penal, a tendência atual da jurisprudência dos Tribunais Superiores é a de sua adoção. De acordo com esse entendimento, a não admissão, a não admissão de mecanismos de flexibilização das garantias constitucionais tem o objetivo de preservar o núcleo irreduzível de direitos individuais inerentes ao devido processo legal, mantendo a atuação do poder público dentro dos limites legais. As medidas excepcionais de construção de direitos não podem, assim, ser transformadas em práticas comuns de investigação.[149]

O princípio da proporcionalidade, também conhecido como interesse predominante, não pode haver incompatibilidades entre as regras constitucionais. De acordo com Nelson Nery Jr, “é preciso que direitos constitucionais aparentemente em conflito ou antagônicos, sejam harmonizados e compatibilizados entre si pelo intérprete e aplicador da norma” [150].

Ademais, cabe o entendimento que a prova ilícita é considerada “garantia individual contra o Estado”. Nesse sentido, é predominante na doutrina a admissibilidade da prova ilícita quando favorável *pro reo*, mesmo que produzida em face a direitos fundamentais ou de terceiros, bem como quando constituída pelo próprio acusado, qual diz-se uma hipótese de legítima defesa. Um exemplo, seria a gravação telefônica em situação de extorsão[151].

2.6 MEIO DE PROVA

Por “meio” podemos compreender o modo, a maneira, neste caso, a forma de como a prova é posta em processo, ou ainda nas palavras de Capez, o “meio de prova compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo”[152].

Muitas vezes se confunde o meio de prova com os elementos de prova, analisa-se o sujeito ou o objeto. A testemunha é um exemplo de sujeito, o meio de prova é seu depoimento. Também o local investigado é um exemplo de objeto, meio de prova seria a inspeção averiguada. Para Bonfim, “meio é tudo o que sirva para alcançar uma finalidade, seja o instrumento utilizado, seja o caminho percorrido”[153].

Duclerc[154] compreende que “prova é o conteúdo da comunicação que as partes estabelecem com o juiz, com a finalidade de convencê-lo de suas teses”, portanto, os meios devem estar sempre de acordo com a permissão da ordem jurídica, para que haja a comunicação entre prova e meio de prova, “isto é, para que os elementos de informação aportem aos autos do processo”.

Nas palavras de Duclerc:

Essa noção de meio de prova, nesses termos, nos permite uma distinção clara entre produção e obtenção da prova, questão importantíssima do ponto de vista dogmático e prático, mormente no que se refere ao tema da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. É que, como vemos adiante, uma pode ser produzida, isto é, pode ter entrado no processo através de meio legítimos, e com total respeito às regras procedimentais específicas, embora tenha sido obtida pela parte com violação a regras de material ou princípios do próprio Direito Processual Penal.[155]

Do assunto, o título VII, do CPP, traz uma série de disposições acerca dos meios admissíveis, para obtenção de provas, quais estudar-se-á posteriormente em espécies. No entanto, não se trata de um rol taxativo, já pacífico na doutrina:

Como é sabido, vigora no direito processual o princípio da verdade real, de tal sorte que não há de se cogitar qualquer espécie de limitação à prova, sob pena de se frustrar o interesse estatal na justa aplicação da lei. Tanto é verdade essa afirmação que a doutrina e a jurisprudência são unânimes em assentir que os meios de provas elencados no Código de Processo Penal são meramente exemplificativos, sendo perfeitamente possível a produção de outras provas, distintas daquelas ali enumeradas.[156]

Nesse sentido, cabe a breve colocação do princípio da liberdade probatória. Tal princípio não é absoluto. A doutrina entende que o princípio da liberdade probatória sofre algumas restrições:

No Código de Processo Penal, vislumbra-se, dentre outros, as seguintes limitações ao princípio da liberdade dos meios de prova: o art. 155, parágrafo único, que manda observar as mesmas exigências e formalidades da lei civil para a prova quanto ao estado das pessoas[.]; art. 158, que exige o exame de corpo de delito para as infrações que deixarem vestígios (são transeuntes), não admitindo seja suprido nem pela confissão do acusado, art. 479, *caput*, que veda, durante os debates em plenário, a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias úteis, dando-se ciência à outra parte e a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI).[157]

Devido a instituição da Lei nº 11.690/2008, que alterou alguns dispositivos do CPP, identifica-se a intenção do legislador em reforçar os limites dos meios ilícitos para obtenção de prova. Conforme dispõe ao art. 155, *caput*, da referida lei, que o julgador construirá "sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas". Trata-se aqui, do livre convencimento do Juiz antes tratado no art. 157, do CPP, entretanto, com limitações da jurisprudência, em

especial no que diz respeito em fundamentar a sentença, com exclusividade nas provas colhidas no IP[158].

Nesse caminho, a modificação do processo penal, ficou expressa com ressalva apenas das provas cautelares, antecipadas e as não possíveis de repetição[159].

Ainda, dispondo-se da possibilidade de existência de hierarquia dentre as espécies de prova, Oliveira do tema afirma:

A seu turno a hierarquia não existe mesmo. Julgamos efetivamente não ser possível afirmar, *a priori*, a supremacia de uma prova, em relação a outra, sob o fundamento de uma ser *superior* a outra, para a demonstração de qualquer crime. Como regra, não há de se supor que a prova documental seja superior a prova testemunhal, ou vice-versa, ou mesmo que a prova dita pericial seja melhor que a prova testemunhal. Todos os meios de prova podem ou não ter aptidão para demonstrar a veracidade do que se propõem. [160]

Ao tempo, cabe a compreensão, que toda prova colhida, seja na fase do processo, seja na fase de investigação, exercem funções importantes e definidas, para reconstrução da realidade dos fatos, pelo qual o julgador decidirá, com intuito de formar coisa julgada, em busca da possível verdade dos fatos[161].

No presente, se destacará apenas os meios de provas típicos colhidos no IP, apontados como pericial, documental, busca e apreensão, reconhecimento de pessoas e coisas e testemunhal.

2.6.1 Prova Pericial

No sistema processual penal, o meio pericial é definida pela doutrina como prova técnica, a fim de se constatar a veracidade de fatos, que de acordo com a lei, apenas é possível com base de conhecimentos específicos. Logo, deve ser desenvolvida por pessoas habilitadas e reconhecidas em lei, que zela das profissões e funções regularmente fiscalizadas[162].

A palavra perícia tem origem:

[...] do latim *peritia* (habilidade especial), é um meio de prova que consiste em um exame elaborado por pessoa, em regra profissional, dotada de formação e conhecimentos técnicos específicos, acerca de fatos necessários ao deslinde da causa. p. 413 Trata-se de um juízo de valoração científico, artístico, contábil, avaliatório ou técnico, exercido por

especialista, com o propósito de prestar auxílio ao magistrado em questões fora de sua área de conhecimento profissional. [...] Apesar de um trabalho opinativo, não vincula o juiz, que pode discordar das conclusões dos expertos, embora só possa fazê-lo de forma fundamentada (CPP, art. 182). [163]

Se eventualmente, o perito oficial estiver ausente, poderá a prova ser produzida por duas pessoas idôneas, com indispensável diploma de curso superior, de preferência na área específica “dentre aquelas que tiveram habilitação técnica relacionado com a natureza do exame”, de acordo com o art. 159, §1º, do CPP[164].

A prova pericial possui natureza cautelar, muitas vezes com necessidade imediata de produção, ainda na fase do IP, “até mesmo para a comprovação da materialidade do delito e identificação de sua autoria”. Também, não existe previsão em lei, que seja produzida diante da defesa, do suposto autor do fato, e conseqüentemente não é produzida diante o Juiz, pois este sequer foi provocado.

Na opinião de Eugenio Pacelli Oliveira, o atual sistema de investigação brasileiro, torna-se em muitos aspectos inconveniente:

É claro que determinadas medidas devem mesmo ser certas sem o conhecimento e sem a participação da defesa, sob pena de inviabilização completa da persecução penal. Mas a prova pericial deveria, sempre que possível, contar com a contribuição e a fiscalização da defesa, desde o início, para a garantia não só do contraditório, mas sobretudo da amplitude da defesa. [165]

Desse ponto, o art. 159, §4º e §5º, do CPP, da possibilidade das partes indicarem os assistentes técnicos, contudo, a defesa somente irá atuar e se manifestar a respeito do objeto periciado, após elaborado o laudo oficial, e na fase da ação penal, ou seja, após a fase do IP[166].

Ressalta-se que em se tratando de prova de possível repetição, será indispensável, a repetição pericial na fase do processo, mas, se tratando de perecimento do objeto periciado, no qual não existe mais a possibilidade de realizar nova perícia, observará a qualidade técnica do laudo e o cumprimento da lei, o que denota a importância de uma perícia bem realizada na fase do IP[167].

2.6.2 Prova Documental

O *caput* do art. 232, do CPP, traz das possíveis espécies que poderão ser consideradas como provas documentais[168]. A doutrina, porém, abrange a possibilidade de se coletar “todo tipo de material visual, auditivo ou audiovisual, bem como informações registradas em meio mecânicos, ópticos e magnéticos de armazenamento etc., adequando as novas tecnologias à disposição da justiça” [169].

No que tangem as provas documentais colhidas no IP, é pacífico a sua admissão desde que sejam posteriormente, já no curso do processo, serem apresentadas para defesa.

2.6.3 Busca e Apreensão

O CPP trata como meio de prova a busca e apreensão, entretanto, a doutrina aponta, ser de natureza cautelar, ou de uma medida que possibilitam obter os elementos de prova. Pode-se realizar a busca e apreensão antes da instauração do IP, durante o IP, durante a instrução criminal e na execução penal[170].

Sobre os conceitos das categorias, a busca é compreendida como “o ato destinado a procurar e encontrar pessoa ou coisa” [171], ao passo que a apreensão:

[...] consiste na detenção física do bem material desejado e que possa servir como meio de prova para a demonstração da infração penal, O ato, por sua vez, se formaliza em um auto circunstanciado, o qual contém a descrição completa de todo acontecido, devendo ser assinado pelos executores e testemunhas presenciais. [172]

O mandado de busca deverá obedecer às disposições do art. 243, do CPP[173], expedido pelo Juiz *ex officio*, por requisição das partes ou representação da Autoridade Policial[174].

Entretanto para Fábio Motta Lopes, na fase do IP, mesmo ante disposição do art. 242, do CPP, mas interpretado de acordo com a CF/88, o Juiz não pode conceder o mandato de busca de ofício. Desta forma, nesta fase de investigação respeita-se o sistema de acusação brasileiro qual “o juiz não poderá ter iniciativas probatórias na fase de investigação criminal” e da necessária imparcialidade ao julgamento[175].

2.6.4 Reconhecimento de Pessoas e Coisas

O reconhecimento de pessoas e coisas, é denominado por Oliveira com “mero procedimento, tendente à identificação de pessoas, de alguma maneira envolvidas

no fato delituoso, e de coisa, cuja prova da existência e individualização seja relevante para a apuração das responsabilidades” [176].

Para Alessandro Gonçalves Barreto, tanto as vítimas, como as testemunhas que presenciaram o crime, possuem um papel importante na investigação, podendo identificar o autor do fato. Há casos, inclusive, que “essa identificação visual será a única disponível”. Com o acontecimento “crime” a polícia busca informações do que ocorreu e de quem supostamente o fez, e deve seguir o procedimento correto de reconhecimento, considerando outras provas para certeza de materialidade e autoria, evitando-se prisão de inocentes[177]:

É importante ressaltar que não são modalidades de reconhecimento, mas meios utilizados pela investigação que poderão levar a indícios de autoria e materialidade e subsidiar um futuro de auto de conhecimento. [178]

Por procedimento, deve-se observar o capítulo VII, do CPP, qual destaca-se a necessidade de o reconhecedor fazer uma descrição prévia, antes de qualquer outra medida, a ser adotada pela Autoridade Policial. Posteriormente, havendo a possibilidade, pessoas ou objetos, conforme o caso, semelhantes serão dispostos lado a lado, ainda na fase do IP[179].

Pode ocorrer também o reconhecimento de pessoa na audiência de instrução, em virtude da concentração dos atos processuais penais, como preconiza o art. 400 e 531, do CPP, “nesse caso, não haverá sigilo no reconhecimento, reservado apenas à fase de investigação” [180].

Ao seguir os ditames legais, evita a condenação ou prisão injusta, mostrando o importante papel da Autoridade Policial na condução do referido procedimento, como no caso concreto a seguir:

Uma abordagem errônea entre policial e entrevistado tem levado vítimas e testemunhas a erros grosseiros. A literatura policial é rica em casos de reconhecimentos errôneos que resultaram em prisões abusivas. Dentre os casos [...] na zona norte do Rio de Janeiro em que um ator foi reconhecido por uma copeira como autor do roubo contra ela. A prisão do ator ocorreu apenas pelo fato de ele estar próximo ao local e ter características físicas semelhantes ao autor do roubo, como cabelo Black Power, ser negro e usar uma camisa de cor preta.[181]

O principal problema de considerar apenas o reconhecimento da pessoa, como base para a prisão, mesmo com as semelhanças ora apontadas, pelo reconhecedor, é o fato de que geralmente as investigações tendem a se encerrar ali, submetendo um inocente ao cárcere ou o culpado nas ruas fazendo vítimas novas[182].

Há possibilidade, em não havendo suspeito detido, a aplicação de prova inominada, utilizada apenas excepcionalmente, como o reconhecimento através de fotografias, observados os mesmos procedimentos do reconhecimento de pessoas[183]:

O reconhecimento fotográfico não poderá, jamais ter o mesmo valor probatório do reconhecimento de pessoa, tendo em vista as dificuldades notórias de correspondência entre uma (fotografia) e outra (pessoa), devendo ser utilizado este procedimento somente em casos excepcionais, quando puder servir como elemento de *confirmação* das demais provas. [184]

São consideradas técnicas acessórias de reconhecimento de pessoas e coisas, mesmo ante a previsão legal, a análise dos circuitos de Tvs fechados e o retrato falado. Este último terá abordagem neste trabalho em tópico específico[185].

2.6.5 Prova Testemunhal

A prova testemunhal que é colhida pelo depoimento é considerada como o principal e mais importante meio de prova, durante a persecução penal e responsável pela maioria das sentenças proferidas, sejam condenatórias ou absolutórias[186]. Assim, "talvez seja a mais frequentemente utilizada no processo penal. Só isso basta para que os cuidados em relação a ela sejam redobradas" [187]. Desta forma, conclui Oliveira que:

[...] O sujeito, portador do conhecimento dos fatos, é o homem, titular de inúmeras potencialidades, mas também de muitas vulnerabilidades, tudo a depender das situações concretas em que estiver e que tiver diante de si. Por isso, a noção de verdade, que vem a ser o objeto a ser buscado na prova testemunhal, em regra, poderá não ser unívoca. [188]

Habitualmente, o atual sistema de oitiva de crianças e adolescentes, quando por exemplo, em crimes de abuso sexual, se mostra inadequado. Para Mattos, "a falta de preparação daqueles que participam de depoimentos dessa natureza, a revitimização, as percepções da síndrome do segredo do abuso sexual", bem

como a inexistência de um ambiente adequado a idade da vítima, deveriam merecer maior atenção[189].

Não menos importante, o lapso temporal do IP, ou da própria ação penal, compromete a eficiência da memória do depoimento, e “com o que a sua convicção da realidade dos fatos apurados já não será tão segura” [190].

Nesse sentido, se nota pelo menos em tese, quão frágil se trata a prova testemunhal, que ao contrário da absoluta verdade da fé, “que nada indaga acerca de seus pressupostos”, a verdade de quem depõe, a verdade do homem, se mostra relativa dependente de quem afirma, ou apenas uma mera representação da realidade[191].

Desta forma, conclui Oliveira:

Por fim, no plano do consciente e do inconsciente individual, a gravidade dos fatos, as circunstâncias do crime, bem como diversos outros fatores ligados à pessoa do acusado ou da vítima e à própria formação moral, cultural e intelectual do *depoente* poderão também influir no espírito e, assim, no *discernimento* da testemunha. [192]

Neste contexto, em busca da verdade dos fatos, numa tentativa de obter a memória da vítima ou de uma testemunha, se procederá a investigação da possibilidade jurídica da hipnose forense como meio de prova, na fase do IP.

Capítulo 3 - A TÉCNICA DA HIPNOSE E SUA aplicabilidade NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL

3.1 CONCEITO DE HIPNOSE

A Associação Psicológica Americana (*American Psychological Association*), define a hipnose como “uma técnica terapêutica em que os médicos fazem sugestões aos indivíduos que tenham sido submetidos a um procedimento destinado a relaxá-los e concentrar suas mentes” [193].

Para Jose Alcimar Vidolin:

A hipnose pode ser entendida como a ciência moderna que estuda os estados alterados da consciência. Também estuda maneiras de acessar, entender e influenciar o processamento de informações que acontecem em níveis de funcionamento da mente diferentes da consciência ordinária (subconsciente? Inconsciente?).[194]

O hipnoterapeuta Jevon Dangeli entende, ser o estado de relaxamento mental e físico, “onde a consciência da pessoa é intensificada”, e, considera ainda, a hipnose como um estado alternativo e não significa ficar inconsciente[195]:

A sua mente inconsciente é a inteligência coletiva de cada célula do seu corpo. É que você não está conscientemente de todo o resto até que esteja estreitamente focado no que é importante no seu dia a dia. Na verdade, a sua mente inconsciente não está inconsciente, só a sua mente consciente está inconsciente do que a mente inconsciente está consciente![196]

Alguns outros conceitos se mostram relevantes para melhor compreensão acerca das terminologias utilizadas neste meio. Em primeiro lugar por Hipnotista entende-se aquele que induz ao transe hipnótico de forma metódica, técnica e sistemática, é teórico e prático na área da hipnose. Em segundo lugar, o Hipnotizador é quem casualmente hipnotiza sem possuir conhecimento teórico, às vezes não sabe o significado da hipnose ou até mesmo como provoca seus efeitos. Em terceiro lugar, o Hipnólogo é o teórico, estudioso do assunto, conhecedor das técnicas hipnóticas, mas nem sempre hábil na prática de hipnotizar. E em quarto lugar, o Hipnotizado é quem está sob a ação do hipnotismo e é também chamado de paciente quando a hipnose é produzida para tratamento médico[197].

3.2 BREVE HISTÓRICO DA HIPNOSE

Ao conhecer a história da hipnose, nota-se que sua prática sempre esteve presente em toda a história da humanidade. Destaca-se sua prática nas civilizações antigas, como na Babilônia, Grécia e Roma:

No Egito existiam os “Templos dos Sonhos”, onde se aplicavam aos “pacientes” sugestões terapêuticas enquanto dormiam. Um papiro de nada menos que três mil anos contém instruções técnicas de hipnotização, muito semelhantes às que encontramos nos métodos contemporâneos.[198]

Por volta de 1770, o padre alemão Gassner, se utilizava de técnicas de hipnose, para cura de enfermidades. Tais práticas, eram entendidas como parte daquele contexto religioso, uma crença católica, pois para Gassner, doença e demônio estavam ligados[199].

Um princípio de abordagem mais científica para hipnose ocorreu no século XVIII, com os estudos de Franz Anton Mesmer, médico alemão. Mesmer acreditava curar “por uma concentração inadequada de um fluído magnético invisível” [200]. Estudiosos do tema, afirmam que:

Fraz Anton Mesmer assistiu várias apresentações de Gassner e não se conformando com a explicação do Padre, deu uma versão não menos fantástica para as curas através do hipnotismo, em lugar de responsabilizar demônios pelas enfermidades, responsabiliza os Astros. Para ele a doença resulta na frequência irregular dos fluidos astrais e a cura depende de sua adequada regulação. Acreditava que certas pessoas teriam o poder de controlar esses fluidos, podendo comunica-los à outrem, direta ou indiretamente, por intermédio dos objetos magnetizados pelo seu contato.[201]

O mesmerismo se espalhou, pela Europa, e para Mesmer, os bons resultados de Gassner, eram devidos ao uso do crucifixo de metal, utilizado pelo padre [202]. Em princípio, Mesmer acreditava derivar os efeitos da Hipnose de uma espécie de fluído universal, o qual denominou de “Magnetismo Animal” [203].

Posteriormente, uma comissão investigadora composta por Benjamin Franklin, Lavoisier, Guillotin e Bailly, substituíram os magnetos por madeira e obtiveram os mesmos resultados. Mesmer, foi considerado charlatão [204].

No século XIX, James Braid, médico escocês, tentou assinalar o termo “hipnotismo” para “monoideísmo”, mas este não obteve sucesso, pois o termo hipnose já estava consolidado no uso do cotidiano. Ainda, James Esdaile, médico inglês, “se utilizou das técnicas de Mesmer para fazer grandes cirurgias sem anestesia durante a guerra na Índia [205]. Esta experiência de Braid, alcançou sucesso relevante, considerando que o volume de pessoas que morreriam durante a cirurgia convencional, sem anestésicos ou da própria hipnose, estava em torno de 50%.

Considerado um dos maiores neurologistas do século XIX, Jean Martin Charcot, realizou um estudo em um grupo de pacientes histéricos, identificando o transe como “um estado patológico de dissociação”. O também médico Francês Ambroise Auguste Liébault, equiparou o transe ao sono e as sugestões diretas:

Hyppolyte Bernheim (1840-1919) – seguidor de Liébault, desenvolveu a idéia [sic] do transe como um estado

de “reforçada sugestibilidade causada por sugestões”. Liébault e Bernheim confluíram para a idéia[*sic*] de transe e sugestibilidade.[206]

Sigmund Freud, célebre Médico Neurologista (pai da Psicanálise), se utilizou da Hipnose em procedimentos de terapia. Sua busca era para que seus pacientes revivessem e lembrassem de importantes fatos no passado, que por ventura estivessem associados aos sintomas e traumas[207].

Freud, conheceu a hipnose em companhia de Josef Breuer, médico e fisiologista também austríaco, desenvolvendo o método catártico, que se baseava em estimular o paciente a expressar tudo o que sentisse e pensasse, denominavam “purgação da alma”[208]. Tal método era utilizado para quase todos os pacientes, e mesmo que por meio da hipnose se conseguisse alcançar o específico momento de desencadeamento do trauma, “a questão referente aos motivos pelos quais o doente permanecia impedindo que tais eventos fossem lembrados permanecia sem resposta”[209]. Este estilo, chamado de Hipnose Clássica, posteriormente passaria por muitas transformações, em especial pelo estilo conhecido por Hipnose Naturalista ou Ericksoniana.

De acordo com Facioli, Freud abandonou a hipnose, por ser cansativo, ter dificuldade em hipnotizar os pacientes, além de ter “diversas evidências de que a hipnose produzia mais fantasias do que lembranças reais”[210].

Já Carreiro afirma que Freud rejeitou o hipnotismo e a hipnoanálise na terapia, por não conseguir colocar seu paciente em transe profundo, além do mais, por mais que os sintomas *desaparecessem*, os efeitos eram temporários. Nesse sentido, Freud não chega a provar a deficiência da técnica, desistiu, porém, do uso da hipnose, em busca de outras alternativas que se adequassem aos objetivos da época e não fossem rejeitados pela comunidade tradicionalista médica[211].

Com base em estudos de vários médicos americanos, a partir da década de 50, um dos principais médicos, tido como pai da hipnose na modernidade, foi o Dr. Milton H. Erickson[212]. Na atualidade, a hipnose “pode ser entendida como a ciência moderna que estuda os estados alterados da consciência” [213], e diante a comunidade científica, não mais ligada a visão esotérica, magia, ou charlatanismo[214].

3.3 HIPNOSE E MEMÓRIA

Não há um consenso razoável acerca dos efeitos da hipnose. Embora as distorções geralmente ocorram, pode-se dizer que a hipnose ocorre quando uma

pessoa experimenta alterações na percepção, memória ou humor em resposta a sugestões dadas pelo hipnotista[215].

A natureza da memória trata-se de um processo complexo e flexível, extremamente discutida no meio científico. É diretamente influenciada por representações já existentes, sendo que até a ausência de informações das situações podem levar às distorções da memória[216].

Em geral, a memória é um processo que se constrói e reconstrói. Há provas substanciais de que a memória se modifica ao longo do tempo de forma a acomodar alterações nos sentimentos ou informações sobre os episódios que estão sendo lembrados. A hipnose pode levar a um aumento na quantidade de material relatado como memória[217].

A memória foi estudada de várias maneiras, tendo sido percebido que, sofre influências diretas e indiretas de muitas formas. Dentre os fatores relevantes, incluem o tipo de evento de estímulo, a configuração em que a sugestão é testada, o modo de teste de memória, a presença de recompensa e outras influências contextuais[218].

3.3.1 Questões Relevantes da Memória e Falsa Memória

O direito penal, busca se aproximar o máximo possível da verdade dos fatos, para tanto se vale do elemento denominado “prova”, que em sua maioria, são dependentes da memória das pessoas, a fim de reconstruir o passado. Estudos da moderna Psicologia, não deixam dúvidas de, que a memória humana é falha e deficiente[219].

O direito, possui uma preocupação genuína com o estudo da memória humana, pois ao interrogar as vítimas e testemunhas, tende a realização de testes reais de memórias, com aqueles envolvidos[220]. Valida-se dessa forma, a importância de análise da memória e do fenômeno das falsas memórias.

Por memória compreende-se “a capacidade de registrar, manter e evocar as experiências e os fatos já ocorridos”. Para tanto, tal capacidade está diretamente ligada com o grau de consciência, concentração e pelo quanto se está interessado afetivamente[221]. De acordo Ivan Izquierdo, a memória é constituída pelo o que se aprende, se forma, se conserva e se recorda. Izquierdo cita Norberto Bobbio, ao concordar “que somos aquilo que recordamos, literalmente”[222].

Já as falsas memórias (FM), fazem parte de estudos cada vez mais em evidência, sobretudo no campo internacional, buscando elucidar como ocorre o processo de distorção da memória[223]. Segundo Daniel Schater, sete são os fatores que podem contribuir para distorção da memória a saber: transitoriedade,

distração, bloqueio, atribuição errada, sugestionabilidade, distorção e persistência[224].

Em uma matéria da revista científica *Psychologist World*, dentre os principais dos psicólogos americanos destacam-se como referências do assunto, Elisabeth Loftus e John Palmer, comprovam que apesar da denominação “falsas memórias”, geralmente as memórias são distorcidas apenas quando se tenta recuperá-las[225].

As FM, são divididas pelos estudiosos como espontâneas e sugeridas. As primeiras são intrínsecas ao sujeito, “ocorrem quando a lembrança é alterada internamente, [...] uma interferência ou interpretação pode passar a ser lembrada como parte da informação original”, compromete-se assim, a fidelidade do que é “recuperado”. Já as FM sugeridas, são extrínsecas ao sujeito, ocorrem “devido à aceitação de uma falsa informação posterior ao evento e a subsequente incorporação na memória original”. Esta última, pode ocorrer de maneira acidental ou deliberada[226]. Segundo Lopes:

Um fator que influencia a retenção das informações na memória é o estado psicológico em que a pessoa se encontrava no momento da captura dos dados, o que afeta diretamente a quantidade e a qualidade da memorização.

Outro fator prejudicial ao armazenamento de informações no cérebro é o tempo. Quanto mais tempo se passar do momento da aquisição das informações, maior é o risco de se perderem na memória.[227]

A memória pode ser analisada em princípio como responsável pela qualidade de vida do homem, posto que, é através da memória que se sabe da história, que se reconhece os amigos, enfim, que se constitui como indivíduo. Há, entretanto, a apresentação de erros e distorções que podem alterar o rumo de ações e reações, e implicar no curso da vida de terceiros[228], conforme o exemplo do seguinte caso concreto:

Chamado para fazer uma corrida, um taxista foi vítima de um assalto, no qual sofreu ferimentos, e foi levado ao hospital. O investigador do caso mostrou ao taxista, que ainda estava em fase de recuperação, duas fotografias de suspeitos. O taxista não reconheceu os homens apresentados nas fotos como sendo algum dos assaltantes. Passados alguns dias, quando foi à delegacia para realizar o

reconhecimento dos suspeitos, ele identificou dois deles como sendo os autores do assalto. Os homens identificados positivamente eram aqueles mesmos das fotos mostradas no hospital. Os suspeitos foram presos e acusados pelo assalto. Ao ser questionado em juízo sobre seu grau de certeza de que os acusados eram mesmo os assaltantes, o taxista declarou: "eu tenho mais certeza que foram eles, do que meus filhos são meus filhos!". Todavia, alguns meses depois, dois rapazes foram presos por assalto em uma cidade vizinha, quando interrogados, confessaram diversos delitos, incluindo o assalto ao taxista. [229]

Ressalta-se que as FM, não são mentiras ou mesmo fantasias, inclusive se assemelham às memórias vivenciadas, pois tem a mesma base cognitiva e neurofisiológica[230].

Nesse aspecto, se faz importante um breve entendimento da neurociência cognitiva das falsas memórias.

A neurociência cognitiva é o ramo acadêmico que se ocupa com as bases da cognição, ou seja, com o processo de adquirir conhecimento, em especial no que tange "os substratos neurais dos processos mentais e de suas manifestações comportamentais". A referida ciência, busca tentar compreender as funcionalidades psicológicas e de cognição que são produzidas por circuitos relativos ao sistema nervoso[231].

Os métodos de investigação da neurociência, não são considerados invasivos, como por exemplo, quando em constante atividade cognitiva apenas registram-se as imagens do cérebro, ora, em atividade[232].

Com os estudos, já pode-se concluir que básicos processos psicológicos, foram localizados em determinadas regiões do cérebro, como a percepção e a memória[233]. Como cada processo está localizado em regiões distintas do cérebro, não podem ser mapeados[234].

Portanto, a investigação da FM, não pode ser totalmente decifrada:

[...] evidências oriundas de pesquisas básica em Psicologia cognitiva [...] indicam que a codificação de um evento é determinante para a sua posterior recuperação, sendo ela verdadeira ou falsa. Dessa forma, os estudos das bases neurais da formação das FM se tornou, mais recentemente, um dos grandes desafios nas neurociências.

Esse tipo de pesquisa deverá dar conta de algumas questões fundamentais para a compreensão das FM como, por exemplo, investigar possíveis diferenças de áreas cerebrais envolvidas no processamento de memórias verdadeiras (MV) e FM, e também explorar quais são as áreas responsáveis pela formação das FM. [235]

Ao investigar as FM, notou-se grandes implicações, nos casos judiciais, como o caso citado no início deste tópico, considerando que os testemunhos são partes essenciais para a decisão do julgador. Fatores como a presença de uma arma no momento do delito, por exemplo, pode afetar nossa capacidade de recordar eventos de forma clara:

O debate e a pesquisa sobre memórias falsas e recordações de memória continuam hoje, demonstrando a fluidez de nossas memórias, lembrando-nos que muitos fatores podem afetar a nossa capacidade de recordar eventos, mesmo depois de terem ocorrido. A psicóloga Elizabeth Loftus, que liderou algumas das primeiras pesquisas sobre falsas lembranças, já testemunhou em centenas de processos judiciais no que se refere aos depoimentos de testemunhas oculares e um maior foco na questão levou a uma melhor compreensão das técnicas usadas para recuperar memórias. [236]

Em suma, o estudo da memória humana, importa em especial ao direito, à prova testemunhal. “Há diversos pontos de contato entre meio de prova testemunhal e o meio de prova de reconhecimento. Um e outro dependem de um transcurso de percepção do sujeito chamado a ser testemunha ou reconhecedor”, mas são meios diferentes, enquanto a primeira traz ao conhecimento da Autoridade um ocorrido relevante, e o segundo identifica algo ou alguém [237].

3.3.1.1 Sugestionabilidade X Suscetibilidade

Segundo Adriano Facioli, Dr. em Psicologia, os efeitos da hipnose são alcançados através de um tipo peculiar de sugestão. Nesse sentido, uma pessoa exerce influência sobre outro alguém, levando-a um estado de relaxamento e favorecendo a indução por palavras e pelo que lhe é sugerido [238].

Facioli, explica que “esse relaxamento se refere, muitas vezes, ao relaxamento das funções de vigília e defesa” [239].

Já para Antônio Almeida Carreiro, a sugestão não pode ser compreendida como sinônimo de hipnose, entretanto tem por certo que toda hipnose se inicia pela admissão da sugestão, seja consciente ou inconsciente. Essa sugestão poderá acarretar, ou não o transe hipnótico, categoria esta, concluída “como o momento em que a sugestão atinge o ponto mais alto da sua ação”. Realizar o processo de hipnose, se apresenta simples, resultando em fatos profundamente compensatórios, possibilitando em determinados casos causar efeitos terapêuticos[240].

Há casos, porém, que a sugestão não possibilita o transe hipnótico, “mas é, no mínimo, o preâmbulo imprescindível para que isso ocorra”. Comumente é denominado por alguns estudiosos do assunto, de sugestão de hipnose ou hipnose de sugestão, mas de acordo com Carreiro, o mais adequado é a denominação de sugestão hipnótica, pois executa o transe hipnótico ou entremeia “a aplicação de métodos e técnicas” a fim de alcançar os efeitos da hipnose. Nas palavras do Autor:

Nem sempre uma sugestão representa a possibilidade de desencadear o transe hipnótico, mas é, no mínimo, o preâmbulo imprescindível para que isso ocorra. É comum o uso de um nome como se fosse outro, às vezes chama-se sugestão de hipnose e, hipnose de sugestão. No entanto, deve ser chamada de sugestão hipnótica aquela que perfaz no transe hipnótico ou que permeia a aplicação de métodos e técnicas com o objetivo de atingir os efeitos da hipnose. [241]

Algumas das maneiras de se alcançar os efeitos do transe hipnótico, pode ser através da hetero-hipnose e da auto hipnose. Carreiro assim explica:

No primeiro caso um hipnotista funciona como um guia que influencia através de sugestões as ações inconscientes de alguém. No segundo caso é o próprio hipnotizado quem o faz. Um indivíduo razoavelmente instruído poderá conduzir e controlar as ações do seu próprio inconsciente, em seu próprio benefício.

Por seu turno, a suscetibilidade, significa a habilidade hipnótica da pessoa ser ou não hipnotizada, diferente da capacidade em responder as sugestões do hipnotizador[242].

Conclui-se que, essa capacidade mental do indivíduo suscetível, pode ou não vir acompanhada da capacidade de responder as sugestões do hipnotizador.

3.4 A PRÁTICA DA HIPNOSE E DA HIPNOSE FORENSE NO BRASIL

No Brasil não há legislação específica sobre a prática da hipnose. Em 1961, o então Presidente Jânio Quadros, condenou os espetáculos públicos de hipnose, com ou sem fins lucrativos, por meio do decreto 51.009, época em que também proibiu o uso de biquínis. Ocorre, que nenhuma destas proibições foram respeitadas. O referido decreto, foi revogado pelo Presidente Fernando Collor de Mello, cerca de trinta anos depois[243].

Atualmente, a hipnose é mais utilizada por médicos, psicólogos, dentistas e fisioterapeutas. Nesse sentido, observam-se os Códigos de Ética e Resoluções destas profissões, e já que estas normas de conduta não possuem força de Lei, sendo meras orientações passíveis de fiscalização interna, é incorreto afirmar que a técnica seja de uso exclusivo apenas para médicos, dentistas e psicólogos[244]:

A hipnologia (ciência que estuda a mente humana) pode ser muito bem aplicada em todos os segmentos e especialidades da saúde (hipnoterapia, hipnodontia, hipniatria), além da sua aplicação com sucesso em diversas áreas da Educação, Desportes, Direito Criminal, Recursos Humanos, dentre outras.[245]

No direito, a técnica da hipnose como um auxiliar na fase do IP, é a chamada Hipnose Forense, conforme estudo a seguir.

3.4.1 Hipnose Forense

Auri Lopes Jr, assinala que a prova testemunhal, além do meio de prova mais utilizado no Brasil, é também o meio mais perigoso, manipulável e menos confiável. Segundo o Autor "nossa memória é fragilíssima, manipulável, traiçoeira ao extremo"[246]. Portanto, se investigará a técnica da hipnose, a fim de auxiliar na reconstrução dos fatos do crime, neste caso a hipnose forense.

A prática da hipnose forense, na atualidade é desenvolvida no Instituto de Criminalística do Paraná, como uma auxiliar da Representação Facial Humana Descritiva. Em decorrência dos resultados alcançados, "foi criada a primeira Seção de Hipnose Forense do Brasil, bem como do mundo, não havendo similares em outros países"[247]. O Instituto aderiu a hipnose em 1983, época em que a hipnose ainda não era muito aceita no meio científico. Muito se questionava acerca de sua validade. Os Conselhos de Medicina, apenas a partir de 1999, começaram a aceitar

a Hipnose, como sendo um instrumento médico, ano em que oficialmente, a hipnose integra o laboratório forense[248].

Segundo Dr. Rui Fernando Cruz Sampaio, que é Psicólogo Clínico, Especialista em Psiquiatria e Psiquiatria Forense, além de Perito Criminal no aludido Instituto, inúmeros são os casos criminais atendidos, associados a técnica da hipnose[249].

O Hipnoterapeuta Fernando Luiz Rosar em entrevista com o Dr. Rui Sampaio que afirmou haver registros comprovando, que já passam de 800 os casos que foram resolvidos com o apoio de seu pessoal no Instituto, tendo feito questão de reiterar que a parte investigativa de todo o processo criminal compete às Autoridades Policiais, para corroborar ou invalidar informações obtidas com as vítimas sob hipnose. Dr. Rui enfatizou o papel da hipnose enquanto uma ferramenta de apoio no processo investigativo, nunca uma prova em si[250].

Nesta oportunidade, o Dr. Rui Sampaio explicou que a solicitação é sempre por meio de ofício, no qual o Delegado de Polícia, que é a Autoridade que mais comumente requisita a intervenção do Instituto. Também, podem o Ministério Público e o próprio Juiz efetuar tal pedido de intervenção nos inquéritos por parte do Instituto.

A despeito das considerações, válidas, sobre as possíveis FM vistas já vistas no presente, relacionado ao trabalho da hipnose forense, Kevin McConkey, professor de psicologia na *University of New South Wales*, em seu artigo no *International Handbook of Clinical Hypnosis*, considera a repressão de uma memória em função de um evento traumático, em crimes e violência por exemplo, a necessidade de ser avaliado em outras perspectivas tais como o contexto no qual ocorreu o evento, fatores sociais e culturais[251].

É de grande importância considerar também, a natural descarga hormonal durante o evento traumático, qual tende a crescer memórias (chamadas de memórias intrusivas) ao evento original, ou seja, evento traumático, não as suprimindo. Há igualmente a necessidade de ser considerado por parte do profissional que fará uso da hipnose como forma de resgatar memórias/detalhes sobre um crime, ou identificar possíveis fantasias que o indivíduo cria ao rememorar um evento[252]. As influências das interações sociais e das sugestões, que já foram tratadas aqui.

Para contextualizar melhor, no seu artigo Kevin traz ponderações sobre as diferenças da recuperação de memórias traumáticas que por ventura num ambiente terapêutico e clínico tem o propósito de superação do trauma em si, deve-se ponderar o resgate da memória, com as narrativas que surgem[253].

Estas, podem ser construídas de tal maneira a criar uma coerência para a vítima, o que não necessariamente possuem vínculo com as provas a serem apresentadas posteriormente em juízo.

O psicólogo Gastão Ribeiro segundo Fernando Luiz Rosar afirma que, quanto mais distante do evento, maiores são as chances de existirem falsas lembranças, sendo, portanto, necessárias intervenções o mais cedo possível[254].

Em geral, o método da hipnose, é aplicada em vítimas ou testemunhas de um ato delituoso, que passaram por trauma resultante de violência ou alguma circunstância que cause um bloqueio mental, dificultando que esta vítima ou testemunha, descreva as características do autor do fato, ou o episódio crime[255].

3.4.1.1 Principais técnicas de indução e as características do indivíduo hipnotizado

Muitas são as técnicas utilizadas para indução do transe hipnótico. Sobre “transe”, assim explica Facioli:

O termo transe deriva do latim *transire*, o qual se refere à transição, mudança, passagem de um estado a outro. Essa idéia[*sic*] de transição se relaciona, geralmente, ao estado da consciência. Durante o transe, observa-se um estado de transição entre a vigília e o sono, semelhante ao sonambulismo. O sujeito não está completamente inconsciente, em sono, nem acordado. Costuma ocorrer uma alienação sensorial em relação ao que ocorre à sua volta, ou excessiva concentração em algum determinado ponto, o qual bloqueia a atenção para o resto. [256]

Os hipnotistas identificam determinadas características no indivíduo hipnotizado, sistematizando a técnica em níveis de profundidade hipnótica. Os resultados são variados, pois dependem do hipnotizado[257].

Sampaio afirma não existir um padrão de técnica utilizada, “cada caso é um caso e cada sujeito é um sujeito”. São técnicas da hipnose: levitação do braço, pestanejamento sincrônico, procedimento de Braid, entre outras. Os caminhos para uma indução satisfatória passam pela técnica de aprofundamento, regressão da memória, associação livre, hipnoanálise ou hipnosíntese[258]:

A escolha da técnica recai após a interação detalhada do ocorrido, do perfil psicológico das pessoas que será hipnotizada e, principalmente, após o estabelecimento de anamnese e um bom “*rapport*” com a mesma. [259]

Para o transe profundo, em média pode ser alçada em dez a vinte minutos, para pessoas menos sugestíveis e suscetíveis, este tempo pode aumentar, podendo chegar a uma hora constante. O hipnotista verifica a autenticidade e profundidade do transe pelas ações e comportamentos dos hipnotizados. "Há pessoas que têm de ser treinadas, alcançando os níveis mais profundos no transcurso de várias sessões. Há os que quase instantaneamente entram em transe profundo"[260].

Dentre as alterações físicas que o transe acarreta, na grande maioria dos hipnotizados está a baixa pulsação, temperatura modificada sendo calor na testa e tórax, mãos e pés mais frios, aumento da pressão arterial no início da indução, e baixa subida da pressão na medida em que o transe se torna mais profundo[261].

Os estudiosos do tema dividem os níveis de transe hipnótico em três níveis, a saber: hipnose ligeira, hipnose média e hipnose profunda[262].

Numa análise breve, se esclarece que a hipnose ligeira é a superficial, cuja a impressão é que o indivíduo ao menos fora hipnotizado, porém está passível das sugestões, com plena consciência de tudo o ocorreu durante o transe. A hipnose média mantém um nível de memória parcial, do que ocorreu durante o transe. E a hipnose profunda, conhecida com sonambúlico, ocorre o que se chama de amnésia pós-hipnótica, com ausência total do que ocorreu durante o transe[263].

Outros estudiosos do tema, são mais específicos nestes níveis de transe hipnótico, identificando no indivíduo hipnotizado mudanças espontâneas e físicas. "Essas situações não são induzidas pelo hipnotista, surgem em consequência[*sic*] das fases de 1 a 6 e da numeração de um a cinquenta[*sic*] que indica o aprofundamento do transe hipnótico": Insuscetível, hipnoidal, transe ligeiro, catalepsia parcial, transe médio, transe profundo e transe pleno[264].

Na hipnose forense é essencial alcançar o transe profundo e não apenas o hipnoidal leve, possibilitando desta forma o resgate de memória. Este, ocorre geralmente a partir do transe médio. Estima-se que em torno de 70% da população está passível de alcançar o transe médio. A partir deste, se consegue a hipermnésia[265].

Há casos, em que a vítima ou testemunha apresenta-se muito traumatizada, o que dificulta a indução ao transe. Para melhores resultados, se utiliza da assistência do uso de antidepressivos, quando em torno de duas semanas com início de seus efeitos, se procura eliminar o estresse agudo, em caso de quadro depressivo. Como não é o objetivo tratar da pessoa, encaminha-se para o tratamento com profissional específico[266].

3.4.1.2 Aplicabilidade no IP: a experiência a partir da Polícia científica do Paraná

Viu-se em tópico pretérito, que vários são os fatores que influenciam diretamente a memória do indivíduo, seja na fase de adquirir, reter, ou ao evocar a lembrança. Dentre os elementos, pode-se ter o *stress*, culpa, medo, medicamentos, enfim vários outros. Nesse cenário, o Perito Chefe do Seção de Hipnose Forense do Paraná explica:

Com frequência[*sic*], observam-se vítimas de estupro, seqüestro[*sic*], assaltos ou até mesmo testemunhas que presenciaram um crime ou um acidente automobilístico, que ficam extremamente traumatizadas psicologicamente, [...] Essas pessoas se esquecem, às vezes, de características importantes, como por exemplo, dados relativos ao veículo atropelador, ou da numeração total ou parcial de uma placa de identificação ou até mesmo trações fisionômicos, imprescindíveis e que permitam, pelo desenho, representar a face humana. É exatamente nesses casos, em que há amnésia total ou parcial, onde o trauma psicológico, (bloqueio da memória) que a hipnose tem se mostrado eficaz. [267]

A delegacia encaminha o IP ao laboratório forense, cabendo ao hipnotista (perito) se inteirar dos fatos, e entrevistar a vítima ou testemunha. Nesse momento, busca-se descartar situações em que não se pode usar hipnose, como no caso de vítima em quadro psiquiátrico ou psicótico, pois poderá agravar a situação, reavivando este quadro[268].

Após, a vítima relata o fato, dia, hora, local, enfim todas as circunstâncias nas quais ocorreram o crime. Estabelece-se um *rapport* com a vítima ou testemunha, inclusive explicando para pessoa em que consiste a hipnose, para que serve e como a técnica será aplicada[269].

No caso de vítimas de estupro, geralmente possuem amnésia parcial ou total pelo Transtorno de Estresse Pós-Traumático. Através do uso da Hipnose, busca-se o resgate da memória, com detalhes do delito e a partir disto, busca-se montar o "retrato falado" do suspeito:

Só deve ser utilizada em vítimas ou testemunhas, com a finalidade de se produzir a hipemnésia, ou seja, resgatar ou

ampliar as lembranças, de detalhes ou traços fisionômicos que porventura tenham sido esquecidos. [270]

Esclarece-se, portanto, que a técnica da Hipnose Forense não é aplicada no suposto autor do fato e que o hipnotizado fica consciente durante todo processo de transe hipnótico. Na hipótese da vítima ou da testemunha ter mentido na versão inicial dos fatos, esta, por estar consciente, pode escolher continuar mentindo ou mudar a versão. Ainda que qualquer destas hipóteses ocorram, o que realmente importa na maioria dos resultados, é elucidar os fatos importantes ao crime[271].

Houve casos, que se solucionaram com auxílio da Hipnose Forense, após um período de 14 (quatorze) anos, utilizando-se a Regressão:

O psiquiatra relata um caso no qual a testemunha, que havia presenciado o assassinato do marido 14 anos antes, não lembrava as características do criminoso devido ao tempo e ao trauma. Para esse crime foi necessário fazer uma regressão de memória e a testemunha reviveu toda a situação. Ela descreveu o assassino e foi feito o retrato falado, para que o caso fosse divulgado pelo programa Linha Direta, da Rede Globo.[272]

No estado do Texas, há uma associação do estudo da Hipnose Forense, de grande influência, que dispõe informações específicas para Policiais e Peritos que são habilitados para o trabalho forense, com a mesma ideia de inclusão apenas das testemunhas e vítimas, da mesma forma como utilizada na Hipnose Forense no Brasil[273].

3.4.1.3 A ética do perito criminal (hipnotista)

A Hipnose Forense apenas é praticada pelo profissional da saúde. Explica, o Dr. Rui Sampaio, que deverá ser preferencialmente pelo profissional da psiquiatria ou psicologia, “já que o trabalho requer conhecimento de mecanismos de defesa mentais, de psicodinâmica e até mesmo de psicoterapia” [274].

Ressalta-se, mais uma vez, que apenas é aplicada em vítimas e testemunhas que concordem expressamente. Se relativamente incapaz, deve ser acompanhado pelo responsável legal[275].

Em uma vítima de agressão, por exemplo, o Hipnotista pode:

[...]dissocia-la do conteúdo emocional da experiência, de tal forma que o relato seja mais preciso e não evoque sofrimento desnecessário. Também os detalhes que podem

ser recuperados são muitos maiores, podendo auxiliar na solução do caso. [...] Testemunhas em transe podem relatar dados aos quais sequer prestaram atenção no momento do ocorrido, congelando a imagem em suas mentes e fornecendo placas de veículo, descrições detalhadas e outras informações importantes.[276]

O profissional Hipnotista, deve cuidar com as sugestões extrínsecas ao processo, para não colocar seus próprios anseios no hipnotizado. "O ideal é a maior neutralidade possível na entrevista inicial, durante e após a hipnose por parte do profissional" [277].

Outro detalhe, é que a sala utilizada para hipnose é espelhada, podendo o Delegado acompanhar o procedimento caso necessário, mas, é questão de ética a vítima ter conhecimento de quem está acompanhando a sessão[278].

Tendo em vista que, a Hipnose Forense é considerada um mecanismo auxiliar à Representação Facial Humana Descritível (retrato falado), para posteriormente servir as finalidades do IP, não pode ser considerado prova, e por isso não é realizado na fase do processo[279].

3.5 considerações acerca da Representação Facial Humana Descritível

As investigações policiais apoiam-se, em geral, nas informações que as vítimas e testemunhas apresentam, e claro, que sejam relevantes ao cenário do fato do delito. Tais informação, podem apresentar-se de maneira muitas vezes dispersa, porém não devem ser ignoradas, "ao final de uma investigação é que se demonstra ser determinante" [280].

A Representação Facial Humana Descritível (RFHD), antes popularizado com "Retrato Falado", iniciou-se no século XIX, com o francês Alphonse Bertillon[281].

A Representação Facial Humana Descritível é um trabalho de fundamental importância para que se promova a investigação e possível identificação do delincente quando não há qualquer indício de autoria, sem o qual é impossível imputar a alguém a responsabilidade pelo ato delituoso, valendo da subjetividade e senso de abstração para tornar possível a realização do trabalho.[282]

Segundo Jorge Luiz Werzbitzki, perito de representação facial, no Instituto de Criminalística do Paraná, a RFDH, pode ser definida como um composto de elementos descritos por alguém, numa tentativa de se aproximar ao máximo possível "do que se tem mente ou que se viu, ou ainda, para tornar ou fazer

presente a imagem da face de uma pessoa através do desenho, pelo que é descritível”[283].

Também, pode ser compreendida, como um complexo de elementos com caracteres antropológicos, como a face, caracteres sinaléticos naturais, como cicatrizes, manchas e pintas, e caracteres secundários, como por exemplo o tom de voz, postura e vestuário[284]. São características que importam para identificação.

No caso de o indivíduo ser identificado pelo RFDH, várias diligências posteriores se fazem necessárias, dentre estas no caso de estupro por exemplo, o suspeito passa por exame de DNA, a coleta do sêmen fica armazenado, e também há o reconhecimento pessoal da vítima, o qual possibilita a formação do complexo probatório mínimo para o indiciamento do autor do fato[285].

3.6 A possibilidade jurídica da hipnose como meio de prova

O apoio a hipnose forense como meio de prova ainda apresenta resistência e um assunto polêmico, posto que a maioria dos operadores do direito desconhece o assunto e faz juízo de valor pelo que conhece do que a mídia apresenta, e não pela ciência.

Como meio de prova no processo penal, além dos dispostos no título VII, do CPP, são admitidos todos os meios que não estejam explícitas a proibição em Lei ou mesmo sejam incompatíveis ao Direito Positivo. No processo penal, não há restrições em busca da verdade, circunstância e autoria do delito, apenas com exceção das provas obtidas por meios ilícitos[286].

O direito em todos as suas nuances, em especial, neste cenário penal, busca aproximar-se da verdade dos fatos. Para Barros, se por um lado há autores (filósofos e juristas) que entendem, que não cabe ao direito estar plenamente em consonância com a verdade real, posto que o direito é oriundo de uma ficção ou mesmo uma espécie de reprodução formal da realidade. Por outro lado, existem os defensores da impossibilidade em se reconstruir os fatos, com tal perfeição, que corresponda a realidade fidedigna, mas apenas possível se chegar próximo a “verdade processual”, “verdade provável”, ou “verdade possível” das circunstâncias[287].

Em busca, portanto, de alguma verdade, o direito depende da memória humana, porém não se pode descartar as hipóteses as alterações intrínsecas e extrínsecas passíveis da mesma. Nesse universo, muito se questiona acerca das FM que tornam as provas testemunhais e de reconhecimentos vulneráveis:

Nessa complexidade insere-se a questão da prova testemunhal e dos reconhecimentos, pois, em ambos os casos, tudo gira em torno da (falta de) "memória". [...] Mas é nos crimes sexuais o terreno mais perigoso da prova testemunhal (e, claro, da palavra da vítima), pois é mais fértil para implantação de uma falsa memória. [288]

O papel do profissional da saúde, seja o psicólogo, terapeuta, ou mesmo o hipnotista forense, se torna essencial para que não haja a implantação das FM no evento traumático[289].

Na discussão sobre a possibilidade jurídica da hipnose forense como meio de prova, na fase da investigação, ora IP, o objetivo é provocar na vítima ou testemunha a hipermnésia para a recordação do maior número de detalhes das circunstâncias do crime, auxiliando as investigações e diligências posteriores[290].

Não obstante, a capacidade da hipnose forense já foi matéria de análise do STJ, no *Habeas Corpus* (HC) nº 183.607, cujo paciente entre outras, alegou nulidade de um dos depoimentos, prestado sob o estado de hipnose, imputando-lhe o crime de homicídio simples. Ocorre, que tal alegação quando do recurso em sentido estrito, já havia sido negado provimento pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), a saber:

1) diante da existência de diversos outros elementos de convicção a indicar o réu como autor do fato, a pronúncia se manteria mesmo que anulada essa prova, razão pela qual não demonstrado o prejuízo desse ato para a defesa;

2) o depoimento impugnado limita-se a reiterar as informações já prestadas na fase policial (f. 10-10v), depoimento este prestado **sem interferência desse método**. (grifo nosso)

Considerou-se, portanto, todos o complexo probatório. Ainda, no Agravo em recurso especial, o recorrente alegou, dentre outras teses, o cerceamento de defesa, ante o indeferimento do requerimento de uma sessão de hipnose com a vítima, em busca de melhor esclarecer os fatos[291].

Ocorre que, cabe ao juiz decidir da produção de mais provas, analisando conforme a sua necessidade, em consonância com o art. 184, do CPP, que desta forma dispõe: "Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a Autoridade Policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade"[292], ademais o depoimento não foi realizado sob

hipnose. No julgado em questão, merece realce do entendimento acerca da prática da denominada hipnose forense:

Na investigação criminal, a hipnose é utilizada como ferramenta de auxílio para elucidação de casos em que a testemunha ou vítima tem algum bloqueio mental decorrente do trauma sofrido. Vítimas de estupro, sequestro, assalto e atropelamento podem ter dificuldades para dar informações para confecção do retrato falado ou de características do local do crime, por exemplo.[293]

Destaca-se, portanto, que compete às Autoridades Policiais o poder investigativo, a coleta de provas testemunhais e demandar as demais perícias, podendo também o Juiz, por força do art. 156, I, do CPP, requisitar a técnica da hipnose forense quando entender necessário. Ademais, posteriormente, o Juiz terá livre convicção para apreciação das provas coletadas, considerando o valor probatório do IP e o princípio do contraditório, ou seja, de acordo com todo o conjunto probatório.

Considerações Finais

O objetivo deste trabalho foi realizar um breve estudo do inquérito policial (IP) e as principais atividades da Autoridade Policial na perseguição do crime e elucidação dos fatos, através de meios que visam auxiliar na identificação dos autores, em especial da utilização da hipnose como meio de prova.

O primeiro passo do presente estudo foi a análise da fase do IP com as principais características e princípios norteadores. Foram destacados um conjunto de sete características e vários princípios relevantes ao tema, divididos em constitucionais e infraconstitucionais.

Compreender a essência do IP, é interpretá-lo como uma atividade investigatória, com a finalidade de colheita do suporte probatório mínimo, indícios de materialidade e autoria, para que futuramente seja possível dar início a uma ação penal, instaurada no poder judiciário.

O segundo passo, foi uma abordagem do procedimento probatório, a classificação e os meios de prova admitidos no processo penal brasileiro, quais destes fornecem suporte a uma possível ação penal e elementos satisfatórios para condenar ou absolver alguém. Foram identificados cinco meios de prova e em seguida estudados isoladamente.

Por terceiro passo, no que tange do meio específico do reconhecimento de pessoas e coisas e do meio de prova testemunhal, notou-se que são muito dependentes da memória humana, portanto, com a denominada hipnose forense pode-se facilitar a busca no inconsciente, o maior número de dados possíveis das circunstâncias do delito, facilitando consideravelmente a Representação Facial Humana Descritível[294].

Muitos estudiosos buscam explicar o que acontece com o indivíduo durante a hipnose. Apesar de não haver consenso, conclui-se que toda hipnose é uma auto hipnose, considerando ainda, estar o hipnotizado em um estado alterado e mesmo tempo consciente em alguma medida. “Dessa forma, sob hipnose, o sujeito não cometerá atos que, de alguma forma, afrontem a sua moral, sua dignidade ou disposição pessoal” [295].

Cabe ao Delegado diligenciar quais os meios de provas serão necessários a fase da investigação, podendo nos termos da lei, o Juiz, requisitar provas antecipadas. Ambos também, podem indeferi-las. A hipnose forense, tem sido utilizada no Instituto de Criminalística do Paraná, em casos específicos. São aplicadas de acordo com o caso concreto em que a vítima ou testemunha sofreu perda parcial ou total da memória, pelo estresse do transtorno pós-traumático, que por sua vez, pode ser entendido como um mecanismo de proteção, acarretado de um bloqueio, geralmente em crimes de violência, como estupro, homicídio e roubo.

No Brasil, não existe legislação específica regulamentando a prática da hipnose, apenas há orientações do Código de Ética Profissional, nos Conselhos Federais de Medicina, Psicologia e Fisioterapia. Resumidamente, em intervenções de hipnose forense, faz-se um trabalho essencialmente clínico e nunca terapêutico, nas quais possibilitem minimizar a amnésia do indivíduo traumatizado, potencializando a capacidade de memória, produzindo o que é conhecido como hiperamnésia.

Um dos possíveis mitos, de que o indivíduo infrator poderia gerar provas contra si, não tem fundamento, como se pode comprovar no capítulo 3 em questão, posto que, não é possível submeter o suposto autor do fato à técnica. Outrossim, o trabalho desenvolvido pelo perito criminal e chefe da seção de hipnose forense Dr. Rui Sampaio, se mostra minucioso. Após o encaminhamento do IP ao laboratório de criminalística, a vítima ou testemunha é entrevistada pelo perito a fim de se constatar, dentre outros, um possível quadro psiquiátrico, o qual impede que seja a pessoa exposta às técnicas. Havendo condições para dar

prosseguimento, a vítima relata o fato delituoso, com todas as lembranças de detalhes naquele momento lembrado, além de ser submetida ao *rapport*, ou seja, é esclarecido ao sujeito tudo o que ocorrerá durante transe, buscando entrar em sintonia e transmitindo-se confiança ao hipnotizado, bem como minimizar “a ocorrência de falsas lembranças e a tendência de sujeitos hipersugestionáveis, que tentam ‘agradar’ ao hipnotista, dando respostas de acordo com a expectativa do mesmo” [296].

Notou-se, relativamente nas jurisprudências mencionadas neste trabalho, que a defesa agiu numa tentativa de anular a prova testemunhal sob a alegação de estar o indivíduo hipnotizado durante seu depoimento. Entretanto, conforme pesquisa, não cabe a Autoridade Policial hipnotizar a testemunha, ou colher seu depoimento durante o transe. Após a seção de hipnose, com o perito criminal, o sujeito é submetido a uma nova entrevista, na qual relata-se o que se recordou, com detalhes do crime, anteriormente não recordados, e posteriormente encaminha-se a vítima ou testemunha para o setor específico de acordo com o caso, como para a representação facial humana descritível (retrato falado) do criminoso. Concluso relatório ou laudo pericial, baixa-se à delegacia, para demais providências que competem ao Delegado a discricionariedade de determinar.

Por tudo, fica evidenciado a possibilidade da hipnose como meio de prova, não considerada prova ilícita, ilegítima ou sequer como prova. Tem o intuito de auxiliar nas investigações criminais, em busca da verdade provável, não confirmando desta forma a hipótese da presente pesquisa, posto não ser possível alcançar a verdade real e tangível de um fato criminoso. Porém, quanto a técnica da hipnose não se constatou qualquer violação aos princípios ou garantias constitucionais, além de ser reconhecida sua autenticidade na comunidade científica. Ademais, para a deflagração da ação penal, bem como para condenação do agente, são necessários elementos que comprovam a materialidade do crime, ou seja, um complexo probatório suficientemente seguro.

Por fim, impõe-se observar, mais uma vez, que de modo algum o presente trabalho pretendeu esgotar o assunto, podendo ser mais desenvolvido por outros pesquisadores. As proposições aqui estudadas, apenas objetivou destacar um, dentre tanto outros instrumentos hábeis para possível elucidação dos crimes.

Referências das Fontes Citadas

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (Trad.). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. **Hypnosis**. APA. 2014. Disponível em: <<http://www.apa.org/topics/hypnosis/>>. Acesso em 06 fev. 2017, tradução nossa.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Psicologia do testemunho**: as falsas memórias no processo penal. In: Justificando. 10 set. 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/09/10/psicologia-do-testemunho-as-falsas-memorias-no-processo-penal/>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 3. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BAUER, Sofia M.F. **Hipnoterapia Ericksoriana**: passo a passo. São Paulo: Livro Pleno, 2000.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.057.600. Agravante: Eduardo Gomes Siqueira. Agravado: Ministério Público do Estado do Mato Grosso. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. **DJe**. Brasília. 22 mar. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=M&sequencial=70383583&num_registro=201700353299&data=20170322>. Acesso em 01 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 256.650. Agravante: Abelardo João Kluch. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. **DJe**. Brasília, 26 mar. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1303241&num_registro=201202391358&data=20140326&formato=PDF>. 25 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 183.607. Paciente: Olbari Martins da Costa Passos. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. **DJe**. Brasília, 07 out. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=M&sequencial=12326203&num_registro=201001598557&data=20101007&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 26 set. 2017.

BURROWS, Graham D; STANLEY, Robb O.; BLOOM, Peter B. **International handbook of clinical hypnosis**. Tradução nossa.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
CARREIRO, Antonio Almeida. **Hipnose e psicoterapia: etiologia e práxis**. São Paulo: Fiuza e Jundurian, 2006.

_____. **Freud não abandonou a hipnose: dissimulação no divã**. 14 mai. 2017. Antonio Carreiro Curso Livre & Treinamento. Disponível em: <<https://www.acarreiro.com/single-post/2017/05/13/Hipnose-Psican%C3%A1lise>>. Acesso em: 17 set. 2017.

CÉSPEDES, Livia (Colab.); ROCHA, Fabiana Dias da (Colab.). **Vade Mecum Saraiva**. 23. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

CUNHA FILHO, Mildo Carlos Ferreira da. **A relevância da investigação preliminar no âmbito da polícia judiciária para o estado democrático de direito**. 03 jan. 2016. JurisWay. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/V2/dhall.asp?id_dh=16164>. Acesso em: 01 jul. 2017.

DAGELI, Jevon. **A Verdade sobre a hipnose**. Golfinho. O portal da PNL no Brasil. 01 jun. 2016. Disponível em: <<http://golfinho.com.br/artigo/a-verdade-sobre-a-hipnose.htm>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

DALGALARRONDO, Paulo. **Psicologia e semiologia dos transtornos mentais**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2008.

DIÁRIO OFICIAL: portal de envio de matérias. **Persecução penal** – veja o que significa. 14 out 2016. Disponível em: <<https://e-diariooficial.com/persecuacao-criminal-veja-o-que-significa/>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

DIAS, Fábio Coelho. **A prova pericial no direito processual penal brasileiro. Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8452>. Acesso em: 15 mar. 2017.

DULCLERC, Elmir. **Direito processual penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FACIOLI, Adriano machado. **Hipnose fato ou fraude? Teoria e técnica em uma abordagem psicodinâmica e evidências experimentais**. Campinas, SP: Alínea, 2006.

GALARDO, Leonardo. **Persecução penal, investigação criminal e polícia judiciária**. 18 dez 2011. Disponível em: <<http://www.leonardogalardo.com/2011/12/persecuacaopenalinvestigacaocrimil>>. Acesso em 16 mar 2017.

GOMES, Margarida Maria Nunes de Abreu. **O princípio do contraditório e o inquérito policial.** Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VIII, Nº 10. jun. 2007. Disponível em: <<http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista10/Discente/MargaridaMaria.pdf>>. Acesso em: 14 abr. de 2017.

HYPNOCAST. **Rui Fernando Cruz Sampaio:** entrevistado. [19 jun. 2017]. Entrevistador: CARVALHO, Fábio. Texas, 2017. Disponível em: <<http://www.hypnocast.com.br/episodios/>>. Acesso em: 20 set. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE HIPNOLOGIA. **Amparo legal:** amparo legal da Hipnose Clínica no Brasil. Centro Mundial de Formação em Hipnose Condicionativa. Disponível em: <<http://institutohipnologia.com.br/amparos-legais/>>. Acesso em: 17 set. 2017.

INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO. **Núcleo de retrato falado.** Disponível em: <<http://institutodeidentificacao.policiacivil.go.gov.br/nucleo-de-retrato-falado>>. Acesso em: 03 agos. 2017.

INSTITUTO VEMSET. **Hipnose criminalística e forense.** Disponível em: <<http://www.institutovemser.com.br/untitled-ckgw>>. Acesso em: 18 set. 2017.

IZQUIERDO, Ivan. **Memória.** 2. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Artmed, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Limite penal:** Você confia na sua memória? Infelizmente o processo penal depende dela. ConJur. 19 set. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-depende-dela>>. Acesso em: 08 agos. 2017.

_____. **Sistemas de investigação preliminar.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES, Mariângela Tomé. **Reconhecimento de pessoas e coisas como meio de prova irrepitível e urgente:** necessidade realização antecipada. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde10092012160242/publico/TESE_DOUTORADO_FINAL_MARIANGELA_TOME_LOPES.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2017.

MEDRADO, Adonai Estrela. **Hipnose:** uma introdução ao tema. 30 jun. 2008. AdonaiMedrado.Pro.Br. Disponível em:

<http://www.adonaimedrado.pro.br/principal/index.php?option=com_content&view=article&id=46&Itemid=93>. Acesso em: 20 set. 2017.

MEZZAROBA, Orides. **Manual de metodologia de pesquisa no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Alex Barbosa Sobreira de. **Transtorno de estresse pós-traumático**: descrição clínica, sintomatologia, causas e tratamento. In: *Psicologando Artigos*. jul. 2012. Disponível em: <<https://psicologado.com/psicopatologia/transtornos-psiquicos/transtorno-de-estresse-pos-traumatico-descricao-clinica-sintomatologia-causas-e-tratamento>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MORAES, Elster Lamoia de. **Princípios do moderno inquérito policial**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2068, 28 fev. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12390/principios-do-moderno-inquerito-policial/2>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

NÁPOLI, Lucas. **Hipnose**: Por que o Psicanalista não utiliza a hipnose? 20 jan. 2013. *Psicanálise em humanês*. Disponível em: <<https://lucasnapoli.com/tag/hipnose/>>. Acesso em: 17 set. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

PAVANELLI, Aline. **Hipnose para solucionar crimes**. *Jornal Comunicação – UFPR*. 29 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.jornalcomunicacao.ufpr.br/jornal/?p=1408>>. Acesso em: 14 agos. 2017.

PSYCHOLOGIST WORLD. **False memories** - How false memories are created and can affect our ability to recall events. In: *Memory Psychology*. Disponível em: <<https://www.psychologistworld.com/memory/false-memories-questioning-eyewitness-testimony>>. Acesso em 01 agos. 2017, tradução nossa.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**: indagações, doutrina, jurisprudência, prática. 7. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILBERFARB, Benomy. **Hipnoterapia cognitiva**. São Paulo: Vetor, 2011.

SILVA, De Plácio e. **Vocabulário jurídico**. Nagib Slaibi (atual.); Priscila Pereira Vasques Gomes (atual.). 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

STEIN, Lilian Milnitsky, et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodvm, 2012.

VIDOLIN, Alcimar José. **Hipnose: alterando e desenvolvendo a consciência**. Paraná: Eclipse, 2003.

WEISSMANN, Karl. **O Hipnotismo: psicologia e técnica de aplicação**. 9. ed. Rio de Janeiro: Prado, 1958.

WERZBITZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação facial humana descritível: retrato falado**. Curitiba: Juruá, 2000.

WENDT, Emerson; LOPES, Fabio Motta; BARRETO, Alessandro Gonçalves (Org.); et al. **Investigação criminal: provas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ZDANSKI, Claudinei. **O princípio da razoável duração do processo e seus reflexos no inquérito policial**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1260, 13 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9271/o-principio-darazoavelduracaodoprocesso-e-seus-reflexos-no-inquerito-policial>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

NOTAS:

[1] ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Psicologia do testemunho: as falsas memórias no processo penal**. In: *Justificando*. 10 set. 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/09/10/psicologia-do-testemunho-as-falsas-memorias-no-processo-penal/>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

[2] AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. **Hypnosis**. APA. 2014. Disponível em: <<http://www.apa.org/topics/hypnosis/>>. Acesso em 06 fev. 2017, tradução nossa.

[3] INSTITUTO VEMSET. **Hipnose criminalística e forense**. Disponível em: <<http://www.institutovemser.com.br/untitled-ckgw>>. Acesso em: 18 set. 2017.

[4] LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 115-116.

[5] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 403.

[6] BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 158.

[7] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 413.

[8] WERZBITZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação facial humana descritível: retrato falado**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 43.

[9] MIRANDA, Alex Barbosa Sobreira de. **Transtorno de estresse pós-traumático: descrição clínica, sintomatologia, causas e tratamento**. In: *Psicologando Artigos*. jul. 2012. Disponível em: <<https://psicologado.com/psicopatologia/transtornos-psiquicos/transtorno-de-estresse-pos-traumatico-descricao-clinica-sintomatologia-causas-e-tratamento>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

[10] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p.110.

[11] MEZZAROBA, Orides. **Manual de metodologia de pesquisa no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 95-96.

[12] SILVA, De Plácio e. **Vocabulário jurídico**. Nagib Slaibi (atual.); Priscila Pereira Vasques Gomes (atual.). 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.1034.

[13] DIÁRIO OFICIAL: portal de envio de matérias. **Persecução penal** – veja o que significa. 14 out 2016. Disponível em: <<https://e-diariooficial.com/persecucao-criminal-veja-o-que-significa/>>. Acesso em: 16 mar. 2017, grifos do autor.

[14] BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 158.

[15] GALARDO, Leonardo. **Persecução penal, investigação criminal e polícia judiciária**. 18 dez 2011. Disponível em: <<http://www.leonardogalardo.com/2011/12/persecucao-penal-investigacao-criminal.html>>. Acesso em 16 mar 2017.

[16] TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t. I, II, III e IV. p.36 apud NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 175.

[17] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. p. 176.

[18] LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.115.

[19] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. vol. 3, p. 175-176; ALMEIDA, Canuto Mendes. Princípios fundamentais do processo penal. p. 62 apud NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. p. 176.

[20] SILVA, De Plácio e. **Vocabulário Jurídico**. Nagib Slaibi (atual.); Priscila Pereira Vasques Gomes (atual.). p. 746.

[21] DULCLERC, Elmir. **Direito processual penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 84.

[22] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 107.

[23] BONFIM, Edilson Mougén. **Curso de processo penal**. p. 166.

[24] BONFIM, Edilson Mougén. **Curso de processo penal**. p. 166.

[25] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. p. 176-177.

[26] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. p. 175.

[27] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. p. 176.

[28] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p.110.

[29] LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 115-116.

[30] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. p. 107.

[31] GOMES, Margarida Maria Nunes de Abreu. **O Princípio do contraditório e o inquérito policial**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VIII, Nº 10. jun. 2007. Disponível em: <<http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista10/Discente/MargaridaMaria.pdf>>. Acesso em: 14 abr. de 2017. p. 360.

[32] LOPES JR, Aury. **Direito processo penal**. p. 115-116.

[33] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodvm, 2012.p. 100-101.

- [34] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p.118.
- [35] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p.118.
- [36] LOPES JR, Aury. **Direito processo penal**. p.153.
- [37] BONFIM, Edilson Mougén. **Curso de processo penal**. p. 167.
- [38] BONFIM, Edilson Mougén. **Curso de processo penal**. p. 168.
- [39] BONFIM, Edilson Mougén. **Curso de processo penal**. p. 168.
- [40] BONFIM, Edilson Mougén. **Curso de processo penal**. p. 169.
- [41] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. p.107.
- [42] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. p.107.
- [43] BRASIL. **Código de processo penal**. (1941). In: CÉSPEDES, Livia (Colab.); ROCHA, Fabiana Dias da (Colab.). Vade Mecum Saraiva. 23. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 628.
- [44] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. p. 181, grifo do autor.
- [45] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p.150.
- [46] BRASIL. **Código de processo penal**. (1941). In: CÉSPEDES, Livia (Colab.); ROCHA, Fabiana Dias da (Colab.). Vade Mecum Saraiva. p. 616.
- [47] SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**: indagações, doutrina, jurisprudência, prática. 7. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 5.
- [48] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p.116.
- [49] LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p.153.
- [50] BONFIM, Edilson Mougén. **Curso de processo penal**. p.170.
- [51] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p.116.
- [52] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p.116.

- [53] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p.116-117.
- [54] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p.117.
- [55] LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p.173.
- [56] BRASIL. **Súmulas Vinculantes**. In: CÉSPEDES, Livia (Colab.); ROCHA, Fabiana Dias da (Colab.). Vade Mecum Saraiva. p. 616.
- [57] CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal** p.117.
- [58] SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal: indagações, doutrina, jurisprudência, prática**. p. 7.
- [59] LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p.170, sem o grifo do autor.
- [60] LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 170, sem o grifo do autor.
- [61] LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p.170, grifo do autor.
- [62] BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. p. 174.
- [63] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (Trad.). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 90.
- [64] MORAES, Elster Lamoia de. **Princípios do moderno inquérito policial**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2068. 28 fev. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12390/principios-do-moderno-inquerito-policial/2>>. Acesso em: 4 abr. 2017.
- [65] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. (1988). In: CÉSPEDES, Livia (Colab.); ROCHA, Fabiana Dias da (Colab.). Vade Mecum Saraiva. p. 6.
- [66] MORAES, Elster Lamoia de. **Princípios do moderno inquérito policial**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2068. 28 fev. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12390/principios-do-moderno-inquerito-policial/2>>. Acesso em: 4 abr. 2017.
- [67] MORAES, Elster Lamoia de. **Princípios do moderno inquérito policial**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2068. 28 fev. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12390/principios-do-moderno-inquerito-policial/2>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

[68] MORAES, Elster Lamoia de. **Princípios do moderno inquérito policial. Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2068. 28 fev. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12390/principios-do-moderno-inquerito-policial/2>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

[69] MORAES, Elster Lamoia de. **Princípios do moderno inquérito policial. Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2068. 28 fev. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12390/principios-do-moderno-inquerito-policial/2>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

[70] MORAES, Elster Lamoia de. **Princípios do moderno inquérito policial. Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2068. 28 fev. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12390/principios-do-moderno-inquerito-policial/2>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

[71] BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. p. 100.

[72] MORAES, Elster Lamoia de. **Princípios do moderno inquérito policial. Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2068. 28 fev. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12390/principios-do-moderno-inquerito-policial/2>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

[73] MORAES, Elster Lamoia de. **Princípios do moderno inquérito policial. Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2068. 28 fev. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12390/principios-do-moderno-inquerito-policial/2>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

[74] MORAES, Elster Lamoia de. **Princípios do moderno inquérito policial. Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2068. 28 fev. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12390/principios-do-moderno-inquerito-policial/2>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

[75] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: CÉSPEDES, Livia (Colab.); ROCHA, Fabiana Dias da (Colab.). Vade Mecum. Saraiva. p. 9.

[76] ZDANSKI, Claudinei. **O princípio da razoável duração do processo e seus reflexos no inquérito policial. Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1260, 13 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9271/o-principio-da-razoavel-duracao-do-processo-e-seus-reflexos-no-inquerito-policial>>. Acesso em: 4 abr. 2017, sem o grifo do autor.

[77] ZDANSKI, Claudinei. **O princípio da razoável duração do processo e seus reflexos no inquérito policial.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1260, 13 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9271/o-principio-da-razoavel-duracao-do-processo-e-seus-reflexos-no-inquerito-policial>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

[78] ZDANSKI, Claudinei. **O princípio da razoável duração do processo e seus reflexos no inquérito policial.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1260, 13 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9271/o-principio-da-razoavel-duracao-do-processo-e-seus-reflexos-no-inquerito-policial>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

[79] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** In: CÉSPEDES, Livia (Colab.); ROCHA, Fabiana Dias da (Colab.). *Vade Mecum*. Saraiva. 23. p. 9.

[80] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** In: CÉSPEDES, Livia (Colab.); ROCHA, Fabiana Dias da (Colab.). *Vade Mecum*. Saraiva. 23. p. 8.

[81] ZDANSKI, Claudinei. **O princípio da razoável duração do processo e seus reflexos no inquérito policial.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1260, 13 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9271/o-principio-da-razoavel-duracao-do-processo-e-seus-reflexos-no-inquerito-policial>>. Acesso em: 4 abr. 2017, sem o grifo do autor.

[82] MORAES, Elster Lamoia de. **Princípios do moderno inquérito policial.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2068, 28 fev. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12390/principios-do-moderno-inquerito-policial/2>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

[83] MORAES, Elster Lamoia de. **Princípios do moderno inquérito policial.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2068, 28 fev. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12390/principios-do-moderno-inquerito-policial/2>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

[84] MORAES, Elster Lamoia de. **Princípios do moderno inquérito policial.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2068, 28 fev. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12390/principios-do-moderno-inquerito-policial/2>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

[85] CUNHA FILHO. Mildo Carlos Ferreira da. **A relevância da investigação preliminar no âmbito da polícia judiciária para o estado democrático de**

direito. 03 jan. 2016. JurisWay. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/V2/dhall.asp?id_dh=16164>. Acesso em: 01 jul. 2017.

[86] BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal.** p. 98.

[87] BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal.** p. 98.

[88] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** p.118.

[89] BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal.** p. 98.

[90] MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 161.

[91] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** p. 72.

[92] LOPES JR. Aury. **Sistemas de investigação preliminar.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 202.

[93] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** p. 72.

[94] MORAES, Elster Lamoia de. **Princípios do moderno inquérito policial.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2068, 28 fev. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12390/principios-do-moderno-inquerito-policial/2>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

[95] MORAES, Elster Lamoia de. **Princípios do moderno inquérito policial.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2068, 28 fev. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12390/principios-do-moderno-inquerito-policial/2>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

[96] MORAES, Elster Lamoia de. **Princípios do moderno inquérito policial.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2068, 28 fev. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12390/principios-do-moderno-inquerito-policial/2>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

[97] SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal:** indagações, doutrina, jurisprudência, prática. p. 8.

[98] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal.** p. 177.

- [99] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. p. 177.
- [100] MAGALHÃES, Edgard Noronha. Curso de direito processual penal. 28. ed. p.29 apud BONFIM, Edilson Mougénot. **Curso de processo penal**. p. 207.
- [101] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.057.600. Agravante: Eduardo Gomes Siqueira. Agravado: Ministério Público do Estado do Mato Grosso. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. **DJe**. Brasília. 22 mar. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=M ON&sequencial=70383583&num_registro=201700353299&data=20170322>. Acesso em 01 jul. 2017.
- [102] BONFIM, Edilson Mougénot. **Curso de processo penal**. p. 208.
- [103] SILVA, De Plácio e. **Vocabulário Jurídico**. Nagib Slaibi (aual.); Priscila Pereira Vasques Gomes (atual.). p. 1123.
- [104] DULCLERC, Elmir. **Direito processual penal**. p. 489.
- [105] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p. 367
- [106] CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 109-114 apud DULCLERC, Elmir. **Direito processual penal**. p. 491, sem os grifos do autor.
- [107] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p. 367.
- [108] BONFIM, Edilson Mougénot. **Curso de processo penal**. p.43.
- [109] BONFIM, Edilson Mougénot. **Curso de processo penal** p.47.
- [110] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p. 367.
- [111] BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil**. (1988). In: CÉSPEDES, Livia (Colab.); ROCHA, Fabiana Dias da (Colab.). Vade Mecum Saraiva. p. 7.
- [112] BONFIM, Edilson Mougénot. **Curso de processo penal**. p.407, sem os grifos do autor.
- [113] BONFIM, Edilson Mougénot. **Curso de processo penal**. p.408, sem os grifos do autor.

[114] DIAS, Fábio Coelho. **A prova pericial no direito processual penal brasileiro. Âmbito Jurídico.** Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8452>. Acesso em: 15 mar. 2017.

[115] DULCLERC, Elmir. **Direito processual penal.** p. 488.

[116] PEIXOTO, Demétrio. A análise da veracidade enquanto ferramenta de inteligência policial no curso da investigação criminal. In: WENDT, Emerson; LOPES, Fabio Motta; BARRETO, Alessandro Gonçalves (Org.); et al. **Investigação criminal: provas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 12.

[117] BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal.** p. 413.

[118] BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal.** p. 413.

[119] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** p. 406.

[120] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 64.

[121] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** p. 64.

[122] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** p. 65.

[123] SILVA, Ivan Carlos da. O direito probatório relacionado a investigação criminal na América Latina. In: WENDT, Emerson; LOPES, Fabio Motta; org. BARRETO, Alessandro Gonçalves; et al. **Investigação criminal: provas.** p. 66.

[124] SILVA, Ivan Carlos da. O direito probatório relacionado a investigação criminal na América Latina. In: WENDT, Emerson; LOPES, Fabio Motta; BARRETO, Alessandro Gonçalves (Org.); et al. **Investigação criminal: provas.** p. 68

[125] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** p. 402.

[126] BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal.** p. 414.

[127] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** p. 402.

[128] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** p. 403.

- [129] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p. 403.
- [130] BONFIM, Edilson Mougénol. **Curso de processo penal** p. 414.
- [131] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p. 407.
- [132] BONFIM, Edilson Mougénol. **Curso de processo penal**. p. 415.
- [133] BONFIM, Edilson Mougénol. **Curso de processo penal**. p. 415.
- [134] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p. 407.
- [135] LOPES JR, Aury. **Direito processo penal**. p. 401.
- [136] LOPES JR, Aury. **Direito processo penal**. p. 401, sem os grifos do autor.
- [137] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p. 370-371.
- [138] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p. 370-371.
- [139] LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. p. 403.
- [140] LOPES JR, Aury. **Direito processo penal**. p. 403.
- [141] LOPES JR, Aury. **Direito processo penal**. p. 403.
- [142] LOPES JR, Aury. **Direito processo penal**. p. 403.
- [143] LOPES JR, Aury. **Direito processo penal**. p. 403-404.
- [144] LOPES JR, Aury. **Direito processo penal**. p. 404.
- [145] LOPES JR, Aury. **Direito processo penal**. p. 407.
- [146] LOPES JR, Aury. **Direito processo penal**. p. 407.
- [147] LOPES JR, Aury. **Direito processo penal**. p. 407.
- [148] BONFIM, Edilson Mougénol. **Curso de processo penal**. p.422.
- [149] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p. 375.
- [150] NERY JR., Nelson. Proibição de prova ilícita – novas tendências do direito. *Justiça Penal*. Jacques de Camargo Penteadol (Coord.), n. 4. São Paulo: Revistas dos

Tribunais. p. 29 apud, BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal.** p.423.

[151] BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal.** p.421.

[152] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** p. 403.

[153] BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal.** p. 412.

[154] BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal.** p. 500.

[155] BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal.** p. 500, sem o grifo do autor.

[156] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** p. 403.

[157] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** p. 403-404.

[158] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** p. 404.

[159] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** p. 404.

[160] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** p. 343.

[161] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** p. 341.

[162] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** p. 426-427.

[163] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** p. 413-414.

[164] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** p. 427.

[165] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo Penal.** p. 433.

[166] BRASIL. **Código de processo penal.** (1941). In: CÉSPEDES, Livia (Colab.); ROCHA, Fabiana Dias da (Colab.). Vade Mecum Saraiva. p. 628.

[167] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo Penal.** p. 433.

[168] BRASIL. **Código de processo penal.** (1941). In: CÉSPEDES, Livia (Colab.); ROCHA, Fabiana Dias da (Colab.). Vade Mecum Saraiva. p. 634.

[169] BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal** p. 484.

[170] BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. p. 489.

[171] BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. p. 489.

[172] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p. 413.

[173] BRASIL. **Código de processo penal**. (1941). In: CÉSPEDES, Livia (Colab.); ROCHA, Fabiana Dias da (Colab.). Vade Mecum Saraiva. p. 635.

[174] LOPES, Fábio Motta. As buscas domiciliares na investigação criminal. *In*: WENDT, Emerson; LOPES, Fabio Motta; BARRETO, Alessandro Gonçalves (Org.); et al. **Investigação criminal: provas**. p. 124.

[175] LOPES, Fábio Motta. As buscas domiciliares na investigação criminal. *In*: WENDT, Emerson; LOPES, Fabio Motta; BARRETO, Alessandro Gonçalves (Org.); et al. **Investigação criminal: provas**. p. 124-125.

[176] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. p. 436.

[177] BARRETO, Alessandro Gonçalves. Reconhecimento pessoal, fotográfico, voz e objetos: procedimentos e uso de tecnologias para a formação da prova na investigação criminal e no processo. *In*: WENDT, Emerson; LOPES, Fabio Motta; BARRETO, Alessandro Gonçalves (Org.); et al. **Investigação criminal: provas**. p. 149.

[178] BARRETO, Alessandro Gonçalves. Reconhecimento pessoal, fotográfico, voz e objetos: procedimentos e uso de tecnologias para a formação da prova na investigação criminal e no processo. *In*: WENDT, Emerson; LOPES, Fabio Motta; BARRETO, Alessandro Gonçalves (Org.); et al. **Investigação criminal: provas**. p. 161.

[179] BARRETO, Alessandro Gonçalves. Reconhecimento pessoal, fotográfico, voz e objetos: procedimentos e uso de tecnologias para a formação da prova na investigação criminal e no processo. *In*: WENDT, Emerson; LOPES, Fabio Motta; BARRETO, Alessandro Gonçalves (Org.); et al. **Investigação criminal: provas**. p. 151-152.

[180] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. p. 436.

[181] BARRETO, Alessandro Gonçalves. Reconhecimento pessoal, fotográfico, voz e objetos: procedimentos e uso de tecnologias para a formação da prova na investigação criminal e no processo. *In*: WENDT, Emerson; LOPES, Fabio Motta;

BARRETO, Alessandro Gonçalves (Org.); et al. **Investigação criminal**: provas. p. 152-153.

[182] BARRETO, Alessandro Gonçalves. Reconhecimento pessoal, fotográfico, voz e objetos: procedimentos e uso de tecnologias para a formação da prova na investigação criminal e no processo. *In*: WENDT, Emerson; LOPES, Fabio Motta; BARRETO, Alessandro Gonçalves (Org.); et al. **Investigação criminal**: provas. p. 153.

[183] BARRETO, Alessandro Gonçalves. Reconhecimento pessoal, fotográfico, voz e objetos: procedimentos e uso de tecnologias para a formação da prova na investigação criminal e no processo. *In*: WENDT, Emerson; LOPES, Fabio Motta; BARRETO, Alessandro Gonçalves (Org.); et al. **Investigação criminal**: provas. p. 153.

[184] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. p. 436, grifo do autor.

[185] PEIXOTO, Demétrio. A análise da veracidade enquanto ferramenta de inteligência policial no curso da investigação criminal. *In*: WENDT, Emerson; LOPES, Fabio Motta; BARRETO, Alessandro Gonçalves (Org.); et al. **Investigação criminal**: provas. p. 153.

[186] LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. p. 463.

[187] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. p. 412.

[188] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. p. 413.

[189] MATTOS, Andréa de Melo da Rocha. Depoimento sem dano: forma diferenciada de coleta. *In*: WENDT, Emerson; LOPES, Fabio Motta; BARRETO, Alessandro Gonçalves (Org.); et al. **Investigação criminal**: provas. p. 95.

[190] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. p. 412.

[191] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. p. 413.

[192] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. p. 413, grifos do autor.

[193] AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. **Hypnosis**. APA. 2014. Disponível em: <<http://www.apa.org/topics/hypnosis/>>. Acesso em 06 fev. 2017, tradução nossa.

[194] VIDOLIN, Alcimar José. **Hipnose: alterando e desenvolvendo a consciência**. Paraná: Eclipse, 2003, p. 13.

[195] DAGELI, Jevon. **A verdade sobre a hipnose**. Golfinho. O portal da PNL no Brasil. 01 jun. 2016. Disponível em: <<http://golfinho.com.br/artigo/a-verdade-sobre-a-hipnose.htm>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

[196] DAGELI, Jevon. **A verdade sobre a hipnose**. Golfinho. O portal da PNL no Brasil. 01 jun. 2016. Disponível em: <<http://golfinho.com.br/artigo/a-verdade-sobre-a-hipnose.htm>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

[197] CARREIRO, Antonio Almeida. **Hipnose e psicoterapia: etiologia e práxis**. São Paulo: Fiuza e Jundurian, 2006. p. 12.

[198] WEISSMANN, Karl. **O Hipnotismo: psicologia e técnica de aplicação**. 9. ed. Rio de Janeiro: Prado, 1958. p. 13.

[199] CARREIRO, Antonio Almeida. **Hipnose e psicoterapia: etiologia e práxis**. p. 10.

[200] BAUER, Sofia M.F. **Hipnoterapia Ericksoriana: passo a passo**. São Paulo: Livro Pleno, 2000. p. 26.

[201] CARREIRO, Antonio Almeida. **Hipnose e psicoterapia: etiologia e práxis**. p. 11.

[202] CARREIRO, Antonio Almeida. **Hipnose e psicoterapia: etiologia e práxis**. p. 11.

[203] SAMPAIO, Dr. Rui Fernando Cruz. Representação facial humana descritível e hipnose. In: WERZBITZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação facial humana descritível: retrato falado**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 237.

[204] BAUER, Sofia M.F. **Hipnoterapia Ericksoriana: passo a passo**. p. 26-27.

[205] BAUER, Sofia M.F. **Hipnoterapia Ericksoriana: passo a passo**. p. 27.

[206] BAUER, Sosia M.F. **Hipnoterapia Ericksoriana: passo a passo**. p. 28.

[207] SAMPAIO, Dr. Rui Fernando Cruz. Representação facial humana descritível e hipnose. In: WERZBITZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação facial humana descritível**: retrato falado. p. 238.

[208] FACIOLI, Adriano machado. **Hipnose fato ou fraude?** Teoria e técnica em uma abordagem psicodinâmica e evidências experimentais. Campinas, SP: Alínea, 2006. p. 22.

[209] NÁPOLI, Lucas. **Hipnose**: Por que o Psicanalista não utiliza a hipnose? 20 jan. 2013. Psicanálise em humanês. Disponível em: <<https://lucsnapoli.com/tag/hipnose/>>. Acesso em: 17 set. 2017.

[210] FACIOLI, Adriano machado. **Hipnose fato ou fraude?** Teoria e técnica em uma abordagem psicodinâmica e evidências experimentais. p. 22.

[211] CARREIRO, Antonio Almeida. **Freud não abandonou a hipnose**: dissimulação no divã. 14 mai. 2017. Antonio Carreiro Curso Livre & Treinamento. Disponível em: <<https://www.acarreiro.com/single-post/2017/05/13/Hipnose-Psican%C3%A1lise>>. Acesso em: 17 set. 2017.

[212] SAMPAIO, Dr. Rui Fernando Cruz. Representação facial humana descritível e hipnose. In: WERZBITZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação facial humana descritível**: retrato falado. p. 238.

[213] VIDOLIN, Alcimar José. **Hipnose**: alterando e desenvolvendo a consciência. p. 10.

[214] SAMPAIO, Dr. Rui Fernando Cruz. Representação facial humana descritível e hipnose. In: WERZBITZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação facial humana descritível**: retrato falado. p. 238.

[215] BURROWS, Graham D; STANLEY, Robb O.; BLOOM, Peter B. **International handbook of clinical hypnosis**. E-book mastered by True-Gossiper. John Wiley & Sons Ltd, 2001. p. 49, tradução nossa.

[216] BURROWS, Graham D; STANLEY, Robb O.; BLOOM, Peter B. **International handbook of clinical hypnosis**. p. 49, tradução nossa.

[217] BURROWS, Graham D; STANLEY, Robb O.; BLOOM, Peter B. **International handbook of clinical hypnosis**. p. 50, tradução livre.

[218] BURROWS, Graham D; STANLEY, Robb O.; BLOOM, Peter B. **International handbook of clinical hypnosis**. p. 51, tradução nossa.

[219] LOPES, Mariângela Tomé. **Reconhecimento de pessoas e coisas como meio de prova irrepitível e urgente: necessidade realização antecipada**. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde10092012160242/publico/TESE_DOUTORADO_FINAL_MARIANGELA_TOME_LOPES.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2017.

[220] STEIN, Lilian Milnitsky; NYGAARD, Maria Lúcia Campani. A Memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 43, abril/junho. 2003, Revista dos Tribunais. p. 143 apud LOPES, Mariângela Tomé. **Reconhecimento de pessoas e coisas como meio de prova irrepitível e urgente: necessidade realização antecipada**. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde10092012160242/publico/TESE_DOUTORADO_FINAL_MARIANGELA_TOME_LOPES.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2017.

[221] DALGALARRONDO, Paulo. **Psicologia e semiologia dos transtornos mentais**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2008. p. 137.

[222] IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 2. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 13.

[223] STEIN, Lilian Milnitsky, et al. **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 21.

[224] SCHATER, Daniel. Os sete pecados da memória: como a mente esquece e lembra. Rio de Janeiro: Rocco, 2003. p. 15-16 apud LOPES, Mariângela Tomé. **Reconhecimento de pessoas e coisas como meio de prova irrepitível e urgente: necessidade realização antecipada**. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde10092012160242/publico/TESE_DOUTORADO_FINAL_MARIANGELA_TOME_LOPES.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2017.

[225] PSYCHOLOGIST WORLD. **False memories** - How false memories are created and can affect our ability to recall events. In: Memory Psychology. Disponível em: <<https://www.psychologistworld.com/memory/false-memories-questioning-eyewitness-testimony>>. Acesso em 01 agos. 2017, tradução nossa.

[226] STEIN, Lilian Milnitsky, et al. **Falsas memórias:** fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. p. 25-26.

[227] LOPES, Mariângela Tomé. **Reconhecimento de pessoas e coisas como meio de prova irrepitível e urgente:** Necessidade realização antecipada. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde10092012160242/publico/TESE_DOUTORADO_FINAL_MARIANGELA_TOME_LOPES.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2017.

[228] STEIN, Lilian Milnitsky, et al. **Falsas memórias:** fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. p. 22.

[229] STEIN, Lilian Milnitsky, et al. **Falsas memórias:** fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. p. 22.

[230] STEIN, Lilian Milnitsky, et al. **Falsas memórias:** fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. p. 22.

[231] GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo; ROHENKOHL, Gustavo. Neurociência cognitiva das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky, et al. **Falsas memórias:** fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. p. 69.

[232] GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo; ROHENKOHL, Gustavo. Neurociência cognitiva das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky, et al. **Falsas memórias:** fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. p. 69.

[233] GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo; ROHENKOHL, Gustavo. Neurociência cognitiva das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky, et al. **Falsas memórias:** fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. p. 69.

[234] GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo; ROHENKOHL, Gustavo. Neurociência cognitiva das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky, et al. **Falsas memórias:** fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. p. 69.

[235] GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo; ROHENKOHL, Gustavo. Neurociência cognitiva das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky, et al. **Falsas memórias:** fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. p. 72.

[236] PSYCHOLOGIST WORLD. **False memories:** How false memories are created and can affect our ability to recall events. In: Memory Psychology. Disponível em: <<https://www.psychologistworld.com/memory/false->

[memoriesquestioningeyewitnesstestimony](#)>. Acesso em 01 agos. 2017, tradução nossa.

[237] LOPES, Mariângela Tomé. **Reconhecimento de pessoas e coisas como meio de prova irrepitível e urgente:** Necessidade realização antecipada. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde10092012160242/publico/TESE_DOUTORADO_FINAL_MARIANGELA_TOME_LOPES.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2017.

[238] FACIOLI, Adriano machado. **Hipnose fato ou fraude?** Teoria e técnica em uma abordagem psicodinâmica e evidencias experimentais. p. 25.

[239] FACIOLI, Adriano machado. **Hipnose fato ou fraude?** Teoria e técnica em uma abordagem psicodinâmica e evidencias experimentais. p. 25.

[240] CARREIRO, Antonio Almeida. **Hipnose e psicoterapia:** etiologia e práxis. p. 08.

[241] CARREIRO, Antonio Almeida. **Hipnose e psicoterapia:** etiologia e práxis. p. 08.

[242] SILBERFARB, Benomy. **Hipnoterapia cognitiva.** São Paulo: Vetor: 2011. p.61.

[243] INSTITUTO BRASILEIRO DE HIPNOLOGIA. **Amparo legal:** amparo legal da Hipnose Clínica no Brasil. Centro Mundial de Formação em Hipnose Condicionativa. Disponível em: <<http://institutohipnologia.com.br/amparos-legais/>>. Acesso em: 17 set. 2017.

[244] INSTITUTO BRASILEIRO DE HIPNOLOGIA. **Amparo legal:** amparo legal da Hipnose Clínica no Brasil. Centro Mundial de Formação em Hipnose Condicionativa. Disponível em: <<http://institutohipnologia.com.br/amparos-legais/>>. Acesso em: 17 set. 2017.

[245] INSTITUTO BRASILEIRO DE HIPNOLOGIA. **Amparo legal:** amparo legal da Hipnose Clínica no Brasil. Centro Mundial de Formação em Hipnose Condicionativa. Disponível em: <<http://institutohipnologia.com.br/amparos-legais/>>. Acesso em: 17 set. 2017.

[246] LOPES JR, Aury. **Limite penal:** Você confia na sua memória? Infelizmente o processo penal depende dela. ConJur. 19 set. 2014. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-dependerela>>. Acesso em: 08 agos. 2017.

[247] SAMPAIO, Dr. Rui Fernando Cruz. Representação facial humana descritível e hipnose. In: WERZBITZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação Facial Humana Descritível**: retrato falado. p. 238.

[248] HYPNOCAST. **Rui Fernando Cruz Sampaio**: entrevistado. [19 jun. 2017]. Entrevistador: CARVALHO, Fábio. Texas, 2017. Disponível em: <<http://www.hypnocast.com.br/episodios/>>. Acesso em: 20 set. 2017.

[249] SAMPAIO, Dr. Rui Fernando Cruz. Representação facial humana descritível e hipnose. In: WERZBITZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação facial humana descritível**: retrato falado. p. 238-239.

[250] ROSAR, Fernando Luiz. **Comunicação informal** [mensagem pessoal]. Profissional que faz uso da Hipnose Clínica com PNL, em entrevista realizada com o Dr. Rui Fernando Cruz Sampaio, Perito Forense do Instituto de Criminalística do Paraná, em conversa telefônica em 09 mar. 2017 e mensagens em 18 de set. 2017. Mensagem recebida por <contato@fernandoluirosar.com.br> em 27 set. 2017.

[251] BURROWS, Graham D; STANLEY, Robb O.; BLOOM, Peter B. **International handbook of clinical hypnosis**. E-book mastered by True-Gossiper. John Wiley & Sons Ltd, 2001. p. 97, tradução nossa.

[252] BURROWS, Graham D; STANLEY, Robb O.; BLOOM, Peter B. **International handbook of clinical hypnosis**. E-book mastered by True-Gossiper. John Wiley & Sons Ltd, 2001. p. 97, tradução nossa.

[253] BURROWS, Graham D; STANLEY, Robb O.; BLOOM, Peter B. **International handbook of clinical hypnosis**. E-book mastered by True-Gossiper. John Wiley & Sons Ltd, 2001. p. 97, tradução nossa.

[254] ROSAR, Fernando Luiz. **Comunicação informal** [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <contato@fernandoluirosar.com.br> em 29 agos. 2017.

[255] SAMPAIO, Dr. Rui Fernando Cruz. Representação facial humana descritível e hipnose. In: WERZBITZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação facial humana descritível**: retrato falado. p. 239.

[256] FACIOLI, Adriano machado. **Hipnose fato ou fraude?** Teoria e técnica em uma abordagem psicodinâmica e evidencias experimentais. p. 14.

[257] MEDRADO, Adonai Estrela. **Hipnose:** uma introdução ao tema. 30 jun. 2008. AdonaiMedrado.Pro.Br. Disponível em: <http://www.adonaimedrado.pro.br/principal/index.php?option=com_content&view=article&id=46&Itemid=93>. Acesso em: 20 set. 2017.

[258] SAMPAIO, Dr. Rui Fernando Cruz. Representação facial humana descritível e hipnose. In: WERZBITZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação facial humana descritível:** retrato falado. p. 241.

[259] SAMPAIO, Dr. Rui Fernando Cruz. Representação facial humana descritível e hipnose. In: WERZBITZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação facial humana descritível:** retrato falado. p. 241.

[260] MEDRADO, Adonai Estrela. **Hipnose:** uma introdução ao tema. 30 jun. 2008. AdonaiMedrado.Pro.Br. Disponível em: <http://www.adonaimedrado.pro.br/principal/index.php?option=com_content&view=article&id=46&Itemid=93>. Acesso em: 20 set. 2017.

[261] MEDRADO, Adonai Estrela. **Hipnose:** uma introdução ao tema. 30 jun. 2008. AdonaiMedrado.Pro.Br. Disponível em: <http://www.adonaimedrado.pro.br/principal/index.php?option=com_content&view=article&id=46&Itemid=93>. Acesso em: 20 set. 2017.

[262] MEDRADO, Adonai Estrela. **Hipnose:** uma introdução ao tema. 30 jun. 2008. AdonaiMedrado.Pro.Br. Disponível em: <http://www.adonaimedrado.pro.br/principal/index.php?option=com_content&view=article&id=46&Itemid=93>. Acesso em: 20 set. 2017.

[263] MEDRADO, Adonai Estrela. **Hipnose:** uma introdução ao tema. 30 jun. 2008. AdonaiMedrado.Pro.Br. Disponível em: <http://www.adonaimedrado.pro.br/principal/index.php?option=com_content&view=article&id=46&Itemid=93>. Acesso em: 20 set. 2017.

[264] MEDRADO, Adonai Estrela. **Hipnose:** uma introdução ao tema. 30 jun. 2008. AdonaiMedrado.Pro.Br. Disponível em: <http://www.adonaimedrado.pro.br/principal/index.php?option=com_content&view=article&id=46&Itemid=93>. Acesso em: 20 set. 2017.

[265] HYPNOCAST. **Rui Fernando Cruz Sampaio:** entrevistado. [19 jun. 2017]. Entrevistador: CARVALHO, Fábio. Texas, 2017. Disponível em: <<http://www.hypnocast.com.br/episodios/>>. Acesso em: 20 set. 2017.

[266] HYPNOCAST. **Rui Fernando Cruz Sampaio**: entrevistado. [19 jun. 2017]. Entrevistador: CARVALHO, Fábio. Texas, 2017. Disponível em: <<http://www.hypnocast.com.br/episodios/>>. Acesso em: 20 set. 2017.

[267] SAMPAIO, Dr. Rui Fernando Cruz. Representação facial humana descritível e hipnose. In: WERZBITZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação facial humana descritível**: retrato falado. p. 240.

[268] HYPNOCAST. **Rui Fernando Cruz Sampaio**: entrevistado. [19 jun. 2017]. Entrevistador: CARVALHO, Fábio. Texas, 2017. Disponível em: <<http://www.hypnocast.com.br/episodios/>>. Acesso em: 20 set. 2017.

[269] HYPNOCAST. **Rui Fernando Cruz Sampaio**: entrevistado. [19 jun. 2017]. Entrevistador: CARVALHO, Fábio. Texas, 2017. Disponível em: <<http://www.hypnocast.com.br/episodios/>>. Acesso em: 20 set. 2017.

[270] SAMPAIO, Dr. Rui Fernando Cruz. Representação facial humana descritível e hipnose. In: WERZBITZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação facial humana descritível**: retrato falado. p. 242.

[271] SAMPAIO, Dr. Rui Fernando Cruz. Representação facial humana descritível e hipnose. In: WERZBITZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação facial humana descritível**: retrato falado. p. 242-243.

[272] PAVANELLI, Aline. Jornal Laboratório da Universidade Federal do Paraná. **Hipnose para solucionar crimes**. Jornal Comunicação – UFPR. 29 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.jornalcomunicacao.ufpr.br/jornal/?p=1408>>. Acesso em: 14 agos. 2017.

[273] HYPNOCAST. **Rui Fernando Cruz Sampaio**: entrevistado. [19 jun. 2017]. Entrevistador: CARVALHO, Fábio. Texas, 2017. Disponível em: <<http://www.hypnocast.com.br/episodios/>>. Acesso em: 20 set. 2017.

[274] SAMPAIO, Dr. Rui Fernando Cruz. Representação facial humana descritível e hipnose. In: WERZBITZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação facial humana descritível**: retrato falado. p. 242.

[275] SAMPAIO, Dr. Rui Fernando Cruz. Representação facial humana descritível e hipnose. In: WERZBITZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação facial humana descritível**: retrato falado. p. 242.

[276] VIDOLIN, Alcimar José. **Hipnose:** alterando e desenvolvendo a consciência. p.45.

[277] SAMPAIO, Dr. Rui Fernando Cruz. Representação facial humana descritível e hipnose. In: WERZBITZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação facial humana descritível:** retrato falado. p. 243.

[278] HYPNOCAST. **Rui Fernando Cruz Sampaio:** entrevistado. [19 jun. 2017]. Entrevistador: CARVALHO, Fábio. Texas, 2017. Disponível em: <<http://www.hypnocast.com.br/episodios/>>. Acesso em: 20 set. 2017.

[279] SAMPAIO, Dr. Rui Fernando Cruz. Representação facial humana descritível e hipnose. In: WERZBITZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação facial humana descritível:** retrato falado. p. 243.

[280] WERZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação facial humana descritível:** retrato falado. p. 13-14.

[281] INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO. **Núcleo de retrato falado.** Disponível em: <<http://institutodeidentificacao.policiacivil.go.gov.br/nucleo-de-retrato-falado>>. Acesso em: 03 agos. 2017.

[282] WERZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação facial humana descritível:** retrato falado. p. 13-14.

[283] WERZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação facial humana descritível:** retrato falado. p. 13-14, sem o grifo do autor.

[284] WERZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação facial humana descritível:** retrato falado. p. 13-14, sem o grifo do autor.

[285] HYPNOCAST. **Rui Fernando Cruz Sampaio:** entrevistado. [19 jun. 2017]. Entrevistador: CARVALHO, Fábio. Texas, 2017. Disponível em: <<http://www.hypnocast.com.br/episodios/>>. Acesso em: 20 set. 2017.

[286] BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal.** p. 412.

[287] BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal.** 3. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.29.

[288] LOPES JR, Aury. **Limite penal:** Você confia na sua memória? Infelizmente o processo penal depende dela. ConJur. 19 set. 2014. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-dependerela>>. Acesso em: 08 agos. 2017.

[289] LOPES JR, Aury. **Limite penal:** Você confia na sua memória? Infelizmente o processo penal depende dela. ConJur. 19 set. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-dependerela>>. Acesso em: 08 agos. 2017.

[290] HYPNOCAST. **Rui Fernando Cruz Sampaio:** entrevistado. [19 jun. 2017]. Entrevistador: CARVALHO, Fábio. Texas, 2017. Disponível em: <<http://www.hypnocast.com.br/episodios/>>. Acesso em: 20 set. 2017.

[291] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 183.607. Paciente: Olbari Martins da Costa Passos. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. **DJe.** Brasília, 07 out. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=M ON&sequencial=12326203&num_registro=201001598557&data=20101007&tip o=0&formato=PDF>. Acesso em: 26 set. 2017.

[292] BRASIL. **Código de processo penal.** (1941). In: CÉSPEDES, Livia (Colab.); ROCHA, Fabiana Dias da (Colab.). Vade Mecum Saraiva. p. 130.

[293] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 256.650. Agravante: Abelardo João Kluch. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. **DJe.** Brasília, 26 mar. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA &sequencial=1303241&num_registro=201202391358&data=20140326&formato =PDF>. 25 set. 2017.

[294] SAMPAIO, Dr. Rui Fernando Cruz. Representação facial humana descritível e hipnose. In: WERZBITZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação facial humana descritível:** retrato falado. p. 240.

[295] SAMPAIO, Dr. Rui Fernando Cruz. Representação facial humana descritível e hipnose. In: WERZBITZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação facial humana descritível:** retrato falado. p. 239-240.

[296] SAMPAIO, Dr. Rui Fernando Cruz. Representação facial humana descritível e hipnose. In: WERZBITZBITZKI, Jorge Luiz. **Representação facial humana descritível**: retrato falado. p. 243.

ENSAIO SOBRE DIREITO DE LAJE E IMPOSTOS IMOBILIÁRIOS MUNICIPAIS - REPERCUSSÕES, HIPÓTESES E PROPOSTAS

ANDRÉ RICARDO PEIXOTO: Procurador do Município de São José dos Campos/SP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - Instituto Multidisciplinar - Departamento de Ciências Jurídicas.

RESUMO: O referido trabalho apresenta discussões, hipóteses e divagações preliminares sobre as implicações que o novo direito real de laje pode gerar para fins tributários, em especial quanto aos impostos imobiliários municipais. Na ocasião, analisar-se-ão a repercussão e possíveis soluções para questões relacionadas à sujeição tributária atribuída a casos concretos que surgirão posteriormente, buscando-se abrir espaço para uma atuação segura da Administração fazendária conciliada com o cumprimento da função social da propriedade, tendo em vista o intuito do novo direito real de trazer imóveis informais à regularização.

PALAVRAS-CHAVE: Tributo – Direito Real – Laje – Impostos Imobiliários – Responsabilidade

SUMÁRIO: I – INTRODUÇÃO. II – A LAJE: O QUE DIZ O CÓDIGO CIVIL. III – ASPECTOS TRIBUTÁRIOS E PROPOSTAS. IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS.

I – INTRODUÇÃO

É de notório conhecimento por parte dos doutos que, de todas as manifestações de riqueza, a propriedade imobiliária é o fato mais apto a atrair a incidência de tributos em geral. E isso se justifica desde os primórdios do que vem a ser conhecido como civilização, remetendo a ideia de posse ou de propriedade de algum bem à conclusão de que ela faz parte do instinto apropriatório dos seres humanos. Confirmando essa ideia, o argumento de que a apropriação de terras faz parte – ainda que sob pontos de vista distintos – da natureza humana é pincelado na teorização sobre a origem da sociedade civil e do Estado nas leituras de John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Thomas Hobbes.

Fazendo um recorte mais específico para o caso brasileiro, a conclusão do parágrafo anterior permanece, trazendo o ordenamento jurídico nacional uma diversidade de instrumentos que permitem o exercício da propriedade imobiliária de forma elástica, isto é, dando ao proprietário a possibilidade de transferir a posse (direta) do imóvel para terceiros e sob dimensões, destinações e condições distintas, justificando a existência de doze tipos de direitos reais (incluindo a propriedade) no Código Civil.

Com o advento da Lei Federal nº 13.465/2017 (chamada de *Lei da Regularização Fundiária*), o Código Civil passou a agregar um décimo terceiro tipo de variação ao uso da propriedade: a laje.

Tendo a intenção de facilitar a convivência imobiliária especialmente nos centros urbanos com foco na regularização de divisões de uso de um mesmo imóvel derivadas de tratativas informais, o direito real de laje traz contornos que, embora já teorizados pela doutrina há tempos, visam abrir espaço para o crônico problema da falta de moradia digna no Brasil.

Ciente de que a posituação da laje no ordenamento nacional gerará uma forte mudança de cultura no seio social, como ocorrente no Direito em geral, analisar-se-á, no presente trabalho, o aspecto tributário das novas nuances que a existência do direito de laje poderá criar.

Para tanto, o presente escrito fará uma análise básica dos dizeres do Código Civil sobre o direito de laje; em seguida, apreciará a implicância que sua existência tem sobre a ótica tributária quanto aos tributos imobiliários municipais, especialmente sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU) e, em seguida, serão traçadas linhas básicas sobre a responsabilidade tributária dos sujeitos envolvidos nas instituições e usufruto do direito real em estudo, bem como propostas básicas para que os Municípios lancem mão de idôneos mecanismos tributários como incentivo à regularização fundiária em tal aspecto.

II – A LAJE: O QUE DIZ O CÓDIGO CIVIL

Com o advento da já mencionada *Lei de Regularização Fundiária*, o Código Civil ganhou cinco novos artigos para reger o direito real em estudo (art. 1.510-A a 1.510-E). Embora se possa retirar a funcionalidade do instituto da leitura dos tais novos artigos, o conceito de Direito de Laje é deles extraído de forma indireta e/ou

com básico esforço retórico, mas a definição conceitual do instituto não é dada diretamente pela posituação legal.

Isso chegou a ser feito pelo texto da Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016, que inaugurou a Laje (ainda que, obviamente, sob o manto provisório) na legislação civil, dando o seguinte conceito no antigo artigo 1.510-A, *caput*. *O direito real de laje consiste na possibilidade de coexistência de unidades imobiliárias autônomas de titularidades distintas situadas em uma mesma área, de maneira a permitir que o proprietário ceda a superfície de sua construção a fim de que terceiro edifique unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo*. Sendo conceito seguro, por ora, pode ser adotado para uma caracterização enciclopédica e para fins de compreensão do presente trabalho.

Por conta da definição dada no parágrafo anterior, que não chegou a ser alterada pela nova disposição civilista (salvo em sua dimensão, cujo detalhamento não é foco deste trabalho), o instituto ganhou críticas em pouco tempo de existência. Parcela dos escritos já existentes afirma que a Laje nada mais é do que um “redesenho” do já existente direito de superfície: como funciona da mesma forma que a Superfície, bastaria que o legislador acrescentasse novas disposições e extensões para o já existente direito real e facilitasse a sua aplicação prática, inclusive na correção dos núcleos urbanos informais e superlotados[i]. Em sentido oposto, afirma-se que a laje é, sim, novo direito real, situando-se como intermediário entre a propriedade plena e a superfície, possuindo diferenças marcantes em face desta última, tal como a ausência da temporariedade (característica marcante na superfície)[ii].

Complementando a discussão anterior (que, asseveramos, possuirá relevância prática a partir do momento em que se permitir complementaridade entre as disposições relativas à superfície e à laje), embora se reconheça que boa parcela doutrinária (até o momento existente) entenda que a laje realmente é uma extensão do direito real de superfície, advoga-se que o novo instituto é indicado para casos pontuais, extremos e excepcionais de impossibilidade de individualização de lotes ou de instrumentalização de qualquer outro tipo de direito real ou de copropriedade (condomínios em suas diversas modalidades), sendo indicado para núcleos urbanos informais[iii].

*"Por meio de extensores e de programas de habitação popular, a cidade aumenta desmesuradamente a sua superfície total e este aumento de área encoraja a especulação, o processo recomeçando e se repetindo em crescendo". Este trecho, escrito por Milton Santos em sua obra "O Espaço do Cidadão"[iv], revela em suas palavras o problema crônico do *déficit* habitacional dos centros urbanos, especialmente sobre a marginalização das camadas menos favorecidas da sociedade em decorrência da atuação voluptuosa das políticas públicas casadas com um sistema financeiro de especulação imobiliária. Para consertar isso, ao menos sob a ótica jurídica, nasceu o direito real de laje.*

Em verdade, e dando continuidade ao raciocínio exposto no parágrafo anterior, a literatura jurídica reconhecia, há muito tempo, a existência informal do direito de laje no Brasil, pois ele representa uma situação tácita de divisão de utilização de um lote por sujeitos distintos com a ausência de um registro formal de superfície ou instrumento congênere[v]. Logo, como dito anteriormente, a positividade do direito real de laje causará uma mudança de cultura não no sentido de permitir a laje mas, sim, por classificar uma situação já existente, dando-lhe respaldo jurídico e permitindo aos seus titulares exercer, de forma segura, prerrogativas antes não garantidas pelo ordenamento jurídico. Aqui, tem-se um fato social agregado ao Direito sob o prisma de fato ou ato jurídico.

Portanto, por agora estar positivado, resta lógico dizer que sua existência, sua razão de ser, deve ser buscada no princípio da *função social da propriedade* (art. 5º XXIII da Constituição Federal c/c art. 1.228, §1º do Código Civil). Significa dizer que o exercício da propriedade e das figuras delas derivadas (os demais direitos reais) existem por alguma razão, visam regular alguma situação distinta, buscando não só influir na esfera privada como, também, na esfera da adequação e tranquilização das questões sociais mais delicadas[vi].

Partindo da premissa do parágrafo anterior, parece ter o legislador a intenção de buscar regularizar a grave e crônica ausência de regularidade dos grandes agrupamentos urbanos formados, predominantemente, pela camada menos favorecida da sociedade, tendo em vista o agravamento de questões como crises econômicas, voracidade do mercado imobiliário, ausência de políticas públicas efetivas para a questão do *déficit* imobiliário e, também, desemprego crescente. É, aqui, que se encontra a *função social* do direito de laje: a reversão ou amenização de uma situação de informalidade, buscando dar maior segurança

jurídica aos envolvidos, em atenção especial aos núcleos formados por pessoas menos favorecidas economicamente.

Feitas as considerações críticas e iniciais sobre o instituto, analisar-se-ão, a seguir, os dispositivos civis sobre o novo direito real, trazendo-se suas linhas básicas de forma esboçada.

Para a concretização do direito de laje, deve-se dizer que ela partirá de uma construção-base, ou seja, uma propriedade já existente. Nela, seu titular poderá permitir que sua parte superior ou inferior seja cedida para fins de instituição do *direito de laje* (art. 1.510-A, *caput*). Tal direito real trabalha somente com *construção*, ao contrário do direito de superfície que, além de *construção*, também inclui *plantação*.

Constituindo matrícula própria no Registro imobiliário pertinente (art. 1.510-A, §2º) e dando ao seu titular as faculdades de usar, fruir e dispor da laje (neste caso, com preferência de oferta ao titular da construção-base – art. 1.510-D – ou, no caso de cessão da superfície da laje para instituição de uma sucessiva laje, com autorização prévia e expressa por parte do titular da construção-base – art. 1.510-A, §6º), é certo dizer que, aqui, os atributos da posse também podem permitir que o titular da laje possa se socorrer das vias judiciais cabíveis para defender sua posse derivada do direito real instituído, afastando-se do uso da parte superior ou inferior da construção-base quem injustamente o esteja usufruindo. Logo, essa faculdade (presente no direito de propriedade) pode ser, com as adaptações necessárias, também transportada para a laje.

A laje pode ser instituída tanto em imóveis públicos quanto em imóveis privados, abrangendo tanto o subsolo quanto o espaço aéreo da unidade autônoma instituída com a laje e, não custa dizer, só pode ser instituída por quem tem capacidade (legitimação, diga-se) para dispor da construção-base, isto é, seu proprietário (art. 1.510-A, §1º). Por mais que se diga que o titular do direito de laje possua uma *unidade autônoma* em seu favor, isto não quer dizer que ele possua fração ideal da construção-base: aqui, o direito de laje se difere das espécies de condomínio existentes no Código Civil, pois não há copropriedade mas, tão somente, divisão de partes autônomas de uma mesma unidade imobiliária para titulares e usos distintos, sem que isso crie divisão material do imóvel (art. 1.510-A, §4º).

O Código Civil delega aos Municípios e ao Distrito Federal a possibilidade de disposição detalhada da instituição do direito de laje para fins urbanísticos (art. 1.510-A, §5º), inclusive para a regência de disposições de estética urbana que não poderão ser violadas pelo titular da laje, assim como questões a respeito de obras novas ou ausência de reparos que terminem por prejudicar a segurança do imóvel (art. 1.510-B). A razão para a delegação de tais competências aos Municípios e ao Distrito Federal se justifica no fato de que, além de tais entes federativos estarem mais próximos das realidades urbanas, também figurarem como as unidades federativas que confeccionam o mais valioso dos instrumentos de política urbana: o Plano Diretor.

Embora já se tenha salientado que o direito de laje não se confunde com outras figuras inerentes ao estudo do Direito das Coisas, é plausível se compreender, ainda que com um momentâneo limite ao campo teórico (por ora), que a instituição da laje termina, por via de consequência, por permitir o uso de um mesmo imóvel por mais de um sujeito de direitos, criando hipóteses de aplicação analógica das regras de direitos de vizinhança e de comosse.

Por tal razão, e fazendo analogia aos condomínios edilícios, o Código Civil permite que, na atribuição da laje, coexistam espaços comuns e individuais entre os titulares da construção-base e da laje, respectivamente. Assim, é permitido que as despesas com os equipamentos de usufruto comum pelas unidades existentes sejam partilhadas entre seus titulares, com regras semelhantes ao condomínio em geral (art. 1.510-C).

A existência da laje pressupõe uma construção-base, como dito anteriormente. Aqui, não é trivial dizer que a laje funcionaria como um instrumento "acessório" da propriedade imobiliária. Assim, com a ruína da construção-base, o direito de laje será extinto, salvo se este houver sido instituído no subsolo ou (*sic*) se o imóvel ruinoso não for reconstruído no prazo de cinco anos (art. 1.510-E).

III – ASPECTOS TRIBUTÁRIOS E PROPOSTAS

Na seara tributária, o Código Civil limitou-se a dizer que o titular do direito de laje responderá pelos encargos e tributos incidentes sobre sua unidade (art. 1.510-A, §2º). Mesmo que não existisse tal menção, a incidência tributária não seria prejudicada, pois, como a laje possui disposição legal, seus efeitos derivam de

relações jurídicas, o que, por si só, constrói fato gerador para os tributos eventualmente incidentes[viii].

Por estarmos tratando de um direito real imobiliário, é certo que a laje traz interesse nos estudos a respeito da incidência dos tributos que incidem sobre a propriedade ou posse imobiliárias, tais como o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) e o Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU).

Neste tópico, serão sucintamente analisados os aspectos de incidência do ITBI e do IPTU relativos à existência do direito real de laje e, também, apresentadas algumas propostas sobre como a regularização de imóveis informais pode ser veiculada por meio de mecanismos tributários menos onerosos, de forma com que se incuta um comportamento voluntário para sua persecução. Não se limitando ao aspecto dogmático típico dos trabalhos jurídicos, este escrito tentará trazer consigo um sucinto conjunto de propostas para a concretização do direito de laje através do viés fiscal.

No que toca ao ITBI, não se notam maiores complexidades práticas (ao menos inicialmente) quanto à instituição da laje. Incidindo sobre transmissão *inter vivos* a título oneroso de bens imóveis, de direitos a eles relacionados (exceto os de garantia) e sobre cessão de direitos de aquisição (CRFB, art. 156, II), o Imposto em questão ganha incidência quando da instituição (onerosa) do direito de laje, pois se trata de um direito real imobiliário sobre coisa alheia. Aqui, em tese, ter-se-á incidência do ITBI na disposição onerosa que o titular do direito de laje fizer a terceiros ou ao titular da construção-base, bem como nas relacionadas à sobrelaje (novo direito de laje instituído sobre uma laje superior previamente existente, na forma do art. 1.510-A, §6º do Código Civil).

Os casos acima atraem a incidência do ITBI dentro da segunda parte da redação do inciso II do art. 156 da Constituição republicana (*transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia. [...]*). Ocorrendo com o devido registro no Cartório de Registro de Imóveis competente, o fato gerador grifado se configura no momento em que o proprietário do imóvel se despede da plenitude de algum dos atributos inerentes à propriedade e, com esses atributos, constrói novo direito real e o transfere onerosamente a terceiro[viii].

Aqui, uma questão de maior nota que no momento surge está nos casos em que o titular da laje transfere referido direito ao titular da construção-base. Nestes casos, quando da elaboração de suas respectivas leis tributárias, é recomendável aos Municípios que estabeleçam cálculo distinto em tais transações, pois, se os contribuintes envolvidos já pagaram ITBI num primeiro momento, cobrar referido imposto novamente numa transmissão envolvendo as mesmas partes pode terminar criando uma hipótese de *bis in idem*.

No caso do parágrafo anterior, uma estratégia para evitar maiores divergências ou percalços práticos está na verificação, por parte dos Municípios, da finalidade que será dada pelo titular da construção-base à laje anteriormente instituída em seu imóvel e que regressou ao seu poder: um uso a título próprio ou direto (ou seja, uma laje transmitida ao titular da construção-base para este mesmo utiliza-la para moradia ou afins) pode caracterizar hipótese de não incidência (isenção) ou, ao menos, tributação com alíquota menor, a exemplo do que acontece com as leis municipais que, em geral, estabelecem isenção ou tributação menor para os casos de usufruto em imóveis. Vide os casos dos municípios de São Paulo^[ix], São Bernardo do Campo^[x] e São José dos Campos^[xi].

Ainda sobre o aspecto quantitativo do ITBI nos casos que envolvem o direito real de laje, é necessário lembrar que o intuito do legislador foi trazer para a regularidade conjuntos de moradias informais muitas vezes formadas por pessoas de baixa renda, sendo o novo direito real a ponte para que isso se realize. Por tal razão, uma proposta para os Municípios será a especial atenção para a situação concreta encontrada em seus respectivos territórios e, assim, buscar um meio menos oneroso para a instituição da laje.

Para tanto, com a sensibilidade necessária para as situações urbanísticas das moradias informais, é recomendável que os Municípios tributantes, ao estabelecerem suas respectivas alterações de legislação tributária para encobrir o direito real de laje, estabeleça alíquotas distintas e atrativas para os supostos contribuintes envolvidos na matéria.

Nesta situação, embora se reconheça ser o ITBI tributo essencialmente fiscal, a positivação do direito real de laje pode ter dado abertura para que tal imposto passe a ter uma faceta extrafiscal: visando o direito real de laje regularizar a

situação das moradias de pessoas de baixa renda (não exclusivamente, mas preponderantemente), um sistema tributário menos oneroso pode ser um instrumento para incutir nos contribuintes o comportamento buscado pelo legislador civil, atraindo-os a buscar o devido registro de suas relações jurídicas junto ao registro imobiliário.

Aqui, outra proposta para os Municípios está, portanto, no estabelecimento de critérios mais atrativos para que os contribuintes busquem a regularização urbana voluntariamente, sendo a motivação focada no aspecto quantitativo do tributo em estudo. Dessa forma, o intento do legislador será atingido.

Quanto ao Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU), em tese, tem-se que referido imposto não incidirá sobre a titularidade do direito real de laje, tendo em vista que o exercício de outro direito real imobiliário que não seja a propriedade não é apto a atrair o fato gerador do IPTU.

Segundo a Constituição Federal[xii] e o Código Tributário Nacional[xiii], o fato gerador do IPTU é a propriedade, domínio útil ou posse (essa com *animus domini*, como o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de salientar[xiv]) de bem imóvel localizado em área urbana. Da forma como o Código Civil apresentou o direito de laje, sua titularidade não tem o condão de conceder ao seu titular fração ideal da construção-base. Em sentido menos técnico e mais didático, significa dizer que o titular do direito de laje não é condômino ou coproprietário do imóvel sobre o qual a laje foi instituída.

Com tal disposição feita pelo Código Civil (mais especificamente seu art. 1.510-A, §4º), embora o titular do direito real de laje exerça posse sobre a parcela imobiliária sobre a qual a laje foi consagrada, e ainda que se reconheça seu intuito de estabilidade perante o tempo, referida posse não será adjetivada com o caráter *animus domini* ou *ad usucapionem* (tal possibilidade ou não, de cunho mais complexo, escapa da intenção do presente trabalho), o que, nesse sentido, afasta de vez qualquer possibilidade de, *a priori*, o titular do direito real de laje ser considerado como contribuinte de IPTU.

Todavia, isso não significa dizer que o IPTU será afastado em todos os casos onde o direito real de laje estiver envolvido pois, mesmo que se admita que o titular do direito real de laje não é um contribuinte de IPTU num primeiro

momento, se admite, por técnica tributária, que seja classificado como responsável tributário. Explique-se.

Como previsto no Código Tributário Nacional^[xv], o responsável tributário é o sujeito de direitos que, sem ostentar o *status* de contribuinte, foi eleito pela lei para o cumprimento dos ônus (pecuniários ou não) derivados da incidência tributária. Significa dizer que os Municípios estão habilitados para, em suas legislações tributárias, eleger os titulares do direito real de laje como responsáveis pelo pagamento do imposto incidente sobre a construção-base.

E é comum que as leis municipais qualifiquem os titulares de direitos reais imobiliários que não sejam proprietários como responsáveis pelo IPTU. Como exemplo, cite-se o que dispõe a Lei Complementar nº 319, de 23 de maio de 2007 do Município de São José dos Campos que, para o presente caso, será tida como modelo para a situação em estudo:

Art. 7º - São solidariamente responsáveis pelo pagamento do Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana: o co-proprietário; o compromissário comprador; o superficiário; o titular do direito de usufruto, uso, enfiteuse ou fideicomisso; os cessionários; e os sujeitos de permissão, concessão e de concessão ou permissão de direito real de uso, ainda que de imóvel pertencente à União, ao Estado, ao Município, ou a qualquer pessoa isenta do imposto ou a ele imune.

Parágrafo Único - Aplica-se o disposto no "caput" deste artigo, sem prejuízo das regras prescritas na Seção II, do Capítulo IV e V, do Título II, do Código Tributário Nacional - Lei Nacional nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

Perceba-se que o mecanismo dado pelo dispositivo supra permite que diversos titulares de outros direitos reais que não a propriedade possam ser reconhecidos como responsáveis pelo adimplemento de IPTU que, em tese, é de atribuição primária do proprietário do imóvel. Tal responsabilidade é de caráter solidário, na forma como trazida pelo art. 124 do Código Tributário Nacional^[xvi]. Embora com fórmulas mais elásticas, muitos outros Municípios aplicam

mecanismo semelhante ao exposto em linhas supra, tais como Guarulhos^[xvii] e São Paulo^[xviii].

Como já apresentado, a responsabilidade dos titulares do direito real de laje em casos de IPTU poderá ser classificada como solidária. Como aqui utilizamos o termo “responsabilidade solidária”, algumas notas devem ser tomadas para que os Municípios tomem as devidas cautelas para tal estratégia de tributação.

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que a atribuição de responsabilidade, derivada da lei, não deve ser arbitrária. Significa dizer que o legislador municipal não está livre para simplesmente distribuir responsabilidades a qualquer pessoa sem que isso não possua nenhuma relação com o fato tributável. Significa dizer, pois, que as pessoas que serão classificadas como responsáveis para fins tributários devem possuir algum tipo de ligação com o fato tributável ou com o contribuinte do imposto que, no campo da lógica, possa ser justificado.

A dita ligação lógica que deve existir nos fatos característicos eleitos pelo legislador municipal deve, antes de tudo, pautar-se também no princípio da proporcionalidade: deve possuir uma justificativa plausível na ligação dos sujeitos e dos fatos para a finalidade essencial da legislação, que é a de atribuir sujeição passiva idônea a determinados sujeitos sem que isso incorra em excessos, incoerências e inaplicabilidades práticas.

Em exercício mental básico, perceber-se-á que a eleição legal de um responsável tributário é coerente ou não quando se analisa, no caso concreto, se o sujeito escolhido possui algum tipo de vínculo, ainda que indireto, com o fato gerador, independentemente de este ter ocorrido antes ou após a dita escola. Como exemplo, não se nega que um distribuidor de mercadorias, fazendo parte de uma cadeia produtiva, tenha ligação com a tributação incidente sobre a circulação de mercadorias praticada anteriormente ou que ainda será realizada dentro de tal elo.

Em segundo lugar, e complementando a situação anterior, percebe-se que o art. 124 do CTN traz duas hipóteses para o reconhecimento da solidariedade tributária: **a)** a designação legal e **b)** os casos em que os nomeados como responsáveis tenham interesse no fato gerador. Neste caso, ainda que o apelo à

lógica persista, também é possível encaixar o titular do direito de laje como responsável solidário com base no interesse no fato tributável pelo fato de, como já exposto no tópico anterior deste escrito, o direito real de laje possuir a anterior propriedade imobiliária como um pressuposto para a sua existência (a laje demanda que um sujeito possua prévia propriedade de bem imóvel). Logo, haverá, para o titular do direito de laje, uma demanda pela existência do fato gerador do IPTU, que é a propriedade da construção-base.

Além do mecanismo da responsabilidade tributária mencionada nas linhas acima, também é possível, aqui, enxergar mais uma manifestação da matriz extrafiscal do IPTU, que pode (e deve) ser levada em conta pelos Municípios quando do planejamento de suas atualizações de legislação tributária.

Como já apresentado anteriormente, o intuito do direito real de laje foi o de levar edificações informais para a regularização. Dessa forma, assim como trabalhado para o ITBI, uma proposta válida para o caso do IPTU está no estabelecimento, pelos Municípios, de áreas economicamente desfavorecidas onde potencialmente possa existir uma relevante demanda pela instituição do direito real de laje em favor de seus moradores e, ali, como instrumento de incentivo à regularização, estabelecer alíquotas e bases de cálculo menos onerosas para os titulares de imóveis que, sobre suas construções-bases, estabelecer direito real de laje, seja por isenção ou por benefícios tributários diversos que traduzam motivação à regularização registral voluntária.

Dando fechamento ao presente tópico, percebe-se que as propostas para ambos os impostos giram em dois núcleos: indução de um comportamento territorial por intermédio da tributação e planejamento integrado com outros mecanismos de ordem urbanística.

No primeiro núcleo, a imputação de alíquotas e bases de cálculo mais atrativas aos fatos geradores envolvendo o direito real de laje incute nos sujeitos interessados a ideia de que a formalização do mesmo por via registral não é tão onerosa quanto se pensava, fazendo com que busquem voluntariamente a regularização de seus imóveis. Tal ideia casa com a noção de função social do direito real de laje, pois, se o intuito deste é buscar a regularização fundiária, isso pode ser feito voluntariamente pelos envolvidos com o estabelecimento de

tributação com aspecto quantitativo menos oneroso que a generalidade dos fatos impositivos.

Já o segundo núcleo, por sua vez, complementa o primeiro. Como trabalho alhures, a laje, mesmo antes de sua classificação jurídica no bojo do Código Civil, já era há muito tempo exercida informalmente, especialmente nos agregados urbanos mais pobres das cidades. Com isso, para um idôneo comportamento territorial, os Municípios devem, antes de lançar mão dos instrumentos tributários incentivadores mencionados anteriormente, analisar suas divisões populacional e territorial e, com isso, identificar as regiões que, agravadas com o *status* de periferia e com potencial demanda de regularização das áreas já caracterizadas como laje, estabeleçam para tais regiões os mecanismos de incentivo tributário expostos em linhas supra.

Para a consecução do objetivo mencionado no parágrafo anterior, devem os Municípios, antes de lançar mão de instrumentos fiscais, verificar seus instrumentos urbanísticos em vigor (Plano Diretor, Leis de Uso e Ocupação do Solo e de Zoneamento, leis ambientais e afins) para, com isso, ter uma clara noção de quais são as áreas em que devem agir sob o viés tributário. Com esse “mapeamento tributário”, os Municípios poderão elaborar planos de ação para a viabilização da indução de comportamento aos contribuintes e responsáveis e, com isso, terminando até mesmo por viabilizar outras políticas públicas.

IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feito o estudo básico sobre o direito de laje, a conclusão do presente trabalho não pode escapar da ideia de que o “novo” instituto causará uma abrupta mudança de cultura na sociedade urbana brasileira, especialmente por conta da busca pela regularização do crônico *déficit* imobiliário e pela relativa sensibilização legislativa à sua concretização.

Da filosofia do instituto, também ficou claro que os Municípios (e o Distrito Federal, dada sua natureza *sui generis*) terão papel primordial para a aplicação prática do direito de laje, devendo estabelecer mecanismos para que o fim social do novo mecanismo seja atingido através da facilitação de procedimentos e da inovação de tratamento.

Na esfera tributária, foi perceptível que as maiores complicações práticas serão advindas do que as Fazendas Públicas municipais (e distrital) entenderão sobre o que virá a ser responsabilidade tributária no campo do IPTU. Aqui, além da razoabilidade, foram trabalhados aspectos básicos que poderão servir de norte para uma idônea compreensão do que vem a ser “responsável” no campo do direito real de laje. Quanto ao ITBI, divagações sobre a influência no comportamento dos contribuintes através de um tributo com aspecto quantitativo mais atrativo foi o foco da questão.

Concluindo, brevemente, pode-se dizer que a inovação trazida ao Código Civil demandará novos mecanismos de tratamento tributário para, concomitantemente, permitir uma efetiva arrecadação tributária e facilitar o acesso à moradia digna por parte dos cidadãos. Aqui, não se diz arrecadação efetiva sob o viés quantitativo mas, sim, qualitativo, obedecendo aos limites constitucionais e principiológicos além da busca pelo comportamento territorial devido de regularização.

Como propostas para a esfera municipal, o presente trabalho abordou **a)** para o ITBI, a abertura de uma veia extrafiscal para sua utilização, podendo os Municípios estabelecer bases de cálculo e alíquotas menos onerosas para os atos jurídicos que envolverem o direito real de laje e **b)** para o IPTU, além do reconhecimento da responsabilidade tributária para os titulares do direito real de laje, se atribua a determinadas áreas menos favorecidas economicamente uma base de cálculo distinta para os imóveis em que houver laje instituída, servindo isso, também com caráter extrafiscal, como incentivo para a busca, pelos contribuintes e demais sujeitos envolvidos, de regularização de seus imóveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **O direito real de laje não é um novo direito real, mas um direito de superfície.** Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-02/direito-laje-nao-direito-real-direito-superficie>>. Acesso em 21/03/2019.

ARRUDA, Sande Nascimento de. **Direito real de laje: um instrumento de inclusão urbana e de reconhecimento ao direito humano a moradia.** Disponível em <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19628&revista_caderno=7>. Acesso em 19/03/2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Publicada no Diário Oficial da União em 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Publicada no Diário Oficial da União em 27 de outubro de 1966.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Publicada no Diário Oficial da União em 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 349.019/SP. Relator Ministro Herman Benjamin. Julgado em 19 de setembro de 2013.

MINARDI, Josiane. **Manual de Direito Tributário**. 5 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018.

MUNICÍPIO DE GUARULHOS. Lei nº 2.210, de 27 de dezembro de 1977. Institui o Código Tributário de Guarulhos. Publicada em 27 de dezembro de 1977.

MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO. Lei nº 3.317, de 21 de abril de 1989. Institui o Imposto sobre a Transmissão Inter Vivos de Bens Imóveis, e dá outras providências. Publicada em 21 de abril de 1989.

MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS. Lei Complementar nº 383, de 07 de janeiro de 2009. Dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão "Inter Vivos" de Bens Imóveis e dá outras providências. Publicada em 07 de janeiro de 2009.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Lei nº 11.154, de 30 de dezembro de 1991. Dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão "Inter Vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos à sua aquisição, e dá outras providências. Publicada na Secretaria de Governo Municipal em 30 de dezembro de 1991.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Decreto nº 58.420, de 14 de setembro de 2018. Aprova a Consolidação das Leis Tributárias do Município de São Paulo. Publicada no Diário Oficial da Cidade em 15 de setembro de 2018.

NETO, Sebastião de Assis; JESUS, Marcelo de; e MELO, Maria Izabel. **Manual de Direito Civil**. 6 ed. rev, atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2017.

PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência**. 11 ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2017.

SANTOS, Milton. **O Espaço do Cidadão**. 7 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014.

NOTAS:

[i] ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **O direito real de laje não é um novo direito real, mas um direito de superfície**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-02/direito-laje-nao-direito-real-direito-superficie>>.

[ii] LOUREIRO, Francisco Eduardo. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência**. 11 ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2017. pp. 1515-1516.

[iii] ARRUDA, Sande Nascimento de. **Direito real de laje: um instrumento de inclusão urbana e de reconhecimento ao direito humano a moradia**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19628&revista_caderno=7>

[iv] SANTOS, Milton. **O Espaço do Cidadão**. 7 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014. pp. 62-63.

[v] LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Op cit.*

[vi] NETO, Sebastião de Assis; JESUS, Marcelo de; e MELO, Maria Izabel. **Manual de Direito Civil**. 6 ed. rev, atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2017. pp. 1282-1283.

[vii] Código Tributário Nacional, art. 116: Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

[...]

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

[viii] MINARDI, Josiane. **Manual de Direito Tributário**. 5 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodium, 2018. p. 1300.

[ix] Lei Municipal nº 11.154, de 30 de dezembro de 1991, art. 9º.

[x] Lei Municipal nº 3.317, de 21 de abril de 1989, art. 11.

[xi] Lei Complementar Municipal nº 383, de 07 de janeiro de 2009, art. 7º.

[xii] Art. 156, I.

[xiii] Art. 32, *caput*.

[xiv] AgRg no AREsp nº 349.019/SP. Rel. Min. Herman Benjamin. 2ª Turma. Julgado em 19/09/2013.

[xv] Art. 121, inciso II.

[xvi] Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

[xvii] Lei Municipal nº 2.210, de 27 de dezembro de 1977, art. 11.

[xviii] Decreto Municipal nº 58.420, de 14 de setembro de 2018, art. 11.

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E SUA (IM)POSSIBILIDADE: ANÁLISE CONSTITUCIONAL, POLÍTICA E SOCIAL

JOSÉ ANTÔNIO NEVES NETO: Advogado, pós-graduando em Direito Penal, Processual Penal e Segurança Pública pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo analisar uma hipotética redução da maioria penal, enfocando se há possibilidade e viabilidade no âmbito jurídico, político e social, confrontando vertentes e propondo estudos comparados, no intuito de chegar-se a um avanço concreto. Apresenta, outrossim, minuciosa diligência quando do exame constitucional, vez que representa majoritária parcela do debate. Demonstra, ainda, a ineficácia estatal em suas políticas públicas, visivelmente no campo preventivo e, igualmente, no repressivo, falhando no cumprimento do poder punitivo. Será abordado, também, o sistema prisional, que influi frontalmente na problemática da ressocialização e, por corolário, na maioria penal, *idem*. Ao final, expõem-se as considerações finais, tendo por objetivo esclarecer o estudioso a respeito dos institutos contemplados ao longo do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Maioridade Penal; Sistema Prisional; Constitucionalidade; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The present article's scope is to analyze a hypothetical reduction of the penal legal age, focusing on it's possibility and viability in the legal, political and social area, confronting different positions and submitting comparisons, aiming an material advance. The article also contains minutious diligence when it comes to the constitutional analysis, considering it represents the majority part of the discussion. It still demonstrates the failure of the state's public policies, especially in both prevention and repression, showing the fall of the punishment system. The work includes an approach to the prisional system, which interferes directly in the rehabilitation issue, and, therefore, in the legal age, *idem*. In the end there will be exposed the final considerations, which goal is to make the studios reach the understanding of the institutes contemplated by this work.

KEY-WORDS: Penal Majority Age; Prisional System; Constitutionality; Fundamental Rights.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1 A MAIORIDADE PENAL 2 FUNDAMENTOS PARA MAIORIDADE PENAL 3 CRITÉRIOS PARA AFERIR A MAIORIDADE PENAL 3.1 O CRITÉRIO BIOLÓGICO 3.2 O CRITÉRIO PSICOLÓGICO 3.3 O CRITÉRIO BIOPSIOLÓGICO 3.4 O POSICIONAMENTO BRASILEIRO 4 ANÁLISE POLÍTICA 5 ANÁLISE CONSTITUCIONAL 5.1 A MAIORIDADE PENAL: CLÁUSULA PÉTREA 6 ANÁLISE SOCIAL 6.1 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS 8 REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O tema da maioridade penal e sua proclamada redução é diuturnamente estudado por toda a sociedade, que se encarrega de defender veemente seus posicionamentos. Mesmo que por um efêmero momento o assunto fique sobrestado, é suficiente a divulgação de crimes chocantes pela mídia para que, rapidamente, se rejuvenesça a contenda.

No entanto, ao revés do que se vê nos discursos prontos, a matéria em objeto não poderia ser pesquisada em seio de “senso comum”, mas sim sob o adequado método científico, com fulcro no ordenamento jurídico e, também, em boa medida, na questão social que circunda a questão.

A grande participação de adolescentes em empreitadas criminosas requer uma análise técnica-procedimental dos institutos correlatos ao tema, notadamente amparados no Direito Constitucional, Penal e Processual Penal, a fim de perquirir-se sobre a viabilidade ou não dos incessáveis projetos que reivindicam a redução da maioridade penal.

É nesse quadro que emerge, efetivamente, a necessidade de novos enfoques de pesquisa. A fúnebre situação pelo qual tem ficado refém a coletividade demanda propostas e soluções que só poderão vir a ser adotadas se tomadas com base em políticas públicas sensatas e pautadas em indispensáveis investigações acerca do assunto.

Nesse cenário de numerosas dissensões e poucas notas explicativas é que ganha forma uma abordagem holística da questão em apreço, sendo lícito acrescentar: nunca olvidando a axiologia e a teleologia.

1. A MAIORIDADE PENAL

A maioridade penal é a idade a partir da qual o indivíduo pode ser processado e julgado através dos procedimentos comuns estabelecidos pelo *Ius Puniendi* estatal, na esfera penal. Trata-se do marco divisório entre o inimputável e o imputável. É dizer: tem-se por maior aquele no qual o ordenamento jurídico considera plenamente capaz de responsabilização por seus atos, tendo em vista sua presumida aptidão para tanto.

A maioridade penal é fixada tomando-se por base a política criminal, isto é, cada Estado soberano, perante uma análise de política criminal, determina como se marca a maioridade. Importa repisar: cuida-se de conteúdo estipulado e estabelecido por cada Estado-nação, integrando o conceito de direito positivo, vigente. Não existe uma fórmula universal ou preestabelecida para se adotar. Portanto, sendo opção de cada país eleger como se regula a maioridade penal, fundamental compreender que esta varia de local para local, não sendo um conceito imutável. Mirabete esclarece:

O limite para a idade penal é diferente em diversos países. Esse mesmo limite de idade para a imputabilidade penal é consagrado na maioria dos países (Áustria, Dinamarca, Finlândia, França, Colômbia, México, Peru, Uruguai, Equador, Tailândia, Noruega, Holanda, Cuba, Venezuela, etc.). Entretanto, em alguns países podem ser considerados imputáveis jovens menor de idade, como: 17 anos (Grécia, Nova Zelândia, Federação Malásia); 16 anos (Argentina, Birmânia, Filipinas, Espanha, Bélgica, Israel); 15 anos (Índia, Honduras, Egito, Síria, Paraguai, Iraque, Guatemala, Líbano); 14 anos (Alemanha, Haiti); 10 anos (Inglaterra). Algumas nações, porém, ampliam o limite até 21 anos (Suécia, Chile, Ilhas Salomão, etc.). Entretanto, há países em que funcionam tribunais especiais (correcionais), aplicando-se sanções diversas das utilizadas em caso de adultos. (MIRABETE, 2008, p. 214).

No Brasil, a maioridade penal, tal qual a civil, inicia-se aos 18 anos. A previsão legal pode ser encontrada no art. 27 Código Penal^[1], bem como no art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente^[2]. Não obstante, é na Constituição Federal de 1988, art. 228, que com mais pujança se assenta a maioridade penal

brasileira: são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas de legislação especial.

Não se pode olvidar que a esfera penal não se confunde com a cível, tampouco com a administrativa. Uma mesma conduta pode ser considerada infração penal e ser indiferente para o campo cível, como também pode ocorrer de ser relevante para ambos. Precisa é a lição de Igor Luis Pereira e Silva:

Uma determinada conduta pode caracterizar um ilícito civil, administrativo e penal ao mesmo tempo. Nesse caso, não há violação do princípio do *ne bis in idem*, que estabelece que ninguém poderá ser responsabilizado mais de uma vez pela prática de um determinado crime, pois as instâncias são em princípio independentes. (SILVA, 2012, p. 65).

Evidentemente, regras comportam exceções. Neste sentido, mister ressaltar que há hipóteses em que uma esfera pode interferir na outra, notadamente quando se está diante da área criminal. No Direito penal, caso seja o agente absolvido e fique demonstrada a inexistência do fato ou a negativa de autoria, o agente haverá de ser absolvido, invariavelmente, nas demais esferas que porventura esteja sendo processado.

A explicação é simples: o campo penal constitui a *ultima ratio* do Estado, que tutela os bens tidos como mais importantes, sendo considerado aquele que só deve ser utilizado quando os outros âmbitos não forem adequados, dada a gravidade do bem jurídico atingido. Em virtude do exposto, o processo penal é muito mais complexo que qualquer outro processo. Exige-se prova mais patente, mais sólida e substancial do que, por exemplo, no âmbito cível. Neste diapasão, na hipótese de pairar qualquer dúvida acerca do crime, deve-se proceder em benefício do réu, como consagrado pelo velho brocardo latino *in dubio pro reo*. Assim, provada a inexistência do fato ou a negativa de autoria no campo criminal, tendo em vista sua maior complexidade, a absolvição nas demais esferas torna-se imperativa.

2. FUNDAMENTOS PARA MAIORIDADE PENAL

Em tudo há uma razão de ser. O marco da maioria penal funda-se na crença de que a criança em desenvolvimento necessita de tratamento diferenciado, partindo-se do pressuposto de que o procedimento comum (aquele dirigido ao imputável) figura-se inadequado ao ser humano em desenvolvimento. O raciocínio é irrefutavelmente lógico.

Consequente, os Estados passaram a procurar definir uma idade em que se presume capaz o indivíduo, a fim de que possa responder por seus atos. Salutar compreender que os critérios escolhidos diferem entre os ordenamentos jurídicos – não somente nos critérios que verificam a maioria penal, mas especialmente os variados sistemas jurídicos. Devem, aqui, receber enfoque os dois principais sistemas jurídicos, quais sejam, o *civil law* (também reconhecido por direito romanístico) e o *common law* (ou direito costumeiro, jurisprudencial). O Brasil traz em sua origem o suporte no direito romanístico, tendo a lei como principal fonte. Os países costumeiros trazem a jurisprudência e o costume jurídico enraizado como fonte normativa mais proeminente.

Miguel Reale aponta o direito costumeiro em face do romanístico:

Ao lado dessa tradição, que exagera e exacerba o elemento legislativo, temos a tradição dos povos anglo-saxões, nos quais o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisprudência do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentares. Trata-se, mais propriamente, de um Direito misto, costumeiro e jurisprudencial. Se, na Inglaterra, há necessidade de saber-se o que é lícito em matéria civil ou comercial, não há um Código de Comércio ou Civil que o diga, através de um ato de manifestação legislativa. O Direito é, ao contrário, coordenado e consolidado em precedentes judiciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios. Já o Direito em vigor nas Nações latinas e latino-americanas, assim como também na restante Europa continental, funda-se, primordialmente, em enunciados normativos elaborados através de órgãos legislativos próprios. (REALE, 1998, p. 142).

E arremata: “temos, pois, dois grandes sistemas de Direito no mundo ocidental, correspondentes a duas experiências culturais distintas, resultante de múltiplos fatores sobretudo de ordem histórica” (REALE, 1998, p. 142).

O progresso do direito brasileiro nos mostra que é profundamente difícil falar-se em sistema puro, como nos tempos que prelecionava o ilustre Miguel Reale. Nos tempos atuais, o avanço jurídico em termos de estudo comparado é nítido, buscando influências nas mais diversas localidades do globo, formando um modelo misto, contemplando uma miríade de heranças externas. É o que adverte Fredie Didier:

O sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (daí a consagração de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente, do *devido processo legal*) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade *difuso* (inspirado no *judicial review* estadunidense) e *concentrado* (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas etc.). (DIDIER, 2014, p. 42).

E conclui com a seguinte linha:

O Direito brasileiro, como seu povo, é miscigenado. E isso não é necessariamente ruim. Não há preconceitos jurídicos no Brasil: busca-se inspiração nos mais variados modelos estrangeiros, indistintamente. Um exemplo disso é o sistema de tutela de direitos coletivos: não nos consta que haja em um país de tradição romano-germânica um sistema tão bem desenvolvido e que, depois de quarenta anos, tenha mostrado bons resultados concretos. A experiência jurídica brasileira parece ser única; é um

paradigma que precisa ser observado e mais bem estudado. (DIDIER, 2014, p. 43)

Não há como discordar da nova doutrina quando afirma que incabível falar em sistema único/puro. Entretanto, ainda assim, perdura a linha até então advogada, qual seja, a imensa diferença entre os países de origem jurídica distintas, em que pese o passar tempo nos mostrar uma tendência de miscigenação. Em verdade, a tradição jurídica preponderante ainda exerce pujante força sobre o Estado, resultando em cristalina diversidade de posicionamentos. Portanto, Fredie Didier está correto quando informa dos fatores supervenientes, mas a lição de Miguel Reale ainda está em uso, ainda serve como parâmetro.

À vista disso, a maioria penal adquire diferentes sentidos conforme o sistema jurídico pelo qual se assenta. Nos Estados Unidos, por exemplo, há a possibilidade de um “menor”, isto é, um juvenil, ser julgado como adulto, mediante os ritos comuns do sistema punitivo, desde que o Poder Judiciário entenda que é cabível e adequado ao caso concreto, respaldando-se em jurisprudência consolidada ou mesmo *leading cases*. Veja-se, por exemplo, o que ocorreu no caso *Graham v. Florida*. O então juvenil Terrance Jamar Graham, à época com 16 anos, foi condenado à *prisão perpétua*, após tentativa de roubo em restaurante e, posteriormente, roubo consumado em invasão domiciliar[3]. A condenação vitalícia foi, *a posteriori*, reformada pela Suprema Corte. No caso em tela alegou-se que a pena perpétua era severíssima e violar-se-ia a oitava emenda. Entrementes, no caso *Harmelin v. Michigan*, a Suprema Corte americana manteve uma sentença de prisão perpétua por posse de cocaína[4].

É clarividente que não se defende postura semelhante. As respectivas penas representam manifesta agressão aos princípios fundamentais, lembrando que a Constituição da República Federativa do Brasil repele as de caráter eterno, bem como cruel. O que se pretende é provar que a maioria penal não tem sentido substancial universal, ou seja, não há como discutir como se fosse assunto igualitário em qualquer local. No Brasil, como já é cediço, um menor não será julgado como se maior fosse, sendo irrelevantes os dados do caso concreto, se comprovado que era realmente menor de idade. Daí poder-se dizer que os sistemas jurídicos tradicionais ainda exercem, sim, influência em seus Estados.

Outro ponto precisa ser posto: mesmo inserido no contexto de determinado país, há, ainda, como a maioria penal ser variável. Tome-se novamente o exemplo dos Estados Unidos. A origem é de qualidade centrípeta, significa dizer, de fora para dentro. Estados autônomos se uniram para formar a Federação. Consequente, têm os estados americanos imensa competência para legislar, ao passo que a "União" não se preocupa tanto com políticas locais. No Brasil ocorre o inverso, temos uma origem centrífuga, onde os estados tem competência residual^[5].

Assim, os fundamentos para a maioria penal sofrem inconstâncias em virtude do espaço e tempo em que estão postos. Hodiernamente, a Constituição Federal garante total proteção à criança e ao adolescente, coadunando-se aos preceitos internacionais de respeito à pessoa humana. Nesse sentido existe a previsão do ECA, legislação especial que visa tutelar de forma adequada a criança e o adolescente. Observe-se o inciso V, § 3º do art. 227, CF/88:

§ 3º. O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

(...)

V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade; (BRASIL, Constituição, 1988).

Nota-se que, no que diz respeito à tutela do jovem infrator, pouca ênfase recebe a qualidade repressiva do sistema punitivo, prevalecendo o caráter preventivo e com vistas à ressocialização.

3. CRITÉRIOS PARA AFERIR A MAIORIDADE PENAL

São elencados, basicamente, três critérios-pilares para se verificar a imputabilidade, quais sejam: biológico, psicológico e biopsicológico. Impende esclarecer que, neste tópico, a discussão cinge-se no âmbito da imputabilidade referente à maioria, excluindo-se os aspectos da sanidade mental.

3.1 O CRITÉRIO BIOLÓGICO

Pelo método biológico, adota-se uma idade padrão para ser o marco divisório entre o inimputável e o imputável. Também chamado de critério etiológico, presume-se que, a partir da idade predefinida, o indivíduo é capaz de responder por sua conduta. Desse modo, não há qualquer fase de transição: ou o agente é imputável ou não é.

Não há, aqui, necessidade de qualquer exame ou perícia, sendo necessária tão somente a comprovação (normalmente documental) da data de nascimento, a fim de se aferir se poderá ou não ser responsabilizado por intermédio dos ditames ordinários.

3.2 O CRITÉRIO PSICOLÓGICO

Diferentemente do critério biológico, não há o marco de divisão entre faixa etária. Pelo parâmetro psicológico, levam-se em consideração as condições psíquicas do indivíduo. Busca-se saber o que levou o agente a cometer o crime e se tinha condições ou não de compreender o caráter ilícito de sua conduta. Existe a necessidade categórica de exame, especificamente psiquiátrico, efetuado por profissional habilitado, com vistas a analisar a capacidade de discernimento do indivíduo.

3.3 O CRITÉRIO BIOPSIOLÓGICO

Também reconhecido como critério misto, ganha relevo quando do estudo do desenvolvimento mental do agente, estudando tanto o aspecto psicológico (capacidade de discernimento) como o biológico (idade predefinida).

3.4 O POSICIONAMENTO BRASILEIRO

Em primeiro instante, cumpre dizer que antes de apontar o critério pátrio é preciso reforçar a ideia de que o presente artigo restringe-se ao debate referente à maioridade, não comportando o estudo relacionado ao desenvolvimento mental do agente (doenças mentais etc.), posto que tal distinção fará diferença na prática.

Costuma-se dizer que o Brasil adotou o critério biopsicológico como regra, e o biológico como exceção. A assertiva está correta, desde que inserida em contexto amplo, contemplando a análise do desenvolvimento mental (investigação da sanidade mental do agente). Contudo, no que tange à maioridade

penal *stricto sensu*, o ordenamento jurídico brasileiro optou pelo critério biológico puro, como se depreende do ensinamento de Damásio de Jesus:

O Código Penal adotou o sistema biológico para a maioria penal, sujeitando os menores de 18 anos à legislação especial (ECA). Cuida-se de presunção absoluta de inimputabilidade. Acatado o critério biológico, não é preciso que, em face da menoridade, o menor seja "inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento". A menoridade, fator biológico, já é suficiente para criar a inimputabilidade. Não se admite prova em contrário, como ter se casado ou ser um sábio. (JESUS, 2014).

Deveras, o Brasil optou pelo critério puramente biológico, vez que não há qualquer fase de transição. Aos 17 anos é inimputável, aos 18, imputável. Significa dizer: antes de completar os 18 anos reputar-se-á como menor independentemente de circunstâncias outras.

4. ANÁLISE POLÍTICA

A redução da maioria penal, seguindo-se com a ideia meramente hipotética de ser bem-vinda, teria de passar, inevitavelmente, pelo crivo do Poder Legislativo. Sim, uma vez ultrapassado o fervoroso embate sobre a viabilidade constitucional de uma redução, e aceitando-se a polêmica possibilidade, o próximo caminho seria através do legislador brasileiro. O Congresso Nacional é que estaria, agora, na incumbência de discutir o projeto. Destarte, não há como dissociar o aspecto político da questão da maioria penal. A matéria não é integralmente jurídica.

Portando, estar-se-ia adstrito à atuação legiferante. Trata-se de vereda perigosa, pois como é cediço o legislador não costuma ter precisão técnica, sendo guiado, normalmente, pelo bom senso, vez que sua função é eminentemente representativa.

Continuando o raciocínio, não é demais reconhecer que o belo modelo democrático, que visa a atender os anseios do povo, "democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo^[6]", também apresenta uma imperfeição: é que o

representante, de algum modo, há de agradar o eleitor, sob pena de não obter sucesso em sua carreira, mesmo que para isso precise agir de forma que sabe ser menos inteligente – afinal, seu trabalho é justamente refletir a voz do cidadão.

É o que se tem observado no cenário brasileiro. Às vistas dos posicionamentos radicais abordados por diversos segmentos da sociedade, o legislador vem sendo verdadeiro porta-voz, transmitindo aquilo que se deseja ouvir. O problema é que o presente tema não pode, jamais, ser assim analisado. Com efeito, trata-se de questão por demasiada complexa, além de importante, que não pode ser deixada ao simples bom senso. Exige-se, francamente, análise técnica.

Não obstante, uma crítica precisa ser feita: o político não pode se contentar em simplesmente reproduzir aquilo que lhe é demandado. O legislador não pode, ou não deveria, ser mero reproduzidor. Há em seu mister um dever de alcançar os fins sociais, logo, se o mesmo percebe que as percepções sociais são inconclusas e que deve proceder de outro modo, assim o deve fazer. O eleitor tem o seu voto como uma arma, e se vota em determinado candidato é porque o julga conhecedor dos problemas e embates públicos e da vida política. Portanto, em que pese o dever de prestar contas (sentido conotativo incluído), o representante deve manter-se fiel àquilo que acredita ser melhor para a sociedade.

No que tange ao aspecto político da maioria penal, conclui-se que não se pode definir como viável ou inviável a redução. A manifestação política é que decidirá, ou seja, é discricionário para o político manifestar seu posicionamento, sendo livre para tanto, devendo ser enfatizado que há a tendência de seguir sua banca de eleitores.

Destarte, dois pontos merecem destaque na análise do campo político: i) a análise mostra que, no campo político, a redução da maioria penal é aberta; ii) em que pese ser aberta, a vontade política é indispensável para a redução (ou manutenção) da maioria, vez que eventual projeto passaria pelo crivo do Poder Legislativo.

5. ANÁLISE CONSTITUCIONAL

Tudo o que se passa em um Estado Democrático de Direito necessita passar por uma análise constitucional. Aliás, é das primeiras questões a serem pensadas.

Sobre a magnitude do impacto de uma Constituição em determinado ordenamento jurídico, brilhante são as palavras do ministro Gilmar Ferreira Mendes:

O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta. (MENDES, 2012, p. 123).

Nas palavras de Hans Kelsen, encontrar-se-ia na Constituição “a ideia de um princípio supremo que determina integralmente o ordenamento estatal e a essência da comunidade constituída por esse ordenamento.” (KELSEN, 1981, p. 152). Uma das mais altas autoridades do Direito Constitucional, José Afonso da Silva, coroa a intelecção:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal. (SILVA, 2013, p. 48).

O que se pretende afirmar é que, seguramente, a Constituição da República de 1988 é o pico mais alto do ordenamento jurídico brasileiro, o vértice superior da célebre pirâmide kelsiana. Logo, tudo aquilo que se queira implementar no Estado há de ter o consentimento, seja expresso ou tácito, da Carta Magna. Nesse diapasão, uma suposta redução da maioria penal demanda uma análise constitucional, ou seja, uma apreciação fundamentada de compatibilidade entre a dita alteração legislativa e a Constituição Federal, pois, caso entenda-se que a

redução seria inconstitucional, tese amplamente defendida por autoridades e considerável parte da doutrina, chegar-se-ia à conclusão de que juridicamente impossível reduzir a maioria penal. Veja-se, por exemplo, o que disse o ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo: “a redução tem sido mal colocada, pois a Constituição tem isso como cláusula pétrea e, portanto, mexer nisso seria inconstitucional”. (CARDOZO, 2013). Rogério Greco, por outro lado, diz o seguinte:

Apesar da inserção no texto de nossa Constituição Federal referente à maioria penal, tal fato não impede, caso haja vontade política para tanto, de ser levada a efeito tal redução, uma vez que o mencionado art. 228 não se encontra entre aqueles considerados irreformáveis, pois não se amolda ao rol das cláusulas pétreas elencadas nos incisos I a IV, do §4º, do art. 60 da Carta Magna. (GRECO, 2013, p. 391).

Como é de fácil apreensão, existe forte divergência no que diz respeito ao enfoque constitucional da maioria penal. Não obstante, o centro da questão é comum em ambos os posicionamentos, e gira em torno das *cláusulas pétreas*. Antes de adentrar nesse mérito, cabe destacar qual inconstitucionalidade está em discussão. Como se sabe, a inconstitucionalidade pode ser material ou formal. Os vícios formais seriam aqueles que traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência (MENDES, 2012, p. 1108), já os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo ou aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou princípios estabelecidos na Constituição (MENDES, 2012, p. 1110). O quesito suscitado pela problemática da maioria penal envolve tão somente a dimensão material, vez que a polêmica é referente a uma agressão substancial ao texto magno, não cabendo falar em inconstitucionalidade formal, que se verifica *a posteriori*. Agora, pode-se avançar ao centro da controvérsia: as *cláusulas pétreas*.

5.1 A MAIORIDADE PENAL: CLÁUSULA PÉTREIA

Os operadores do direito, como demonstrado alhures, travam uma guerra grega em função do quesito em tela: a maioria penal – cláusula pétrea ou não? Passemos, assim, a essa diagnose.

As *fundamental clauses* estão alocadas no art. 60, § 4º da Constituição Federal, que diz o seguinte:

Art. 60, § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta 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. (BRASIL, Constituição, 1988).

Significa dizer que os elementos contidos nesses quatro incisos não podem ser abolidos, não tendo o legislador (nem ninguém) legitimidade para desfazer-se deles. O único meio para bani-las seria através de uma nova Assembleia Nacional Constituinte, o que, obviamente, não é o caso. A maioria penal estaria inserida, de acordo com doutrina de escol, no inciso IV, isto é, enquanto um direito fundamental. Ingo Sarlet nos dá uma ideia do que seria um direito fundamental: “ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana” (WOLFGANG, 2006).

O art. 5º da Carta Magna consagra um extenso rol de direitos fundamentais, evidenciando uma das maiores conquistas do povo brasileiro. Garantias como vedação ao tribunal de exceção, proibição da tortura e tratamento desumano, inviolabilidade da liberdade, da crença e do domicílio, juiz natural etc., foram alicerçadas na Constituição. Contudo, não se encontra a maioria penal no art. 5º, como se observa no art. 228 – é este um dos argumentos daqueles que são favoráveis à redução da maioria penal.

Posto que a proteção da maioria penal não venha consagrada no rol do art. 5º, poder-se-ia atestar que não se trata, então, de um direito fundamental?

Absolutamente não, o fato de determinado direito não constar no rol dos direitos fundamentais não implica dizer que o mesmo não é direito fundamental. Não se pode

olvidar a vontade da Constituição, os seus elementos intrínsecos, sua análise contextual, daí se falar em interpretação *conforme a Constituição*. Nesse diapasão, nada impede que existam direitos fundamentais não expressos no art. 5º, bastando a anuência da Constituição para que algum direito possa ser classificado como fundamental, vale dizer: é o seu teor como um todo, em toda sua conjuntura, que estabelece um direito como fundamental ou não(...).

Não obstante, para que não restasse qualquer dúvida, a Constituição Federal dispôs, no parágrafo segundo do art. 5º, o seguinte: 'os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte'. (NEVES NETO, 2014, p. 79).

Isto posto, infere-se que o simples fato de não encontrarmos a maioria penal no art. 5º não nos permite atestar que a mesma não seja. É de se reconhecer, numa interpretação sistêmica: a maioria penal é uma proteção especial à criança e ao adolescente e é, de fato, um direito fundamental.

Malgrado a confirmação de que a maioria penal é sim um direito fundamental e, por conseguinte, cláusula pétrea, não é acertado dizer que a mesma não possa ser reduzida. Soa contraditório, mas não é. É que até mesmo as cláusulas pétreas podem ser modificadas através de uma emenda à Constituição. O que não se permite, sob nenhuma hipótese (tangível), é *abolir* as cláusulas pétreas, ou atingir seu núcleo essencial. Todo o direito fundamental decorre de um princípio fundamental, que concentra em seu âmago um núcleo essencial, que não pode ser atacado. Fora desse núcleo, entretanto, é possível eventual afastamento da incidência da garantia fundamental. Precisamente, é o que se constata na garantia da maioria penal, insculpida implicitamente em todo o ordenamento jurídico e expressamente no art. 228 da Constituição. É uma cláusula que não pode ser abolida, logo, é imperioso que exista tratamento distinto entre adolescentes e adultos – não obstante, nada impede que o marco etário seja alterado, desde que se atente aos princípios da *razoabilidade e proporcionalidade*.

Portanto, a análise constitucional da maioria penal nos releva que a questão está sim firmada no seio das cláusulas pétreas, mas também que reduzir a maioria penal não é proibido pela Constituição. Proíbe-se, na realidade, anular a tutela diferenciada para a criança e o adolescente.

6. ANÁLISE SOCIAL

A análise social deve processar-se em toda problemática das ciências humanas. No âmbito da redução da maioria penal, a análise social sinaliza-se como um dos fatores que mais pode pesar na balança.

O Estado tem mostrado uma tremenda incapacidade de resolver os conflitos que surgem na sociedade, especialmente na prevenção. Observa-se o colapso da educação, que não tem frutificado como deveria, mantendo as desigualdades sociais. As políticas públicas estão em débito com o povo brasileiro. Rogério Greco, com o tato que lhe é peculiar, disserta:

Não há como se falar em existência digna se a pessoa, em virtude da ausência do Estado Social, não tem o que comer ou o que vestir, se não tem um teto onde possa repousar, se não consegue cuidar das doenças que, ao longo de nossa vida, surgem a toda hora. Enfim, há um conjunto de necessidades que, se satisfeitas, tornam a existência humana mais digna. (GRECO, 2014, p. 151).

Neste aflitivo cenário, desponta a criminalidade. Uma gama de pessoas que não possuem meios para se sustentar, sendo completamente ignoradas pelo Estado, findam por recorrer aos meios ilícitos. A sociedade, que vira refém, passa a exigir o *Ius Puniendi* estatal. Quer-se, a todo custo, punir os jovens infratores. É preciso, todavia, compreender que os infratores são, também, vítimas. A ausência de políticas públicas adequadas contribui, em grande medida, para esse quadro. Ademais, a responsabilidade não é exclusiva dos governantes (nem dos infratores), mas também da própria sociedade. Trata-se do que a doutrina convencionou chamar de teoria da coculpabilidade:

A teoria da coculpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que

deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus 'supostos cidadãos'. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem um teto para se abrigar, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou ou os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso da bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida. Quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade. (GRECO, 2013, p. 414)

O presente trabalho não defende a ideia de que os infratores juvenis não têm capacidade de discernimento, pois, como diz Guilherme de Souza Nucci:

Há uma tendência mundial na redução da maioridade penal, pois não mais é crível que os menores de 16 ou 17 anos, por exemplo, não tenham condições de compreender o caráter ilícito do que praticam, tendo em vista que o desenvolvimento mental acompanha, como é natural, a evolução dos tempos, tornando a pessoa mais precocemente preparada para a compreensão integral dos fatos da vida. (NUCCI, 2000, p. 109).

O problema, porém, não é esse. Malgrado os infratores tenham consciência do que fazem, a despeito do que dizem outros, o ponto nevrálgico do assunto é refletido no retorno após a sanção. Tem-se testemunhado que aqueles que são recolhidos ao cárcere têm voltado pior, falhando o Estado na ressocialização.

Há, inegavelmente, muito que se fazer no campo social antes de resumir a redução da maioridade penal à questão puramente legislativa. Não se trata de mero problema legislativo. Encontra sua raiz, outrossim, nas questões sociais. Aprofundando o tema, é hora de analisar um fator que integra a equação da maioridade penal: o sistema prisional brasileiro.

6.1 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Trata-se de ponto crucial. É erro crasso ignorar o sistema prisional na discussão da maioridade penal, julgando serem temas independentes, quando, na

realidade, estão umbilicalmente interligados. É que as condições do cárcere interferem, *diretamente*, na ressocialização (ou não) do preso.

Cada vez mais a população carcerária cresce e pouca ou nenhuma melhoria na infraestrutura prisional se observa, que fica muito aquém, caracterizando um absurdo superpovoamento.

A LEP (Lei de Execução Penal) diz, nos arts. 85 e 88, respectivamente, que o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade, e que o condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório, devendo ter condições adequadas para a existência humana e uma área mínima de seis metros quadrados. Não é preciso dizer que os preceitos legais estão sendo violados.

Segundo os dados do Superior Tribunal de Justiça, a população carcerária do Brasil já é a quarta maior do mundo. Torna-se, assim, inviável qualquer ressocialização. Existem na prisão, genuinamente, mestrado e doutorado no crime. Os indivíduos que representam um custo altíssimo para a sociedade não recebem a tutela apropriada, e voltam a praticar infrações cada vez mais graves. Beccaria, ainda no século XVIII, já explicava:

Entre as penalidades e o modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado. (BECCARIA, 2003, p. 49).

Logo, tendo em vista a ausência de qualquer espaço para alojar novas pessoas, bem como a falência da recuperação do preso, apresenta-se como inócua a proposta de reduzir a maioria penal, posto que não será possível punir o jovem infrator, além de que, punindo-o, retornará ainda pior para a sociedade. Neste contexto é que se clama por uma reformulação geral por parte do Estado, das políticas públicas preventivas (notadamente na educação) e reforma prisional, por um ambiente com estrutura material e pessoal capaz de punir o preso de forma adequada, permitindo que volte com chances de ter vida nova. Sob a ótica da análise do sistema prisional, revela-se totalmente inadequada a redução da maioria penal.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das análises feitas visualizou-se que a redução da maioria penal está longe de se restringir a mera alteração legislativa, tratando-se de problemática que envolve uma interdisciplinaridade de fatores. Percebe-se, outrossim, que não se deve mais continuar a referir-se à maioria como se fosse um conceito estável e universal, posto que adstrito ao direito positivo e ao tempo.

A adoção de um critério puramente biológico, no que diz respeito ao inimputável por idade, é claramente ultrapassada, fazendo-se mister buscar um novo panorama de direito. O modelo comparado também não pareceu adequado, afrontando outros direitos fundamentais, como é o caso dos Estados Unidos e outros países de direito costumeiro. Na verdade, inclina-se, como já defende alguma doutrina de vanguarda, para uma nova ordem, que rompa com os liames das clássicas tradições e correntes puras, apurando o que há de bom e sopesando os valores, de modo a consagrar soluções novas, isentas de radicalismos.

A redução da maioria penal ganha vulto, notoriamente, em três diferentes análises: política, constitucional e social. O balanço político revelou que não existe qualquer óbice a reduzir a maioria, pois o Legislativo está livre para apreciar. Não se quer dizer, entretanto, que a visão política não tenha importância – afinal, só por intermédio dela é que se chega à produção de leis. Neste sentido, a aquiescência do Poder Legislativo e Executivo mostra-se obrigatória.

A leitura constitucional, onde impera majoritária fatia da controvérsia, nos aponta que a maioria penal está protegida constitucionalmente e que é, malgrado divergência oposta, uma cláusula pétreia. Conclui-se, desse modo, que a Constituição Federal determina a tutela diferenciada entre adolescentes e adultos, não se podendo negar essa garantia. No entanto, também se indicou que essas premissas não podem levar a conclusão de que a maioria penal não pode ser reduzida. Há, interpretando sistematicamente (bem como axiologicamente e teleologicamente) a Constituição, uma permissão para eventual redução, desde que se mantenha a proteção especial à criança e ao adolescente.

Os enfoques político e constitucional mostram que a redução da maioria penal, embora não pareça adequada, é possível, isto é, não é vedada. É no campo social que se destaca a inviabilidade da redução da maioria penal. O Estado (e juntamente a sociedade) tem falhado em suas políticas públicas, conseguinte,

também na prevenção de crimes. Não fosse suficiente, tem pecado no meio repressivo, submetendo os reclusos a situações nada ressocializadoras, evidenciadas nos presídios brasileiros.

No balanço geral, a redução da maioria penal é, formalmente, possível. Porém, manifestamente inviável. Portanto, só se poderá começar a pensar numa hipotética redução quando o Estado demonstrar eficácia na solução dos conflitos da sociedade, após uma completa reforma prisional e educacional – neste cenário, sim, poder-se-ia discutir a redução, mas não no atual.

8. REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Ed. Martinclaret: 2003.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 jun. 2014.

BRASIL, República Federativa. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 jan. 2014.

BRASIL, República Federativa. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 16 mar. 2014.

BRASIL, República Federativa. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 03 mar. 2014.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOZO diz que maioria penal não pode ser reduzida. *JusBrasil*, 2013. Disponível em: <<http://midiacon-news.jusbrasil.com.br/politica/104110900/jose->

eduardo-cardozo-clausula-petrea-da-constituicao-impede-reducao-da-maioridade-penal>. Acesso em: 12 set. 2013.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 16ª ed. Juspodivm: 2014.

FABRINI, R. N.; MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal: Parte Geral** – arts. 1º a 120 do Código Penal. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. vol.1. 464p.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2013.

_____ **Curso de Direito Penal: Parte Especial, volume III**. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2014.

JESUS, Damásio Evangelista de. Artigo sobre redução da maioria penal, 2013. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/majoridade-penal/11078> . Data de acesso: 10 de julho de 2014.

KELSEN, Hans. **La garanzia giurisdizionale della costituzione, in La giustizia costituzionale**, Milano: Giuffrè, 1981.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

NEVES NETO, José Antônio. **Discurso sobre a Maioridade Penal**. Ed: A União, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

POPULAÇÃO CARCERÁREA. *STJ – Brasil: 4ª maior população carcerária do mundo*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112533>. Acesso em: 02 jan. 2014.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. Ed. Saraiva: 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios Penais**. Ed. Juspodivm: 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ª ed. Malheiros editores Ltda, 2013.

NOTAS:

[1] Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

[2] Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

[3] Julgado 130 S. Ct. 2011 (2010).

[4] Julgado 501 U.S. 957, 996 (1991).

[5] Incumbe explicar, para finalidade didática, que a dicotomia centrípeta-centrífuga é oposta nos dois critérios-bases, quais sejam, origem e distribuição.

[6] Expressão idealizada por Abraham Lincoln.

QUERELA NULLITATIS DE SENTENÇAS INEXISTENTES E A NECESSIDADE DE SUA POSITIVAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO-POSITIVO BRASILEIRO

FRANCISCA MARCIA MOURA LOPES: Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogada militante na área civil e empresarial.

ROGÉRIO MONTEIRO BARBOSA
(orientador)^[1]

“Parece-nos, então, que sentenças proferidas em processos instaurados por meio de ação, sem que tenham sido satisfeita uma ou mais condição da ação – legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido – não podem ser consideradas nulas, mas inexistentes” (Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença**, 6ª ed., São Paulo: RT, 2007, p.350)

RESUMO: O estudo em alusão explicita a importância da *querela nullitatis e a sua* necessidade na dinâmica processual jurídico pátrio, corroborando para que este instituto seja incluso no direito positivo brasileiro, devendo o mesmo integrar no texto processual como dispositivo com anuência do Poder Legislativo. Foi inserido no presente artigo, um explicativo histórico e em seguida foi demonstrado como o tema se apresenta no nosso hodierno ordenamento jurídico. O intuito do artigo, em tela, é perfeitamente, oportuno, principalmente, para fluência processual, assim como facilitador no âmbito dos operadores do direito, que clamam pela necessidade de instrumentalização de um remédio que possa afastar do mundo jurídico as mazelas trazidas por atos inexistentes (sentenças inexistentes), porém, materialmente existentes, pois ainda, que inexistentes produzem efeitos, devendo ser expurgada através de uma ação declaratória de inexistência a ser declarada pelo poder judiciário. E nada mais racional que a positivação do instituto supracitado. Sendo inseridos, ainda, neste trabalho, os pressupostos processuais de existência e validade que direcionará a *querela nullitatis*. Traze-se, também, na temática abordada na presente conjuntura jurídica brasileira, a diferença entre ações rescisórias e ações declaratórias de inexistências, tendo esta uma grande vantagem, qual seja, retirar do mundo sócio-jurídico incertezas processuais sem se ater a prazos decadenciais, e nem, tampouco, a rol taxativo. Essa abordagem vai mais além, pois se expande fazendo um parâmetro entre a relativização da coisa julgada material, querela nullitatis e ação rescisória.

Palavra-chave: *Querella nullitatis*; Processo Civil; sentença inexistente; ação declaratória; coisa julgada.

ABSTRACT: The present study explains the importance and need of *querela nullitatis* for law claims and its necessity in the procedural dynamics of the Brazilian legal system, and confirms that it should be included in the Brazilian positive law and be integrated in the procedural text as a law device with the consent of the Congress. Included in this article is a historical explanation followed by the theme in our modern legal system. The aim of the article is perfectly suitable and relevant, mainly, as far as the procedural flow of the Law is concerned. As a matter of fact, the theme of this article brings out the pragmatism of *querela nullitatis* for lawyers and others in the legal profession who urge the necessity of this legal resource to remedy problems during the suit, as well as keep out the non-existent actions in the legal system, although these actions might be materially existent due to the fact they do cause effects. The non-existent action should be expelled from the legal suit through a declaratory action of non existence by the judiciary- which rationally should be included into Brazil's legal system. Also, included in this article are the procedural presuppositions of the validity and existence which will govern *querela nullitatis* as well as the differences between the declaratory action of existence – which has a major advantage for keeping judicial controversies out of the legal system and not taking into account preclusive deadlines - and termination actions. Finally, this paper aims at establishing parameters among the relativization of the material *res judicata*, *querela nullitatis* and the termination action.

Key-words: *querela nullitatis*, Civil Process of Law, non existent action, declaratory action, *res judicata*.

1 INTRODUÇÃO

A *querella nullitatis* é um tema relevante e está bem presente nas discussões jurídicas contemporâneas do ordenamento jurídico brasileiro. E como tal é razoável inseri-la de forma positivada como remédio jurídico eficaz para extirpar as ditas sentenças inexistentes, vez que a sentença existe materialmente com aparência de provimento judicial válido, como defende Teresa Arruda Alvim, portanto, a sua maior importância é afastá-la do mundo jurídico. E nada mais salutar averiguarmos as reminiscências da *querela nullitatis* analisando sua historicidade, sendo a mesma colocada no preâmbulo do presente artigo, e a partir daí foi elaborada uma reflexão de caráter realista, sendo constatada a

necessidade premente para adequar a via legislativa a inclusão da *querela nullitatis* no rito processual pátrio de forma positivada. Diante desta necessidade classificamos os pressupostos processuais de existência e de validade, - dando um norte à diferenciação entre *querela nullitatis* e ação rescisória-, como requisitos legitimadores de decisões de inexistência e de invalidade, respectivamente. Em seguida, foi dada menção ao atual estágio da *querela nullitatis* e sua positivação para extinguir as sentenças inexistentes, como fundamental e imperativa para a futura formatação processual civil brasileira, e como conseqüência fator positivo para observação do Estado Democrático de Direito.

Esse estudo irá proporcionar ao leitor a satisfação de seus questionamentos quanto às seguintes matérias: se o não enquadramento da *querela nullitatis* na normatização pátria poderia haver prejuízo de ordem jurídico-social? Esse Instituto é cabível de sentenças inexistentes? E essas gerariam efeitos no mundo sócio-jurídico? As sentenças eivadas de vícios seriam passíveis de rescisão? Se as sentenças eivadas de vícios que não estão insertas no rol taxativo da ação rescisória poderia ser expurgada do mundo jurídico? Trazendo esse instituto para o nosso seio processual não estaríamos evitando a burocratização do duplo grau de jurisdição, e assim, facilitando pela a via processual um maior acesso a Justiça, além do que, não se ateria a prazos decadenciais, respeitando, assim, o corolário do Estado Democrático de Direito? Se o art. 475-L e 741, I do Código de Processo Civil já representaria uma previsão expressa no ordenamento jurídico positivo brasileiro da *querela nullitatis*?

Todos esses questionamentos iremos tentar solucionar, aqui, nesse trabalho, procurando sempre demonstrar a necessidade da instrumentalização de um remédio que possa expurgar do mundo jurídico as mazelas trazidas pela produção dos efeitos dos atos inexistentes (sentenças inexistentes), e assim, se poderia responder a todas a essas respostas de forma mais simples e segura.

2 PREÂMBULO HISTÓRICO

A origem da *querela nullitatis* como o próprio nome sugere em sua expressão latina, alude etimologicamente a uma Ação de Nulidades que teve seu nascedouro no Império Romano, onde se fazia necessário no âmbito dos atos processuais a prática de requerer a nulidade dos mesmos. Visto que, não havia recursos previamente inclusos no ordenamento jurídico em relação aos defeitos

processuais, bem como nas sentenças prolatadas nesse importante período histórico do Direito, que sob a égide da jurisdição romana projetou para outros povos a instrumentalidade e aplicação eficaz da *querela nullitatis*.

As formalidades processuais romanas necessariamente deveriam ser aprimoradas, e as nulidades de certos atos processuais serviriam para sanar mazelas no bojo dos processos, bem como suas respectivas sentenças, as quais possuíam um arrazoado sancionador.

A *querela nullitatis* surgiu em um contexto jurídico não só como uma ação que busca sanar defeitos na tramitação processual, mas abriu questionamentos em razão de carência de um referencial no que concerne à declaração de nulidade de sentença inexistente; pois a Ação de Nulidade, já naquele período, do auge do Império Romano, tinha sua dinâmica como matéria impugnativa, não havendo prazo para argüir, podendo a qualquer momento requerer a nulidade.

Evidentemente as articulações jurídicas que operacionalizavam com relação particularmente a Ação de Nulidade passaram por períodos de evolução, tais como: o período "*legis actiones*", o período da ordem judiciária privada, o período formulário e finalmente o período republicano.

A *querela nullitatis* tinha sua aplicabilidade como um tipo de apelação para movimentações processuais injustas, onde estavam inseridas no contexto sentenças juridicamente maculadas, e como já foi observado no presente raciocínio histórico, não havia estabelecimento de prazo determinado com relação às questões, principalmente, envolvendo a problemática de dívidas pecuniárias envolvendo negociatas entre cidadãos civis.

Havia uma constância no tocante a parte devedora, a qual normalmente fazia restituição pecuniária integral sendo devidamente ressarcida; em contrapartida havia demandas processuais no qual o pagamento era efetuado em dobro, conforme decisões judiciais através de juízes intitulados naquele lapso temporal da idade antiga de Magistrados Imperiais.

Diante desse momento de litígios, onde chamava a atenção, os respectivos equívocos processuais, sendo criados institutos que buscavam atender e sanar as deficiências técnico-processuais que geravam injustiças sentidas principalmente

através das partes vencidas. Cabe ressaltar nesse íterim, que tais decisões judiciais apesar de tratar de questões civis de interesse eminentemente privado, ficava bastante evidente o caráter sancionador. Era comum uma punição quando se tratava de litígios de ordem financeira decorrente de dívidas.

O caráter sancionador era rígido, porém em alguns momentos a mácula processual estava consolidada, e a distribuição da justiça estava comprometida visto que, a dinâmica processual estava contaminada, e em consequências as sentenças estavam eivadas de vícios. Era uma notória demonstração de ausência de real distribuição da justiça em sua verdadeira essência.

Em face do surgimento dos defeitos processuais e sentenças injustas surgiram alguns institutos para sanar tais injustiças, os quais os mais evidentes foram: a apelação, a restituição integral, e a revogação em dobro^[2]. Mas a frente diante das complexidades litigiosas envolvendo interesse de particulares, em dado momento evidenciou-se no andamento uma fusão dos institutos acima mencionados.

Historicamente a *querela nullitatis* nasceu de forma polêmica nos mais variados contextos a qual foi aplicada nos arrazoados processuais, visto que, até no presente século, tal característica é notória. No tocante a sentença nula, a mesma não era considerada inexistente do ponto de vista Jurídico.

Mas é relevante observarmos, que no exercício jurídico-processual romano as sentenças eram consideradas nulas com o advento da *querela nullitatis*, comprovando sua ilegalidade como peça viciada; não havendo diferença nesse contexto entre nulidade e inexistência da sentença.

Em estudo desenvolvido por FERNANDO DA FONSECA GAJARDONE, fazendo menção ao jurista italiano PIERO CALAMANDREI, este explicitou origem diversa da *querela nullitatis*.

"A querela nullitatis é um instituto desconhecido do Direito Romano e do Direito Germânico que surge na legislação estatutária italiana do século XII, desenvolve-se e toma forma no século XIII, atinge a maturidade na idade do século XIV".

De acordo com o desenvolvimento do raciocínio de Calamandrei, este considerou a *querela nullitatis* não como originariamente romana, mas o mesmo entendia ser germinamente italiana.

O renomado autor italiano acima aludido enfatizou que a *querela nullitatis* está diretamente ligada aos erros inclusos no processo, que a órbita do Direito romano aduz inexistência jurídica da decisão do órgão judicante, ou seja, a sentença nula significaria no supra aduzido processo uma patente caracterização da sentença inexistente. *Calamandrei pondera:*

“ que a inexistência jurídica encontrava-se em oposição a existência material e sensível, no mundo exterior, de um provimento judicial com toda aparência de uma sentença juridicamente válida. Criava-se, então, a necessidade de se estabelecer um meio adequado de declarar que a sentença materialmente existente não existia no plano jurídico” e delineia “ que o emprego de uma ação ordinária declaratória da nulidade será indispensável e o sistema jurídico que a excluir cometerá pecado mortal contra a razão e a lógica jurídica. Por outro lado- é uma consequência necessária da natureza dessas nulidades-, a utilização da ação autônoma declaratória (ou desconstitutiva) da nulidade, não estará sujeita a nenhum prazo preclusivo. Em tais casos, podendo a nulidade ser argüida no recurso, caso não o seja, a omissão não impedirá o exercício da ação de nulidade, a qualquer tempo [3].

Tanto no âmbito do direito romano como na contextualização do Direito hodierno, os erros integrantes dos procedimentos processuais passaram a ser defeitos de uma sentença judicial considerada existente.

No Direito Romano é de bom alvitre explicitar que defeitos processuais que implicam em inexistência de sentença atendia aos requisitos da nulidade. Só mais a frente a história alude que a *querela nullitatis* com o avançar do tempo, sua existência se instrumentalizava como forma de impugnar sentenças comprovadamente injustas e graves.

A querela *nullitatis* no Direito brasileiro não existe a mesma instrumentalidade para sentenças injustas. O que na realidade ocorre no Brasil, numa interpretação, em síntese, é que no lapso temporal histórico e até na hodierna conjuntura processual, há uma mesclagem entre sentença inexistente e nula.

Foi delineado com riqueza de detalhes sobre a influência da *querela nullitatis*, o Doutor e mestre de Processo Civil,- FERNADO FONSECA GAJARDONI -, o qual em sua análise sobre sentenças inexistentes e *querela nullitatis*, aludiu a importância histórica, fazendo apreciações no âmbito do direito comparado, incluindo Portugal , Itália, Alemanha, bem como direito canônico(Vaticano), onde as respectivas sistematizações usavam a *querela nullitatis* para dirimir , extirpar, ou seja, sanar injustiças oriundas de erro judicial que maculam o corpo processual.

No Brasil, historicamente, registrou-se a existência de sentenças inexistentes no período colonial compreendida à vigência das Ordenações Filipinas.

De conformidade com o processualista civil supra enfatizado, este expôs o seguinte arazoado:

"indiscutivelmente ao menos na cultura jurídica brasileira havia previsão legal no sentido da querela nullitatis".

Mas somente no século XIX com o advento da Constituição de 1824 é que a cultura jurídica do Brasil passou a ter direcionamento próprio, passando a existir a ação de nulidade e rescisão de sentença, e em 1843 passaria a disseminar-se de ação rescisória, consoante ROQUE KAMATSU:

"O remédio ordinário era sobrevivência da querela nullitatis do direito do século XIII(...) e recebeu no século XIX, a denominação de nulidade e rescisão de sentença"

Fernando Fonseca Gajardoni conclui em sua obra no que se reporta a evolução histórica sobre *querela nullitatis* :

"A evolução do direito processual, com aperfeiçoamento do sistema recursal nos diversos

ordenamentos jurídicos que sucederam ao período estatutário italiano, notadamente o de apelação, fizeram com que a querela nullitatis desaparecesse quase que por completo dos sistemas jurídicos subseqüentes ora sendo encampada por novos institutos pela extensão cada vez maior das matérias alegáveis na seara recursal”[4].

Com isso na maioria dos ordenamentos europeus, a querela nullitatis em duas modalidades, sanabilis e insanabilis acabaram perdendo fôlego; a primeira foi pouco a pouco absorvida pela apelação, e a segunda acabou desaparecendo de modo que *os motivos de invalidação da sentença passaram a ter de alegar-se por meio de recursos sob pena de ficarem preclusos com o esgotamento das vias recursais.*

Vale ressaltar, contudo que o desaparecimento da querela nullitatis, pelo que podemos constatar pela análise de sua evolução histórica se deu muito mais em virtude do aperfeiçoamento dos sistemas impugnativos do que em virtude da desnecessidade do instituto”[5].

3 PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Os pressupostos processuais em sentido amplo englobaria tanto elementos de existência como os de validades conforme maioria da doutrina.

Tais pressupostos podem ser classificados como elementos existenciais, pois pressupostos, segundo o respeitável Fernando Fonseca Gajardoni, é aquilo que precede ao ato e se porta como elemento indispensável para sua existência jurídica; enquanto, os requisitos estariam direcionados aos elementos de validades.

De acordo com o Mestre[6], os pressupostos existenciais podem, ainda, serem divididos em subjetivos e objetivos, sendo que aqueles estariam insertos a Jurisdição representada pelo Juiz e a Capacidade de ser parte representada pela arte, enquanto os objetivos seria a própria existência da demanda. Por outro lado, Os pressupostos acima aduzidos são confrontados, agora, com os outros pressupostos processuais que assumem caráter de validade, classificando-os,

também, como subjetivos e objetivos, o primeiro; diz respeito à competência e a imparcialidade do Juiz, e em relação às Partes se dividem em capacidade processual e capacidade postulatória, enquanto aos requisitos objetivos, esses se resumem nos elementos extrínsecos ou negativos, como a perempção, litispendência, coisa julgada e convenção de arbitragem.

Entretanto, Teresa Arruda Alvim Wambier, de forma mais detalhada⁸, data máxima vênua ao um dos maiores Processualista da atualidade, - Fredie Didier Jr.-, acertada está a classificação da daquela renomada autora no que concerne aos pressupostos de existência, pois além da tradicional classificação, inclui neste rol como pressupostos de existência as condições da ação – interesse de agir e possibilidade jurídica de pedir. Vejamos a sua tese defensiva quanto a esse pressuposto de existência:

"Se admitíssemos que as sentenças proferidas em ações às quais teria faltado uma condição fossem nulas, porque a falta de condição da ação teria gerada nulidade processual, teríamos de admitir por coerência que estariam sujeitas para serem desconstituídas, ao prazo decadencial da ação rescisória. Escoado este biênio, caberia perguntar, por exemplo, qual seria a situação jurídica de uma sentença que desconstitui a relação jurídica gerada pelo casamento entre homem e mulher que não são, e que nunca foram, cônjuges? Qual seria também a situação de uma sentença que, aos cônjuges verdadeiros, concedesse o divórcio antes que o instituto fosse acolhido pela legislação positiva brasileira? E a partilha de bens de pessoas vivas, se se tivesse juntado aos autos uma certidão de óbito de um homônimo?"^[7]

Destarte, a Autora conclui:

"Ter-se-iam de admitir absurdos como, por exemplo, o de, depois de dois anos, escoado a partir do trânsito em julgado – e não sendo mais possível o uso da ação rescisória-, ficassem divorciados (num país onde não houvesse divórcio, como no caso do Brasil, antes de 1977) pessoas que nunca foram casadas!...Esta sentença teria sido proferida

apesar da falta de duas condições da ação; possibilidade jurídica do pedido e legitimidade ad causam. Indubitavelmente, admitir que o sistema possibilitasse eternizar sentenças com vícios desta ordem seria admitir que o sistema alberga soluções absurdas, o que não é, em absoluto desejável. Parece-nos, então, que as sentenças proferidas em processos instaurados por meio de ação – legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido – não podem ser consideradas nulas, mas inexistentes”[8].

E em sua classificação minuciosa a jurisdição, a capacidade postulatória, a petição inicial e a citação fazem parte dos pressupostos de existência. Sendo assim, sentença proferida por Juiz afastado ou aposentado, quem não é Juiz e, por último concorda com o seguinte posicionamento: manifestação de Juiz que se manifesta na causa depois de ter sentenciado[9], - salvo o que dispõe no art. 463 do CPC-, estamos diante de sentenças inexistentes.

Vislumbra a Processualista Teresa Arruda Alvim Wambier[10] que a falta de competência (inseto na Jurisdição - incompetência absoluta) gera nulidade absoluta, não impedindo o trânsito em julgado, logo passível de ação rescisória.

No que se reporta a petição inicial como pressuposto de existência esta se traduz em inexistência da sentença quando há falta do pedido, pois caso o Juiz proferisse sentença de mérito estaria julgando *extrapetita*, e assim, estaríamos perante uma sentença inexistente, como bem afirma Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p.352). Ademais, a ilustríssima Autora não se prende, apenas, a sentença *extrapetita*, mas também, a *ultra petita*, pois na parte que excede o pedido a sentença será juridicamente inexistente, porque não há pedido como base para aquele *plus* seja concedida e até mesmo apreciada (2007, p.338 e 339).

Por último, a doutrina e a jurisprudência vacilam quanto à citação, pois havendo vício nesta e estando cumulada com a revelia, uns declinam[11] para nulidade absoluta e outros pela inexistência do processo e conseqüentemente da sentença. E com maestria a Autora supracitada pontua que a citação com vício formal, - por exemplo, a citação que, apenas, não foi emitida validamente -, mas com comparecimento espontâneo do réu não desaguará em sentença inexistente,

e sim, em sentença nula. Ou seja, "*a citação nula, somada a revelia, deixará de ser nula, para ser inexistente: neste sentido, deve considerar-se inexistente a citação nula somada à revelia*"

Portanto, a falta dos pressupostos de existência nunca constituirá uma relação jurídica, por conseguinte jamais formará um processo e, por fim, na sequência lógica do processo, a inexistência da sentença é inevitável, logo não haverá coisa julgada, e não havendo coisa julgada, não há o que desconstituir (rescindir), pois sequer existiu sentença, consequentemente não há prazo decadencial, e assim, o remédio cabível é ação declaratória de inexistência da sentença.

Por outro lado, estão os pressupostos de validade, - já elencados em sua classificação -, que deságua em uma sentença nula, e não inexistente eivadas de vícios que podem inclusive ser desconstituída, por meio, de ação rescisória, pois apesar de viciada existe juridicamente. Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, competência absoluta, imparcialidade, capacidade e legitimidade processual, citação válida ou comparecimento espontâneo do réu é de bom alvitre atrelar os pressupostos de validade ao inciso V do art. 485 do CPC.

*"Talvez, o inciso que interesse mais de perto ao estudo da nulidades processuais seja exatamente este inciso V. Isto porque, pelo fato de o art. 485 não ter incluído em seus incisos de forma expressa os outros pressupostos de validade, além do impedimento e da incompetência absoluta, em um segundo pressuposto processual negativo, a litispendência, além da coisa julgada, que consta expressamente na lei, pensamos que a hipóteses ligadas a estes fenômenos processuais deverão ser tidas como abrangidas pelo 485, V, com exceção da hipótese da litispendência"**[12]**.*

Daí podemos permitir delinear com bastante clareza a real diferença entre uma sentença inexistente e uma sentença nula. Frisando com maior amplitude de conteúdo a primeira, que tem como característica a carência dos pressupostos processuais de existência ou a falta de condições da ação, que não tem o condão de transitar em julgado, logo incabível ação rescisória, porque não há o que ser

desconstituído, já que não se desconstitui o que não existe, e assim, pode ser arguida a qualquer momento, em qualquer processo e naquele juízo que a proferiu, flexibilizando e evitando a morosidade do duplo grau de jurisdição.

Essa distinção dos pressupostos de existência e de validade é crucial para diferenciar uma sentença nula de uma sentença inexistente, pois enquanto aquela está atrelada aos pressupostos de validade, esta está umbilicalmente ligada aos pressupostos de existência.

Interessante pontuar que quer queira, quer não queira, mesmo afirmando que algo não exista, conforme a dialética advinda do campo filosófica a coisa enfatizada existe de fato.

4 CITAÇÃO EM EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL, ART. 475-L, I (IMPUGNAÇÃO), E EXTRAJUDICIAL, ART. 741-I DO CPC (EMBARGOS DE EXECUÇÃO) REPRESENTARIAM A POSITIVAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO DA *QUERELA NULLITATIS*? TITULOS EXECUTIVOS DECORRENTE DE SENTENÇAS EXTRA OU ULTRA PETITA SERIA PASSÍVEL DE IMPUGNAÇÃO POR MEIO DA *QUERELA NULLITATIS*?

Para alguns doutrinadores como Fredie Didier Jr., Cândido Dinamarco e outros que declinam para a nulidade absoluta da sentença, têm-se a citação como requisito de validade, enquanto para Teresa Arruda Alvim, JosKomatsu Roque, Eduardo Talamini e outros¹⁶, têm-se como requisito de existência, gerando, assim, uma sentença inexistente, ou seja, inexistente processo e sentença, logo não houve a constituição da coisa julgada.

A tese defensiva que justifica a nulidade da sentença por falta de citação, levantada, dentre outros Fred Didier e Adroaldo Furtado Fabrício, é que por ser ato defeituoso, e apesar dessa nulidade poder ser prolatada a qualquer tempo, mesmo após o transcurso de dois anos, além do prazo decadencial da rescisória, não se trata de decisão inexistente (art. 475-L,I e art. 741-I do CPC). Pois, para esses autores, se já existe processo, ou seja, já há uma estrutura processual já constituída, não se pode considerar como pressuposto de existência fato que já está, na linha do tempo, em momento posterior à existência daquilo que se pretende condicionar.

Todavia, apesar da posição de Fred Didier não admitir que sentença proferida em processo que não houve citação trata-se de decisão nula e não de decisão inexistente[13]. Admite ele, expressamente[14], em sua obra Impugnações de decisão, que a querela *nullitatis*, no direito brasileiro, está previsto como hipótese de cabimento, decorrente, somente, de títulos executivos, quais sejam, de impugnação de sentença (art. 475-L, I, CPC) ou como hipótese cabimento dos embargos à execução contra a Fazenda Pública (741 I CPC).

A resposta a primeira indagação acima é positiva, pois como bem afirmam Teresa Arruda Alvim Wambier e Alexandre dos Santos Macedo que a redação do 475-L, I e 741, I do CPC é a expressão de um título decorrente de uma sentença inexistente que se traduz na positivação da *querela nullitatis*, e assim, se posiciona a maioria dos autores, e para aqueles que clamam pela instrumentalização desta ação no nosso ordenamento jurídico, afirmam que esses artigos do CPC seriam o embrião na Legislação Pátria da *querela nullitatis*. Quanto a segunda indagação:

“O mesmo raciocínio que se pode fazer no que diz respeito à execução de título judicial, consistente em sentença condenatória proferida em processo em que não tenha havido citação, pode-se fazer para execução de sentença extra ou ultra petita: não há título se a decisão foi proferida fora do pedido (para o caso da decisão ser extra petita) e não há título na parte em que a sentença excede o pedido ou julga pedido que não foi, além dos que foram efetivamente formulados[15].

A não oposição de impugnação à execução fundada no art. 475-L, I ou de embargos à execução findados no 741, I, bem como a ausência de alegação da matéria no curso da própria ação executiva, não impedem que o executado ajuíze, paralelamente ou após a ação de execução, ação declaratória de inexistência da sentença. Nesse contexto, a renomada doutrinadora defende a suspensão da execução da sentença enquanto tramita ação declaratória de inexistência fazendo analogia a alteração do art. 489 do CPC[16]⁻¹⁷¹.

5 AÇÃO RESCISÓRIA X QUERELA NULLITATIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

BRASILEIRO

Na hodierna contextualização processual civil do Brasil ocorrem duas maneiras em que a decisão prolatada por órgão judicantes pode ser invalidada depois do prazo da ação rescisória, sendo no caso da sentença judicial contra o réu em processo tramitado a sua revelia, havendo na aludida demanda a não citação. Portanto, a *querela nullitatis* não está posta na sistematização normativa legal do direito, salvo alguns doutrinadores que faz ressalvas quanto ao art. 475-L e 741, I do Código de Processo Civil

A ausência desta positivação no ordenamento jurídico brasileiro causa certa ansiedade, na busca de uma norma positivada com escopo de adequar uma situação fática e jurídica no que diz respeito à arguição de impugnações de sentenças ditas inexistentes.

No ponto de vista do direito positivo do Brasil, uma decisão pode ser impugnada, tradicionalmente, através de dispositivos previamente preconizados por meios de preceitos legais, - o recurso e ação rescisória, por exemplo. Esses são instrumentos para impugnar os erros de procedimento, e também, o chamado de erros no julgamento do mérito.

Conforme aludiu o renomado processualista MOACIR AMARAL DOS SANTOS, em sua obra Primeiras Linhas do Direito Brasileiro (p.115):

“O apelante indicará o vício da sentença que poderá ser quanto a sua justiça (erro iudicando), ou quanto ao procedimento (erro in procedendo)”.

Isso quer dizer que há ampla possibilidade de questionar a validade, e a justiça exarada na sentença, onde a decisão judicial aduzida no conteúdo processual é impugnada dentro do processo, através de recurso, até transitado em julgado, enquanto que a ação que visa desconstituir a coisa julgada material é a denominada de rescisória, obedecendo ao lapso temporal de dois anos depois de transitado em julgado.

É de bom alvitre, observar os primórdios da *querela nullitatis*, que historicamente surgiu como instrumento de expurgo de sentenças eivadas de vícios. Mas numa análise própria e contextualizada ao nosso paradigma processual estar inclusa como ação impugnativa.

Como já nos reportamos, no tem 5, que há estudos na doutrina que aponta o texto pertinente ao artigo 475-L do CPC como expressão de *querela nullitatis* no âmbito processual civil pátrio. É o caso do raciocínio de Alexandre dos Santos Macedo, realmente atende tal visão no que concerne a ausência ou nulidade da citação do réu revel. O artigo 475-L do CPC aduz em seu bojo a possibilidade da citação nula ou inexistente, a qual possui o caráter impugnativo, dando um aspecto simplificado.

Conforme aludiu ENRICO TÚLIO LIEBMAN, o art. 475-L do CPC estaria perfeitamente inserido na possibilidade da *querela nullitatis* em nosso ordenamento jurídico.

No que concerne a doutrina jurídica brasileira é fato consumado a temática em abordagem na presente conjuntura processual brasileira que explicita controvérsias doutrinárias, visto que, existe uma relevante polêmica se, algumas sentenças são nulas ou inexistentes, aquelas rescindidas após o trânsito em julgado com limite temporal de até dois anos, e estas declaradas inexistentes a qualquer tempo.

Do ponto de vista jurisprudencial a *querela nullitatis* teve seu reconhecimento através de um acórdão, tendo como relator o Desembargador Sidney Sanches integrante à época do Tribunal de Justiça de São Paulo (RJ TJ-SP), e acompanhando a mesma vertente o STJ se pronunciou mediante acórdão no qual o relator foi o ministro Dias Trindade (Rev. vl.32, pg.449).E cuida o STF, também, pronunciar-se como perfeitamente cabível a *querela nullitatis* conforme acórdão do relator Moreira Alves.

Daí chega à conclusão que a *querela nullitatis* apesar de ser um instituto cronologicamente secular, mas sua aplicabilidade é perfeitamente cabível e coerente nas demandas processuais da realidade jurídica brasileira, em função disso a sua positivação é bastante racional para a flexibilização processual, ou seja, fluiria tanto em celeridade como em economia processual.

As ações rescisória que possuem sua existência positivada no atual ordenamento jurídico brasileiro não são condizentes para impugnar uma sentença inexistente, por serem de caráter desconstitutiva, isso quer dizer que para declarar a inexistência de uma sentença é necessário que sua declaração venha através de uma ação devidamente apropriada as qualificações desse propósito, qual seja, *querela nullitatis*.

A ideia é que *querela nullitatis* adentrasse como uma ação objetivamente formulada como uma peça declaratória de inexistência no direito positivo brasileiro, para todas as hipóteses de atos processuais inexistentes que gerasse uma sentença, também, inexistente.

Na hodierna conjuntura jurídica brasileira por não inserir este instituto na previsão normativa Legal, não tem como aplicar, nos casos de processos inexistentes, à rescisória, pois o art.485 e ss do CPC falta requisitos para tal, apesar do fator identificador com a similitude da função da *querela nullitatis*. É apropriado a análise de Garjardoni, em seu estudo sobre as sentenças inexistentes e *querela nullitatis*:

“Indiscutível por outro lado, que muito se perdeu com a ausência de previsão legal da ação de nulidade, seja em razão de algumas hipóteses de cabimento não contemplada pelo artigo 485 do CPC, seja em razão de prazo decadencial para ajuizamento e necessidade de análise pela superior instância”^[18].

A discussão em torno da *querela nullitatis* não advém apenas de teorização acadêmica, mas científica, e juridicamente assume uma postura prática, pois estamos tratando de algo instrumental e como tal se expressa com efeitos no âmbito da dinâmica processual.

E nessa esteira, a *querela nullitatis* é alvo de acaloradas discussões e interpretações, bem como a possibilidade de ser inserida no campo processual.

A ação declaratória de inexistência é perfeitamente cabível na ausência de pressupostos processuais, ditos de existência, acima já aludidos, como nos casos

de ausência de condição da ação. Essa, também, é a ótica de SILVIO FERIGATO NETO.

Adotamos uma visão de caráter favorável ao cabimento da querela nullitatis, TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER, a qual explicita com maestria e profundidade a viabilidade deste tipo de ação em sua obra Nulidades do Processo e da Sentença, por várias vezes, citado neste estudo.

Em uma postura divergente ADROALDO FABRÍCIO FURTADO E ENRICO TÚLIO LIEBMAN, aludem a desnecessidade da positivação do instituto da querela nullitatis para extinção da sentença inexistente.

Diante das discordâncias e posicionamentos, ROGÉRIO MARRONE DE CASTRO e muitos OUTROS, já citados neste pretense artigo, aludem que diante da inexistência de um ato processual, o mesmo tem que ser declarado como tal, através do Poder Judiciário, podendo vir a lume à ação declaratória de inexistência, a qual não obedece a prazo prescricional ou decadencial.

O banimento das sentenças inexistentes atende a um clamor de interesse público, visto que tais sentenças agridem a fluência processual do ordenamento jurídico brasileiro.

O surgimento da sentença inexistente exclui a ação rescisória, pois não há, aqui, realização de revisão, com isso a querela nullitatis é formalmente uma declaração de inexistência. É assim que se insere a posição da Teoria da inexistência na seara Processual, diante de um vício *insanabilis*:

*"(...)a inexistência da sentença é inevitável, logo não haverá coisa julgada, e não havendo coisa julgada, não há o que desconstituir(rescindir), pois sequer existiu sentença, conseqüentemente não há prazo decadencial, e assim, o remédio cabível é ação declaratória de inexistência da sentença"**[19]**.*

6 RELAÇÃO DA QUERELA NULLITATIS E DA AÇÃO RESCISÓRIA COM A TEORIA DOS ATOS NULOS(SENTENÇAS NULAS) E INEXISTENTES(SENTENÇAS INEXISTENTES) E O EFEITO DA CONSTITUIÇÃO OU NÃO DA COISA JULGADA

Para Teresa Arruda Alvim Wambier a coisa julgada só não se constituirá em caso de processo e sentença inexistente, mas, no caso de processo nulo, ou sentenças nulas, forma-se a coisa julgada e a sentença passa a ser rescindível.

“Assim, se o ato é nulo é viciado de alguma forma, o inexistente não chega a ser juridicamente. Ainda que para ambos os casos deva haver pronunciamento judicial, segundo pensamos, aquele estará submetido a um prazo qualquer, que tenha sido estabelecido em lei, todavia, o mesmo não ocorre com os atos inexistentes, cuja possibilidade de vulneração não se submete a prazo algum[20].[21]

Já Calmon de Passos sugere que a diferença entre inexistência e nulidade seja uma questão de grau[22].

Todavia, Humberto Theodoro Jr. ressalta que a diferença entre atos nulos e inexistentes se trata de uma questão meramente didática, pois na prática os efeitos. Todavia, Humberto Theodoro Jr. ressalta que a diferença entre atos nulos e inexistentes se trata de uma questão meramente didática, pois na prática os efeitos se igualam impossibilitando a formação da coisa julgada[23].

No entender de Teresa Arruda Alvim Wambier, sentenças nulas transitam em julgado, portanto passível de ser rescindida. Afirma, ainda, que ação rescisória é uma ação desconstitutiva, cuja função é desconstituir a coisa julgada, para, ao depois, atingir a nulidade da decisão, agora já não mais protegida pela coisa julgada. (2007,p.196)

Em suma, a respeitável professora aclara com maestria e certeza que por meio da ação rescisória serão atacáveis as sentenças nulas, ou porque o sejam intrinsecamente, ou porque provenham de processo onde tenha havido nulidade absolutas. Pontua, ainda, que só as sentenças inexistentes são atacáveis após o decurso de dois anos da ação rescisória[24].

Pondera, ainda, que o meio adequado e eficaz para se impugnam decisões judiciais de mérito em que pesa a autoridade da coisa julgada insere nas hipóteses taxativas do art. 485 do CPC, dentro de um prazo limitado de dois anos

após o trânsito em julgado, é ação rescisória, enquanto a *querela nullitatis* não está afeita a prazos decadenciais, podendo ser impugnada diretamente no juízo que a proferiu, evitando, assim, a burocratização do julgamento por um órgão *ad quem*, flexibilizando o acesso a justiça.

"Pois de nada adiantaria falar em direito de acesso a justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado a justiça definitivamente[25]".

Flexibilizando mais ainda esse acesso à justiça:

"A competência para querela nullitatis é do juízo que proferiu a decisão nula, seja o juízo monocrático, seja o tribunal, nos casos em que a decisão foi proferida em processos de sua competência originária[26]"

7 FUNGIBILIDADE

"Decisão judicial com vício rescisório só por ação rescisória pode se impugnada[27]"

O que autor quis demonstrar é que decisões judiciais que estão elencadas no rol taxativo do 485 do CPC não poderão ser impugnada por outro meio, ou seja, não poderia ser impugnada por querela nullitatis. Todavia, admite que vícios transrescisório sejam impugnados por ação rescisória, contudo não podemos olvidar a posição do STJ que no caso de vício transrescisório por falta de citação não se aplica o Princípio da Fungibilidade, devendo-se, aqui, aplicar somente a querela nullitatis[28].

8 AÇÃO ANULATÓRIA DO ART. 486 DO CPC

Importante frisar que a ação declaratória de inexistência nada tem haver com ação anulatória que dispõe o art. 486 do CPC, e nem tampouco, com a ação rescisória. Nelson Nery Jr. Define aludida ação:

"Diferente da ação rescisória, que visa apagar do mundo jurídico decisão judicial acobertada pela coisa julgada

material, a ação anulatória do CPC 486 tem por objeto anular os atos processuais sentenças judiciais homologatórias[29]”.

As sentenças homologatórias de que trata o art. 486 do CPC nem todas são passíveis de ação anulatória, pelo contrário poderá ser rescindida, um exemplo clássico, é o instituto da transação, pois havendo a homologação desse acordo transacional, seja judicial ou extrajudicial, não deixa de ser uma decisão que resolve o mérito, disposto no art.269, III do CPC. Logo, conclui-se que as decisões homologatórias passíveis de ação anulatórias são aquelas, meramente homologatórias, ou seja, sem conteúdo elencado no art. 269 do CPC[30].¹³¹.

Reforça Luis Guilherme Marinoni:

“porque nada acrescentado ao ato homologado, limitando-se a atestar a conformidade formal deste ato com os ditames do direito. Dessa forma como mera certificação formal, sem qualquer avaliação do conteúdo do ato jurídico homologado, é certo que essa sentença não sente (não julga) nada)[32]”.

9 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL NO ÂMBITO DA QUERELA NULLITATIS E DA AÇÃO RESCISÓRIA NO QUE TANGE A NOVO DOCUMENTO (EXAME DE DNA)

Procurando delinear um parâmetro da *querela nullitatis* com a relativização da coisa julgada material, a primeira não há de se falar em coisa julgada material, porque sequer existe coisa julgada de um *decisium* contaminado com um vício de enorme gravame, que atinge todo o processo legal, tendo como maior exemplo, a falta de citação somada ao réu revel. Apesar de não surtir eficácia no plano jurídico, essa decisão é materialmente existente, ou seja, existe no mundo fático, devendo destarte, ser declarada inexistente com escopo de não persistir materialmente sentenças com vícios *insabilis, produzindo efeitos aparentemente válidos*[33]. Por essa razão é unânime o ataque dessas decisões por meio de ação autônoma da *querela nullitatis*, não estando sujeita a qualquer tipo de prazo decadencial ou prescricional.

Por outro lado, a coisa julgada material pode ser rescindida dentro de um prazo de dois anos após o trânsito em julgado da decisão de mérito. Nesta seara, existiria uma sentença jurídica materialmente existente, estando apenas eivada de vício que poderá ser desconstituída pela ação rescisória conforme rol taxativo do art. 485 do CPC[34]-[35].

Nessa esteira Luiz Guilherme Marinoni , tomando como exemplo, uma ação de investigação de paternidade, cuja decisão transitada em julgado, declarou que o autor não era filho do réu, vindo depois um exame de DNA a demonstrar o contrário após o prazo decadencial de dois anos da ação rescisória. Nesse contexto, se abre uma discussão se a realidade deve prevalecer sobre a estabilidade da imutabilidade da coisa julgada material?

Para esse mestre, não. Afirma ele:

“que a sentença da ação de investigação de paternidade somente pode ser rescindida a partir de prazo contado da ciência da parte vencida sobre a existência do exame de DNA. Não obstante, a dificuldade de identificação dessa ciência, que certamente seria levantada, é somente mais uma razão a recomendar a imediata intervenção legislativa[36]”.

10 CONCLUSÃO

É fato que a justiça seja distribuída de forma igualitária e dentro do autêntico Estado democrático de Direito. É de fundamental importância que seus institutos sejam aplicados de forma fluente e menos burocrática possível. Porém, só isso não é suficientemente justo ou prático, há uma necessidade premente de tomar certos institutos fulcrados através de dispositivos legais amplamente aplicáveis com eficácia e eficiência, como a querela nullitatis de origem canônica e *restitutio in integrum de origem romana*.

A *querela nullitatis* apesar das divergências técnicas jurídicas de ordem doutrinária, a viabilidade do instituto supra nominada é fator de relevante importância para o direito processual pátrio. Pois, surge aí uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, e em decorrência dessa inércia legiferante, há sérios questionamentos, tais quais:

A incompletude é inerente ao sistema? A lacuna é uma problemática de ordem jurídica? O sistema jurídico é dinâmico ou estático? É um sistema fechado ou aberto?

Existem três tipos de lacunas: a normativa, ontológica e axiológica. No caso da querela nullitatis, esta se enquadra no rol das lacunas normativas, por ausência de normatividade sobre matéria em alusão.

A dinâmica do direito é dupla, pois pode ser exterior, quando mediante elaboração de novas normas pelo o poder competente, transforma o direito; e o interno, quando aplicador aceita normas em discordância com os fatos, sujeitando-se a valoração subjetiva.

Diante da abordagem do objeto do presente artigo, temos a enfatizar mais objetivamente os meios de preenchimento de lacunas indicadas pela a própria lei.

Por tais motivos, o ordenamento sócio-jurídico clama pela necessidade da instrumentalização de um remédio capaz de sanear as mazelas trazidas através das malfadadas sentenças inexistentes, até porque existem razões, não só de ordem teórico-doutrinárias, mas na praticidade seria de relevante valor a implementação deste instituto que proveria segurança jurídica, justiça, celeridade, racionalidade, fluência processual adequada a extirpar as inúmeras decisões inexistentes eivada de vício *insanabilis* que continuam maculando o seio jurídico-social, pois como bem coloca ENRICO TÚLIO LIEBMAN, que na sua origem, a querela nullitatis vinha para expurgar do mundo jurídico sentenças que não passavam de verdadeiros simulacros.

10 BIBLIOGRAFIA

ALVIM, José Manoel Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 8ª Ed., São Paulo: RT, 2003, v.1, p.549-550.

ASSIS, Araken de. Cumprimento da Sentença. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.319.

CAMUSSO, **Nullidades procesales**, p.199.

Código de Processo Civil Brasileiro. **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2008

Constituição Federal de 1988. **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2008.

DOS SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, 3º vol., pág.115, Ed. Saraiva, 1988.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado - **Réu revel não citado, querela nullitatis e ação rescisória**. Ensaio do Direito processual. Rio de Janeiro, 2003, p.251.

FREITAS, Adriana Moreira Silveira e ROCHA, Ana Maria Soares, **A Querela Nullitatis no Sistema Processual Civil Brasileiro**, www.oabms.org.br/artigo/querela_nullitatis.pdf.

GARJARDONI, Fernando da Fonseca. **"Sentenças Inexistentes Querela Nullitatis"**

Disponível em http://www.lfg.com.br/artigos/Sentencas_inexistentes.pdf. Acesso em 24/09/2008.

JR, Antônio pereira Gaio. **Efetiva Aplicabilidade da "Querela Nullitatis"**. Disponível em www.gaiojr.adv.br/artigos.php?conteudo=16-29k. Acesso em 20/11/2008.

JÚNIOR, Fredier e DA CUNHA, Leonardo José Carneiro, **Curso de Direito Processual Civil**. 7ª Edição, Salvador: PODIVM, 2007, vl. 1.

JÚNIOR, Fredier e DA CUNHA, Leonardo José Carneiro, **Curso de Direito Processual Civil**. 3ª Edição, Salvador: PODIVM, 2007, vl. 3. P.367/371 e 293/310.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudo sobre o Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Bushatsky, 1976. p.182/183.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**, 41ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, vl. I, 2004.

MACEDO, Alexandre dos Santos. **Da querela nullitatis-sua subsistência no direito brasileiro**. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Lumem juris, 2000. p.47/48

MARINONI, Luis Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, **Manual do Processo**

de Conhecimento, 5ª Edição, São Paulo: RT, 2006. p.655.

NERY, Nelson Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Comentado e Leis Extravagantes**, 7ª edição, São Paulo: R, 2003. p.837.

Passos, Calmon. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada as nulidades processuais**. Rio de Janeiro. Forense, 3003, n. 14 até n, 74.

PIERO, Camamandrei, "**La cassazione civile**" -Torino, vol.I, p.138.

SANTOS, MOACIR AMARAL DOS. **Primeiras Linhas do Direito Brasileiro**. 3º vol., p.115

SILVA, Olvídio Baptista. **Sobrevivência da querela nullitatis**. Disponível em www.baptistadasilva.com.br/artigos003.htm - 49k. Publicado na *Revista Forense*, vl.333. Acesso em 14/10/2008

SILVA, Olvídio Baptista. **A efetiva aplicabilidade da "querela Nullitatis"**. Disponível

em www.ambitojuridico.com.br/pdf/index.php?id...A%20efetiva%20aplicabilidade%20da%20Querela%20.Acesso em 14/10/2008.

STF,RE97589-6,J.17.11.82,DJU03.06.83.

TALAMINI, Eduardo. **A coisa julgada e a sua revisão**. São Paulo: RT, p.337-346.

JR, Antônio Pereira Gaio. **Efetiva Aplicabilidade da “Querela Nullitatis”**. Disponível em www.gaiojr.adv.br/artigos.php?conteudo=16-29k. Acesso 18/09/2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 5ª Edição, São Paulo:RT, 2004.

NOTAS:

[1] Trabalho de conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* apresentado a Universidade Cândido Mendes e ao Praetorium como requisito para obtenção do título de especialista em Direito Público.

[2] Fernando da Fonseca Gajardoni sintetiza as formas de impugnação naquela época: *Appelatio* – via ordinária para correção da injustiça substancial da sentença, tendo em vista a aplicação da lei, abarcando o tema de nulidades. *Restituito integrum* – via excepcional, concedida pelo pretor e pelos magistrados imperiais, com escopo de corrigir a injustiça substancial da sentença, tendo em vista a consideração dos fatos da causa. *Revocatio in duplum* – via autônoma – seu prazo fixado – de iniciativa do devedor, que, correndo o risco de ser condenado em dobro, antes de eventual atitude constritiva do credor, impugnava a sentença sob o ponto de vista legalidade”.

[3] Silva, Olvídio Baptista. **A efetiva aplicabilidade da querela nullitatis**. Disponível em WWW.ambitojuridico.com.br/pdf/index.php?id...A%20efetiva%20aplicabilidade%20da%20Querela%20.Acesso em 14/10/2008.

[4] GARJARDONI, Fernando da Fonseca. **“Sentenças inexistentes e Querela Nullitatis”**. Disponível em http://www.lfg.com.br/artigos/Sentencas_inexistentes.pdf. Acesso em 24/09/2008)

[5] GARJARDONI, Fernando da Fonseca. "Sentenças inexistentes e Querela Nullitatis". Disponível em [http:// www.lfg.com.br/artigos/Sentenças_inexistentes.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Sentenças_inexistentes.pdf). Acesso em 24/09/2008)

[6] JÚNIOR, Fredie Didier. Curso de direito Processual Civil. 7ª edição, salvador:PODIVM, 2007, VL1, P.368-369.

[7] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do Processo e da sentença. 6ª edição, São Paulo:RT, 2007, p.349-351.

[8] idem , ibidem.

[9] idem , ibidem.

[10] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, op.cit.351-352

[11] No mesmo sentido: STF, RE97589-6, J.17.11.82, DJU03.06.83 e André de Luiz Correia, p.356.

[12] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, op.cit.382.

[13] JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de direito Processual Civil- Impugnações de decisões**. 7ª edição, salvador:PODIVM, 2007, VL1, P.368-369.

[14] STF, RE 97.589-6, j.17.11.1982, dju 03.06.1983, Teresa arruda Alvim Wambier, José Manuel Arruda Alvim, Eduardo Talamani, André de Luiz Correia, Roque Komatsu e outros

[15] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, op.cit.345.

[16] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, op.cit.346.

[17] Referido conteúdo pode ser contestado independentemente de impugnação à execução (475-L) ou de embargos (art. 741)

[18] GARJARDONI, Fernando da Fonseca. "Sentenças inexistentes e Querela Nullitatis". Disponível em [http:// www.lfg.com.br/artigos/Sentenças_inexistentes.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Sentenças_inexistentes.pdf). Acesso em 24/09/2008)

[19] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, op.cit.

[20] Idem, ibidem, p.197.

[21] No mesmo sentido, Camusso, Nulidades procesales, p.199.

[22] Passos, Calmon. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada as nulidades processuais. Rio de Janeiro. Forense, 3003, n. 14 até n, 74.

[23] Jr., Theodoro Humberto. As Nulidade do Código de Processo Civil. Revista Síntese do Direito Civil e Processual Civil, set.-out.1999, p.139

[24] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, op.cit.

[25] Marinoni, Luis Guilherme, Manual do processo de Conhecimento, 5ª ed., São Paulo, Editora: RT, 2006, p.664.

[26] JÚNIOR, Fredie Didier. Curso de direito Processual Civil- Impugnações de decisões. 7ª edição, Salvador: PODIVM, 2007, VL1, p. 371.

[27] FABRÍCIO, Adroaldo Furtado - Réu revel não citado, querela nullitatis e ação rescisória .Ensaio do Direito processual. Rio de Janeiro, 2003, p.251.

[28] STJ, 2ª S, AR n.771-PA, rel. Ministro Aldir Passarinho Jr., j. 13.12.2006, informativo 308.

[29] Jr., Nelson Nery, Código de Processo Civil Comentado, 7ª edição, São Paulo: R, 2003. p.837

[30] Nesse sentido 1ª T., Resp 450.431/PR, rel. Min. Luíz Fux, j.18.09.2003, DJ 20.10.2003, p.185.

[31] Pontes de Miranda, Francisco Cavalcante. Tratado de Ação Rescisória, São Paulo: RT, 1970

[32] Marinoni, Luis Guilherme, Manual do processo de Conhecimento, 5ª ed., São Paulo, Editora: RT, 2006, p.656.

[33] *professor Doutor Gaió Jr. A efetiva aplicabilidade da "querela nullitatis". <http://www.gaiojr.adv.br/artigos.php?conteudo=16>*

[34] No direito canônico há decisões que não transitam em julgado. Essas decisões se reportam ao estado das pessoas (matrimônio, filiação, religião...).

[35] O remédio cabível no direito romano é *restitutio in integrum* que é semelhante a ação rescisória, entretanto difere no prazo que é mais exíguo, apenas de três meses. Todavia o dia *a quo* se dar na data do conhecimento do motivo.

[36] Marinoni, Luis Guilherme, Manual do processo de Conhecimento, 5ª ed., São Paulo, Editora: RT, 2006, p.675

O ROL DO ARTIGO Nº 1.015 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015 E A SOLUÇÃO ENCONTRADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DE SUA NATUREZA

VICTOR DAVID DE AZEVEDO VALADARES:

Advogado. Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP.

RESUMO: O presente trabalho destina-se a analisar a recente decisão do STJ que definiu a natureza do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015, o qual prevê as hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento. Para tanto, analisa a redação do dispositivo que tratava do Agravo de Instrumento no antigo Código (1973) e busca as possíveis razões pelas quais o legislador elaborou o dispositivo em vigor para concluir pela sua compatibilidade com o entendimento exarado pelo STJ.

Palavras-chave: rol, agravo de instrumento, cabimento, taxativo, exemplificativo.

Sumário: Introdução. 1. Análise comparativa do tratamento legal do Agravo de Instrumento pelo Código de Processo Civil/73 e pelo Código de Processo Civil de 2015. 2. A controvérsia no âmbito do STJ. 3. A definição da controvérsia. 4. Dos efeitos da decisão do STJ e possíveis desafios. 5. Como, então, interpretar o inciso XIII do art. 1.015? 6. Conclusões. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Dentre as diversas mudanças promovidas pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC), encontra-se aquela referente à previsão normativa contida no art. 1.015, que dispõe acerca do cabimento do recurso de Agravo de Instrumento, meio tradicional de impugnabilidade das decisões interlocutórias.

O mencionado recurso não perdeu a sua característica de meio típico de impugnação de decisões interlocutórias. Porém, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) ofereceu tratamento claramente diferente daquele previsto no Código de 1973, o qual previa, em primeiro lugar, a existência do Agravo Retido, extinto com o Novo Código, e o de Instrumento, que se destinava a impugnar o não recebimento do recurso de Apelação ou os efeitos nos quais este recurso era

recebido, e as decisões que pudessem causar prejuízo à parte. Com a novel legislação, o texto foi substancialmente alterado, de modo que foram previstas novas hipóteses para seu manejo, nenhuma coincidente com as anteriormente previstas.

A problemática instaurada em torno do artigo diz respeito à sua interpretação. Isso porque ainda não há consenso sobre se tratar de rol exemplificativo (*numerus apertus*) ou taxativo (*numerus clausus*). Tal definição é fundamental para, sobretudo, conferir segurança jurídica ao sistema, pois aceitar que se trata de rol exemplificativo importaria em admitir futuras interpretações extensivas, promovidas pelas mais diversas fontes, de modo a criar novas hipóteses de cabimento.

No dia 05 de Dezembro de 2018, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao se debruçar sobre o conjunto de questionamentos acerca das mais diversas hipóteses de cabimento, firmou posição acerca da natureza do rol do art. 1.015 e, ao mesmo tempo, adicionou mais um capítulo a uma discussão que, muito embora o Tribunal possa ter tentado solucionar, não promete um final iminente.

1. ANÁLISE COMPARATIVA DO TRATAMENTO LEGAL DO AGRAVO DE INSTRUMENTO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/73 E PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

O Código de Processo Civil de 1973 possuía a seguinte previsão:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.^[1]

Segundo a lição de Fredie Didier, Leonardo Cunha, a redação do artigo supracitado permite concluir que o Agravo de Instrumento possui utilização

subsidiária, já que mencionado apenas após a ressalva na redação do artigo. Porém, conforme ensinam os professores, tal conclusão é equivocada, pois o que há é um campo de cabimento específico para cada uma das modalidades de Agravo. A expressão “salvo”, portanto, não significa ordem de preferência no manejo dos recursos.[2]

No *códex* anterior, tinha-se o extinto Agravo Retido, e o Agravo de Instrumento, cuja hipótese de cabimento era delineada a partir de conceitos jurídicos abertos. Ou seja, todas as vezes em que houvesse uma decisão capaz de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação, cabia à parte prejudicada comprovar tal lesão ou ameaça, o que, inegavelmente, demandaria esforço argumentativo do recorrente não apenas em demonstrar a lesão em si, mas também de promover o exercício de subsunção do fato à norma para demonstrar que a lesão é aquela exigida pela lei para cabimento do recurso.

Portanto, parte da aferição do conceito de “lesão” era conferido ao próprio julgador, de modo que, ao não receber o recurso, não apenas estaria lhe negando seguimento mas também afirmaria, indiretamente, que a lesão ou ameaça não se verificou, o que na verdade consiste em uma análise fática, e não jurídica. Surge, pois, uma lacuna aberta para divergências interpretativas no próprio dispositivo instituidor do recurso.

Portanto, o cabimento era verificado através do risco de lesão. Quanto à sua natureza, não há o que se discutir, pois não há, ao nosso sentir, como enquadrar as hipóteses de cabimento em “exemplificativas” ou “exaustivas”, uma vez que não há sequer um rol (aqui entendido como uma relação sequencial de itens). O que há, na verdade, é uma norma permissiva fundada, repita-se, em conceitos abertos, o que deixa à cargo da prática forense os contornos do cabimento do recurso.

No atual Código, o Agravo de Instrumento ganhou mais espaço topológico. São dedicados a ele 5 (cinco) artigos nos quais são apresentadas suas hipóteses de cabimento e o seu procedimento. Inaugura o Capítulo III (destinado ao Agravo de Instrumento) o art. 1.015, que assim dispõe:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.[3]

Desta vez, não há conceito aberto e interpretativo-argumentativo como no Código anterior. O que foi feito, na verdade, foi uma previsão taxativa (pelo menos assim nasceu) das hipóteses de cabimento do recurso, pois o art. 1.015 lista situações especificamente apontadas nas quais o recurso é cabível.

A mudança, portanto, é radical. Agora, o recorrente não precisaria demonstrar a lesão ou ameaça de lesão a direito, mas sim a ocorrência de uma

das situações ali previstas. A legislação ganha, portanto, em termos de objetividade. Por outro lado, existe uma problemática em se apresentar hipóteses especificamente enumeradas pois, não raro, o legislador não consegue contemplar pela via legislativa as situações verificadas no mundo dos fatos, mormente pela dinamicidade e volatilidade com que a realidade social muda.

Dessa forma, ao assumir a incumbência de prever taxativamente as situações de cabimento do Agravo de Instrumento, o legislador invocou para si o risco de pecar pela falta, e assim suscitar futuras discussões sobre a possibilidade de se considerar, também, hipóteses não previstas inicialmente na lei. Tal crítica, contudo, não altera o dever de respeitar a opção tomada pelo legislador, sob pena de se admitir desobediência a qualquer dispositivo legal com fundamento em eventual discordância dos comandos legislativos. *Dura lex sed lex*[4].

O antigo diploma processualista, conforme já afirmado, previa apenas duas hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento: a da decisão sobre o recebimento da Apelação e aquela suscetível de causas lesão à parte. Quanto à primeira, não há dúvida sobre sua objetividade. Em relação à segunda, aparentemente foi construída de modo a conferir certa abertura às hipóteses de manejo, pois encontravam-se presentes expressões de aplicabilidade normativa aberta, subjetiva.

Apesar de não ser o caso, a utilização, pelo legislador, de cláusulas gerais, que também são conceitos de aplicabilidade normativa aberta, já foi elogiada por parte respeitável da doutrina. Exemplo disso é o magistério histórico de Judith Martins Costa, segundo quem cláusulas gerais podem ser fatores de mobilidade do sistema jurídico[5], em razão de sua adaptabilidade normativa sem a necessária alteração textual. Mas também, caso sua utilização seja desmedida, podem culminar em um alargamento indesejável do sistema jurídico, tornando-o maleável e ineficaz.

Desta forma, o legislador, quando da elaboração do Novo Código de Processo Civil, poderia ter mantido as redações anteriores sem que estas se mostrassem obsoletas, pois, em razão da maleabilidade inerente às cláusulas gerais, assim como aos conceitos de “lesão” e “ameaça de lesão” presentes no citado artigo, as mesmas não seriam revogadas, mas apenas reinterpretadas conforme as práticas jurídicas que hoje se observa.

Contudo, não foi essa a escolha do legislador. O artigo que continha os conceitos jurídicos abertos, suscetíveis à variadas aplicações conforme o caso prático, e perfeitamente resistentes ao passar do tempo, se transformou em um rol com 13 incisos (um deles vetado), nos quais são previstas situações especificamente descritas, de modo a não deixar dúvidas sobre o seu conteúdo ao seu objeto de destino.

Assim, a redação atual dos incisos que tratam das hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento prevê situações processuais singulares, particularmente escolhidas e detalhadas pelo legislador a cada alínea.

A conclusão que se extrai, portanto, é a de que a intenção do legislador foi, de fato, alterar a natureza das hipóteses de cabimento do Agravo. Aliás, diferentemente do que era apresentado no CPC/73, a redação dos incisos hoje vigentes não se utiliza nem de cláusulas gerais, nem de conceitos que possam deixar margem de atuação discricionária ao aplicador da norma. São, portanto, hipóteses típicas, objetivamente descritas.

O método interpretativo teleológico se impõe, uma vez que, a partir dele, busca-se averiguar a intenção do legislador ao elaborar a norma, o que, sem dúvida, contribui para a sua aplicação de forma fiel às circunstâncias que motivaram sua criação. Uma norma que preserve, na sua vigência, a identidade do seu processo elaborativo, é, sem dúvida, bem aplicada. Sobre o citado método interpretativo, é válida a lição:

A interpretação teleológica supera a lógica formal e dirige sua atenção para o bem jurídico tutelado pela norma, isto é, para o fim que a norma procura alcançar (Bettiol). A conclusão interpretativa deve estar afeiçoada à preservação desse valor bem jurídico, o que extrapassa o âmbito da lógica formal para introduzir no método jurídico um elemento material. Pode ser incluída aqui, ainda, a corrente que se preocupa com os efeitos da decisão, fazendo reflexão sobre as consequências^[6].

Portanto, se no diploma anterior a intenção foi prever uma previsão normativa mais enxuta que, por sua redação aberta, admitissem uma maior

quantidade de interpretações e, conseqüentemente, aplicações, no atual diploma ocorreu o contrário. O aumento da quantidade de incisos foi acompanhado de redação direta e específica, de modo a contemplar todas as situações em que seria cabível o referido recurso.

2. A CONTROVÉRSIA NO ÂMBITO DO STJ.

A prática forense começou a forçar os tribunais (especialmente o STJ) a se manifestarem sobre a admissibilidade de agravo contra outras decisões, cujo mérito não estava previsto no artigo 1.015. A Corte especial e as Turmas do STJ suscitaram quatro teses que poderiam ser adotadas na definição do julgamento.

A primeira teoria que poderia surgir sobre o caso é a da taxatividade restrita. Ou seja, o que não se encontra no rol do art. 1.015 não oferece impugnação por Agravo. Não haveria esforço argumentativo capaz de alargar os limites impostos pelo artigo. Tal tese foi proposta, no âmbito do STJ, pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, entendeu que a vontade do legislador em atribuir natureza taxativa poderia ser alterada somente pela via legislativa.

Em direção totalmente contrária, foi suscitada a hipótese de adoção do caráter exemplificativo do rol. Ou seja, cabe Agravo de Instrumento nas hipóteses do artigo 1.015 mas também em outras hipóteses, desde que comprovados urgência e risco (CPC/73). Dessa forma, o rol previsto no artigo seriam apenas exemplos do cabimento do Agravo.

Entre as duas teorias anteriores, existe a teoria da interpretação extensiva ou analógica, utilizada para que se admita a maleabilidade das situações ali narradas, de modo a entender que o legislador disse menos do que queria (ou do que deveria) e o intérprete poderia ampliar, casuisticamente, o âmbito de incidência dos conceitos ali previstos para englobar outros congêneres, similares, etc. Assim, o julgador, no caso a caso, decidiria o que pode ou não ser atacado via Agravo de Instrumento. Sua adoção, contudo, assim como a corrente exemplificativa, poderia configurar uma possível afronta ao princípio da isonomia, uma vez que determinada decisão que fosse entendida como agravável poderia estimular o uso de outro Agravo, contra decisão semelhante ou até mesmo idêntica, o qual poderia ser inadmitido por o julgador entender que a decisão era não agravável.

O início das discussões sobre a natureza do rol, no STJ, afastou a ideia da taxatividade restrita, tamanha a quantidade de recursos atacando decisões não previstas no art. 1.015. Serviram como parâmetro os Recursos Especiais nº 1.679.609/RS e 1.694.667/PR. No primeiro, o STJ admitiu Agravo de Instrumento para atacar decisão interlocutória relacionada a definição de competência e, no segundo, admitiu o Agravo contra decisão interlocutória relacionada à efeito suspensivo dado aos embargos à execução. Tais recursos inauguram, no STJ, a discussão sobre a natureza jurídica do rol do art. 1.015/CPC.

Em Fevereiro de 2018, o STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.704.520/MT reconheceu a importância da discussão e decidiu afetar tal *REsp*. para que se definisse a natureza do rol além de se verificar a possibilidade de interpretação extensiva para admitir o cabimento contra decisões não expressamente referidas no art. 1.015/CPC.

Em Agosto, o julgamento foi retomado e a Ministra Nancy Andrighi, relatora, expôs os primeiros argumentos que culminaram nas conclusões do Tribunal sobre a matéria. Primeiramente, afirmou que o rol do art. 1.015 não é suficiente para contemplar todas as hipóteses de decisões agraváveis e o Mandado de Segurança não é meio processual adequado para provocar reexame da decisão.

Além disso, a Ministra afastou as três teorias apontadas anteriormente. *Paripassu*, foi apresentada uma quarta teoria: a da interpretação com base na urgência da situação. Ainda, a relatora propôs modular os efeitos para alcançar apenas as interlocutórias proferidas após a decisão do *REsp*.

Portanto, no entender da ministra, caberia agravo as hipóteses do rol do art. 1.015 como também todas as vezes em que a parte demonstrar a urgência da decisão interlocutória no que diz respeito à lesão e a impossibilidade de se discutir o mérito da decisão agravada em preliminar de Apelação.

Ao enunciar o requisito da urgência, de certo modo a Ministra retoma as características presentes no Agravo de Instrumento do Código de 1973, uma vez que a decisão que possui urgência é aquela capaz de gerar na parte alguma espécie de lesão.

3. A DEFINIÇÃO DA CONTROVÉRSIA.

Até o momento da definição do posicionamento do STJ, o Tribunal caminhou por diversos entendimentos de modo a admitir o cabimento de Agravo de Instrumento em variadas hipóteses. Admitiu-se, inclusive, o manejo do recurso em situações não previstas no rol do art. 1.015 mas desde que fossem demonstrados os requisitos de urgência ou grave lesão, o que de certo modo ressuscitou as exigências previstas no Código de Processo de 1973.

No dia 05 de Dezembro de 2018, a Corte Especial do STJ, em julgamento bastante apertado (7 a 5), proferido no Tema Repetitivo 988 (que englobava os REsp 1696396/MT e 1704520/MT) definiu a natureza do rol do art. 1.015 do CPC/15. Em contraponto às três teorias apresentadas no tópico anterior, foi apresentada uma quarta teoria: a da taxatividade mitigada, que, ao final, foi o conceito adotado pela Corte.

No entendimento da Ministra Nancy Andrighi,

A taxatividade do artigo 1.015 é incapaz de tutelar adequadamente todas as questões em que pronunciamentos judiciais poderão causar sérios prejuízos e que, por isso, deverão ser imediatamente reexaminadas pelo segundo grau de jurisdição.

O rol do artigo 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.[7]

Pela importância e elogiável didática adotada na emenda do julgado, pede-se escusa ao leitor para a sua transcrição integral:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA.

EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS.

1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal.

2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as “situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação”.

3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo.

4- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia

pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos.

5- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na repriminção do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo.

6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, pois somente haverá preclusão quando o recurso eventualmente interposto pela parte venha a ser admitido pelo Tribunal, modulam-se os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica apenas seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão.

8- Na hipótese, dá-se provimento em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que se refere à competência, reconhecendo-se, todavia, o acerto do acórdão recorrido em não examinar à questão do valor atribuído à causa que não se reveste, no particular, de urgência que justifique o seu reexame imediato.

9- Recurso especial conhecido e parcialmente provido

(STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.696.396 - MT (2017/0226287-4), Relatora: Min. MINISTRA NANCY

ANDRIGHI, Data de julgamento: 05/12/2018, Corte Especial,
Data de Publicação: DJe: 19/12/2018)

De início, a partir das conclusões do julgado é possível admitir a fixação de duas premissas pelo STJ. A primeira, o reconhecimento da incompletude do rol do art. 1.015 do CPC/15. E em segundo lugar, a advertência de que as hipóteses a serem admitidas fora do rol devem ser excepcionalíssimas.

Diante de tais conclusões, é inevitável, pois inerente à atividade científica, questionar se não há, ainda que timidamente, um desrespeito ao trabalho do legislador infraconstitucional que, ao elaborar um rol de cabimento do recurso, intencionalmente alterou a disciplina do Agravo, rechaçando a margem interpretativa prevista no CPC/73.

Ora, de que adiantaria a manifesta mudança de curso implementada pelo legislador que, ciente da existência de demanda interpretativa no código anterior optou por prever hipóteses taxativas de cabimento se, mais tarde, o Tribunal responsável pela interpretação infraconstitucional poderá alterar a *ratio* deliberadamente empregada?

A possibilidade de a jurisprudência conferir interpretação própria a um dispositivo legal e inclusive desnaturá-lo pode representar indesejável violação à separação de poderes e aos limites funcionais do Poder Judiciário, cuja função típica consiste em interpretar, e não em legislar.

A situação se mostra ainda mais preocupante quando se nota que a norma objeto de interpretação foi editada pouquíssimo tempo antes da interpretação que alterou sua substância. Dessa forma, não é possível invocar alterações nos contextos fáticos, sociais ou jurídicos como forma de justificar a releitura do dispositivo por parte da jurisprudência. O legislador que editou a norma o fez quase que contemporaneamente com a jurisprudência que a modificou, ou seja, projetando sua visão sobre os mesmos dispositivos jurídicos, sobre a mesma realidade social e científica.

Dessa forma, a mudança da natureza do rol do art.1.015, por parte do STJ, pode ser justificada apenas por ter a Corte entendido que o legislador, na verdade, disse menos do que queria (ou deveria), muito embora, repita-se, a opção

legislativa pela mudança de tratamento das hipóteses de cabimento do Agravo tenha sido manifesta.

O ponto positivo sobre a derradeira manifestação do STJ, proferida com o intuito de pôr fim à controvérsia sobre a natureza do rol do artigo 1.015, consiste em ter o Tribunal assumido a responsabilidade de exercer seu *mister* constitucional de intérprete da legislação infraconstitucional e definir um sentido que seja observado pelos órgãos inferiores, de modo a evitar a perpetuidade da controvérsia e as possíveis variações argumentativas que sobremaneira aumentariam a incerteza jurídica sobre o caso.

Em primeiro lugar, é inevitável pontuar que a expressão escolhida pelo STJ não é a mais desejada, pois “taxatividade” é um conceito que já existia e já oferecia significado próprio, ao passo em que acompanhá-lo de “mitigada” atenua sua aplicação em quantidade não determinada. Ou seja, não se sabe, apenas pela leitura do conceito, o quão taxativo deixou de ser o rol, ou o quão exemplificativo ele passou a ser. Afirmar que o mesmo é mitigado não esclarece de modo suficiente a redução de sua taxatividade. Além disso, afirmar que um conceito é mitigado parece negar a própria natureza do conceito. Ou seja: se algo é mitigado, é porque não é taxativo, o que apenas reforça a conclusão de que “mitigada” é usado como álibi, à disposição de conceitos que não se sabe ao certo o alcance.

Nos parece que a melhor tradução do conceito adotado seria a de que o rol é taxativo, mas que admite flexibilização apenas excepcionais e previamente determinadas pelo intérprete infraconstitucional, e não passíveis de serem criadas pelo julgador caso a caso.

Dessa forma, as hipóteses excepcionais, segundo o STJ, seriam aquelas em que se mostraria inútil discutir o mérito da decisão interlocutória em preliminar de apelação. Disse o STJ que “a taxatividade do art. 1.015 é incapaz de tutelar adequadamente todas as questões em que pronunciamentos judiciais poderão causar sérios prejuízos e que, por isso, deverão ser imediatamente reexaminadas pelo segundo grau de jurisdição”. É possível conceber que “sérios prejuízos” aos quais o STJ refere se aproxima do requisito constante no art. 522 do CPC/73, que exigia lesão ou ameaça de lesão.

Além disso, o STJ mostrou preocupação em afirmar que, muito embora se admita a interposição de Agravo em hipóteses não previstas taxativamente, as que não constam no rol do art. 1.015 devem ser excepcionalíssimas.

A demonstração de inutilidade de discussão em preliminar de apelação surge, portanto, como requisito instituído pelo STJ na admissão de hipótese não prevista pelo legislador ordinário.

4. DOS EFEITOS DA DECISÃO DO STJ E POSSÍVEIS DESAFIOS.

Muito embora o Tribunal da Cidadania tenha – como dito – positivamente exercido com responsabilidade o *múnus* de intérprete da legislação federal, algumas situações conflituosas podem surgir mesmo após a proposta de definição do rol acima analisada.

Como já pontuado, o STJ admitiu o cabimento de Agravo de Instrumento contra decisões não previstas no rol do art. 1.015 do CPC desde que demonstrada a urgência e a inviabilidade de se discutir tal decisão em preliminar de apelação.

Ocorre que ambos os requisitos criados, inevitavelmente, desembocam em um juízo casuístico de análise cabimento, de modo que caberá ao julgador, no caso concreto, aferir a compatibilidade da postulação do recorrente às hipóteses admitidas pelo STJ. Assim, o Tribunal de certa forma ressuscita a análise subjetiva que existia quando da vigência do Código de 1973.

Ademais, os conceitos de “urgência” e “inevitabilidade”, que norteiam o cabimento do Agravo de Instrumento fora do rol do art. 1.015 também comportam certa subjetividade, de maneira que será possível o surgimento de situações muito parecidas, submetidas à apreciação de juízos diversos, nas quais uma foi considerada urgente e a outra não.

Ao fim e ao cabo, a intenção do legislador processual, ao elaborar a norma do citado artigo e conferir atuação objetiva do intérprete da norma de certa forma perde sua aplicabilidade, uma vez que o subjetivismo característico do Código de 1973 ainda encontra espaço de atuação, com as diretrizes estabelecidas pelo STJ já expostas.

Além disso, diante da possível existência de situações semelhantes em que sejam proferidos juízos diversos de admissibilidade do Agravo de Instrumento, também é inevitável afirmar que as partes insatisfeitas com a inadmissibilidade provocarão o Superior Tribunal a se manifestar sobre a ocorrência ou não da urgência, da lesão ou da ameaça dela. Ou seja, o posicionamento do Tribunal não evitará, sobretudo diante da facilidade em manejar recursos que o ordenamento prevê, que o STJ continue delimitando o âmbito de aplicação da norma do art. 1.015 e afirmando, especificamente em cada caso, se é admissível ou não o manejo de Agravo de Instrumento.

Conseqüentemente, também é possível imaginar que, diante de um número grande de provocações que o STJ irá receber, poderão ser produzidos entendimentos vinculantes, seja em Recurso Especial Repetitivo, seja em enunciado de súmula, em que se afirmará que em determinada situação não cabe Agravo de Instrumento, mas em outra tal cabe. Ou seja, o conceito oferecido pelo Tribunal atraiu para si a competência de apontar as hipóteses de cabimento ou não do recurso, atribuição que, pela interpretação do art. 1.015, o legislador buscou deixar a cargo da lei.

5. COMO, ENTÃO, INTERPRETAR O INCISO XIII do art. 1.015?

Considerando que a linha defendida pelo presente trabalho caminha pela adoção da interpretação restritiva das hipóteses de cabimento do Agravo, poderia surgir questionamento sobre a interpretação do inciso XIII do art. 1.015 que seja mais consentânea com os objetivos do legislador processual.

Isso porque o referido inciso figura como último verbete do art. 1.015 e afirma: "Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: [...] **XIII - outros casos expressamente referidos em lei.**"

Em primeiro lugar, é imperioso que se diga que não há incompatibilidade entre o entendimento pela natureza restritiva das hipóteses de cabimento e o reconhecimento da validade do referido inciso. Para tanto, defende-se que a expressão mais relevante contida no referido inciso é "em lei". Tal importância se justifica pela necessidade apontada pela lei da previsão específica da hipótese de cabimento. Ou seja, o legislador não deixou à cargo do intérprete ou do julgador a análise do cabimento do recurso, mas apenas reconheceu que não poderia, em

um rol de artigo, esgotar todas as possibilidades de situações, mas, ciente disso, ressaltou que as hipóteses que não fossem ali previstas deveriam provir de comando legal, e não de conclusão interpretativa.

Ademais, tudo que é previsto pela lei, ainda que não seja a lei processual por excelência (o Código de Processo) é taxativo, de modo que, a *contrario sensu*, enunciativa (ou exemplificativo) é aquela situação que a lei não é capaz de prever, seja no código de processo, seja em outro diploma específico, e, portanto, deixa ao sabor do intérprete ou do julgador admitir a aplicação da norma a um caso que por ele foi apreciado.

Doutrina consagrada também defende a ideia aqui apresentada. Vejamos a lição de Daniel Neves:

O rol legal de decisões interlocutórias recorríveis por agravo de instrumento é restritivo, mas não o rol legal, considerando a possibilidade de o próprio Código de Processo Civil, bem como leis extravagantes, previrem outras decisões interlocutórias impugnáveis pelo agravo de instrumento que não estejam estabelecidas pelo disposto legal.[8]

A conclusão do Prof. Daniel Neves é brilhante, e no nosso entender, seria mais consentânea a ser adotada pelo STJ em respeito à vontade do legislador estampada na redação do Novo Código de Processo, conforme já desenvolvido. A necessidade de previsão legal, inclusive, obedeceria ao princípio do paralelismo das formas e ao da separação de poderes, ao passo em que hipóteses fora do rol do art. 1.015 seriam criadas pelo mesmo Poder (o Legislativo) que criou a previsão originária e permitiu a continuação de sua obra.

Assim, a previsão de uma hipótese de Agravo de Instrumento por uma lei (e deve ser por lei, em obediência ao comando do inciso em análise) não desconfigura a natureza exaustiva das hipóteses de cabimento do Agravo. Repita-se: das hipóteses de cabimento, e não do rol do art. 1.015.

Desta forma, é possível concluir que: o rol do art. 1.015 pode ser encarado como exemplificativo, mas as hipóteses de cabimento são taxativas, pois são necessariamente previstas em lei.

Portanto, a nosso sentir, não é possível justificar a conclusão de que o rol (ou as hipóteses de cabimento) são exemplificativas com base na ressalva contida no inciso XIII do art. 1.015 do CPC/15.

O STJ, ao buscar resolver a questão, assume para si o ônus decisório e não encerra a discussão, pois certamente irão aparecer situações em que se buscará o juízo do Tribunal em afirmar se a decisão é agravável. O tribunal, ao se deparar com um enunciado que buscava ser taxativo e adicionar dois conceitos que dão margem para interpretação, abriu margem para o surgimento de novos questionamentos sobre o cabimento do referido recurso e, apesar de ter buscado pôr fim à discussão sobre a natureza do rol do art. 1.015, será responsável por continuar afirmando quais hipóteses se encaixam no preceito legal.

6. CONCLUSÕES

A decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a natureza do rol do art. nº 1.015 do Código de Processo Civil, de certo modo, contrariou a manifesta intenção do legislador em conferir caráter mais objetivo às hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento.

A partir do momento em que o legislador elencou situações objetiva e especificamente previstas para o manejo do recurso, uma interpretação que afirme ser o rol de "taxatividade mitigada" afrouxa a rigidez atribuída pelo Novo Código àquelas hipóteses e deixa ao arbítrio do julgador aferir o cabimento do recurso de acordo com a urgência da situação processual.

Conforme já se mencionou, a decisão do STJ emerge no mesmo contexto jurídico, social que permeava a elaboração do Novo Código, de modo que nem a hipotética alteração em tais cenários poderia justificar a mudança empregada.

Dessa forma, o STJ desrespeita a opção claramente tomada pelo legislador e permite que o intérprete, casuisticamente, inove no ordenamento de modo a permitir o manejo do Agravo em situações que não foram as escolhidas pelo Código.

Além disso, enfraquece a segurança jurídica pois, ao permitir a interposição de Agravo em situações de urgência, delega ao julgador a função de indicar quais

as situações que se encaixam nesse conceito, o que certamente fará com que o STJ, em grau de recurso ou mesmo em reclamação, determine quais as situações que permitem a utilização de Agravo de Instrumento.

Portanto, a subjetividade presente no antigo diploma processual volta a ganhar espaço no referido recurso, e a intenção do legislador em restringir as hipóteses de cabimento, de certa maneira, perde a razão de ser.

Caso o STJ novamente se debruce sobre a natureza do rol do art. 1.015, poderá levar em conta a *ratio* propulsora da elaboração do CPC/15 e a possibilidade de se admitir outras hipóteses de manejo, desde que provenientes de comando legal, e não subordinada ao juízo do intérprete.

A discussão que a decisão em comento traz à tona não se restringe ao estudo do Agravo de Instrumento, pois também pode ser um ponto de partida para a análise do papel do Poder Judiciário na interpretação legal e os limites da atuação normativa de cada Poder.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Código de Processo Civil (1973) – Lei 5.869. Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em 07 fev. 2019.

BRASIL, Código de Processo Civil (2015) – Lei 13.105. Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 07 fev. 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil - v. 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 136.

Interpretação. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Em: AJURIS, v. 16, n. 45, pp. 7-20, mar. 1989.

MARTINS-COSTA, Judith. As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 112, p. 13-32, 1991.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – volume único. 8 ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 1558.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp Nº 1.696.396 - MT (2017/0226287-4), Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 19/12/2018. Site do Superior Tribunal de Justiça, 2019. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201702262874>>. Acesso em: 07 fev. 2019.

NOTAS:

[1] BRASIL, Código de Processo Civil (1973) – Lei 5.869. Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em 07 fev. 2019.

[2] DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil - v. 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 136.

[3] BRASIL, Código de Processo Civil (2015) – Lei 13.105. Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 07 fev. 2019.

[4] *Dura lex sed lex* consiste em um brocardo latim que, em tradução livre, significa: a lei é dura, mas é a lei. Em síntese, traduz o dever de obediência ao comando legal ainda que haja discordância por conta do rigor adotado pelo legislador ou simplesmente pela opção ideologicamente contrária a quem se mostra desobediente.

[5] MARTINS-COSTA, Judith. As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 112, p. 13-32, 1991.

[6] Interpretação. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Em: AJURIS, v. 16, n. 45, pp. 7-20, mar. 1989.

[7] STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp Nº 1.696.396 - MT (2017/0226287-4), Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 19/12/2018. Site do Superior Tribunal de Justiça, 2019. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201702262874>>. Acesso em: 07 fev. 2019.

[8] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – volume único. 8 ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 1558.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL DECORRENTE DE ATIVIDADE POLUENTE

JOMAR DE OLIVEIRA RAMOS: Mestre em Ambiente e Sociedade pela Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri (UFVJM / 2016), especialização em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (FADIVALE / 2004) e pela Universidade Cândido Mendes (UCAM / 2007 / 2009 / 2010) e graduação pela Faculdade de Direito de Teófilo Otoni (FENORD / 2002). Advogado desde 2003. Professor de Direito na FENORD / IESI; Professor de Pós-Graduação das Faculdades Pitágoras; Gestor Ambiental na Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável do Estado de Minas Gerais (SEMAD).

RESUMO: A defesa do meio ambiente é um dos temas que mais desperta o interesse da sociedade contemporânea. A Constituição vigente proclama que o meio ambiente é um bem comum de todos, cabendo à coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Neste contexto, a responsabilização civil por atos que venham a causar dano ao meio ambiente, por sua natureza repressiva e preventiva, surge como resposta a este anseio. Não obstante, na aplicação prática do princípio do poluidor-pagador surge o questionamento tocante à relevância da subjetividade da conduta do agente poluidor, perquirindo se há a necessidade de apuração da intenção danosa ou de verificação de culpa, ou se basta a configuração de um prejuízo e o apontamento de seu autor para gerar o direito de ressarcimento e reparação. Nesses termos, a presente abordagem objetiva discutir além da reparação do dano ao meio ambiente, sua recuperação e acima de tudo os mecanismos de prevenção.

Palavras-chave: poluição; prevenção; precaução; reparação; recuperação.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 POLUIÇÃO AMBIENTAL. 2 EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL. 3 PRINCÍPIO DO POLUIDOR PAGADOR. 4 PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO À OCORRÊNCIA DE DANOS AMBIENTAIS. 5 REPARAÇÃO E RECUPERAÇÃO DO AMBIENTE DEGRADADO. 6 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A produção industrial de massa se tornou uma atividade fundamental para atender as necessidades cada vez maiores da população. Neste processo, as indústrias transformaram em grande escala, matéria-prima retirada dos recursos naturais em produtos, e essa transformação traz naturalmente um alto custo ecológico devido ao impacto ambiental produzido.

Nesse contexto, a temática da poluição e suas consequências jurídicas e sociais assume contornos extremamente relevantes.

O tema é por demais complexo e exige, por conseguinte, reflexões multidisciplinares, que vão da Biologia ao Direito. Ou seja, a discussão sobre a sobrevivência e a qualidade de vida do ser humano nas próximas décadas importa em se repensar o modo como este lida com a natureza posta ao seu usufruto.

No Brasil, onde se encontra a maior floresta tropical do mundo, certamente, muitas ações e iniciativas de políticas públicas devem ser tomadas para a evolução da possibilidade de responsabilização daqueles que praticam atos que possam vir a causar qualquer espécie de dano ambiental, principalmente a atividade poluente.

Eis que se faz necessário destacar, desde já, que não se trata apenas da visão da responsabilização ancorada no chamado princípio do poluidor-pagador, ou seja, deve ocorrer uma inversão no raciocínio de que quem poluiu, deve pagar, mas sim, de uma ideia evoluída em relação a esse pressuposto.

Destarte, a problemática da poluição ambiental merece uma ampla discussão, sobretudo, com ações concretas a partir disso.

1 POLUIÇÃO AMBIENTAL

Desastres ambientais, como os ocorridos em barragens de mineração em Mariana (2015) e Brumadinho (2019), cidades do interior do Estado de Minas Gerais, frutos da exploração predatória dos recursos naturais, recolocaram em discussão a questão da poluição do meio ambiente.

O termo poluição é usado quando o ritmo vital e natural em uma área ou mais da biosfera é quebrado, afetando a qualidade ambiental, podendo oferecer riscos ao homem e ao meio, dependendo da concentração e propriedades das substâncias, como a toxicidade, e da característica do ambiente quanto à capacidade de dispersar os poluentes, levando-se em conta não só as consequências imediatas, mas também as de longo prazo, tanto no ambiente como no organismo humano. (SCARLATO e PONTIN, 2006).

A poluição consiste na emissão de resíduos sólidos, líquidos e gasosos em quantidade superior à capacidade de absorção do meio ambiente. Portanto, toda e qualquer alteração ocorrida no ambiente que cause desequilíbrio e prejudique a vida trata-se de poluição ambiental. (DERISIO, 2017).

Existem diversas formas de poluição, dentre elas destacam-se a poluição da atmosfera, das águas e do solo.

A poluição atmosférica é a poluição do envoltório gasoso do planeta, constituído essencialmente de oxigênio, argônio e outros gases. O conjunto destes é o valioso ar, no qual merece dar destaque ao elemento oxigênio, por ser essencial a respiração do homem, e do gás carbônico essencial ao processo de fotossíntese realizado pelas plantas. (DERISIO, 2017).

O ar é um dos recursos naturais que o meio ambiente nos proporciona para que seja possível a existência de vida. Como toda a natureza tem uma capacidade limitada de se regenerar, o ar não seria diferente, uma vez que através de ciclos naturais seus constituintes são reciclados. Assim pode-se observar que a atmosfera tem uma capacidade depuradora, essa capacidade é capaz de eliminar substâncias nocivas descarregadas nela pela ação dos seres vivos.

A título de exemplo, cita-se a queima de combustíveis fósseis pelas indústrias e pelos veículos, que produzem o gás carbônico junto com outras formas oxidadas do nitrogênio e do enxofre que são liberados para a atmosfera. Juntando o dióxido de enxofre e o vapor d'água forma-se o ácido sulfúrico que cai sobre a superfície terrestre em forma de chuva. As consequências disto são o desgaste do solo, da vegetação e dos monumentos, a acidez dos lagos ocasionando o desaparecimento das espécies que vivem neles.

A poluição hídrica consiste na contaminação dos corpos d'água por elementos físicos, químicos e biológicos que podem ser nocivos ou prejudiciais aos organismos, plantas e à atividade humana. Trata-se de um problema social e ambiental de máxima gravidade, pois, embora a água seja um recurso natural renovável, ela tem se tornado cada vez mais escassa, haja vista que apenas a água potável é própria para o consumo.(DERISIO, 2017).

O desenvolvimento desenfreado das atividades econômicas, sobretudo no meio urbano, é a principal causa da poluição das águas. E sua principal consequência é a perda dos recursos hídricos para consumo. Além disso, vale lembrar que esses locais são o habitat de várias espécies, algumas delas em risco de extinção.

Por sua vez, o solo pode ser contaminado de várias maneiras e por diversos meios. Pode ser através de resíduos sólidos ou líquidos, de origem domiciliar, comercial ou industrial. Todas estas formas são prejudiciais direta ou indiretamente a vida, e impedem que os ciclos naturais se realizem apropriadamente. (DERISIO, 2017).

No caso da exploração de recursos minerais presentes nos solos, atividade essencial para a economia do país, os diversos minérios extraídos são utilizados na indústria em diferentes segmentos e fornecem um leque de opções para seu uso, por serem matéria-prima de inúmeros produtos. No entanto, a mineração tem apresentado uma imagem negativa devido ao seu histórico de acidentes recentes e ao alto volume de rejeitos gerado a partir da exploração, representando um problema devido aos profundos impactos ambientais que pode gerar na localidade onde ocorre a atividade.

A título de exemplo, cita-se a situação das barragens de mineração, que são estruturas utilizadas para reter os rejeitos sólidos e líquidos provenientes da indústria mineradora, aonde se vislumbra um risco potencial de poluição tanto dos solos, como das águas. Haja vista que o rompimento de duas barragens da mineradora Samarco no interior de Minas Gerais, em 2015, provocou o maior desastre ambiental da história do país, e, trouxe à tona o desrespeito às leis ambientais e à carência de uma fiscalização mais eficiente.

Nos países subdesenvolvidos, ou em desenvolvimento, como é o caso do Brasil e demais países da América Latina, a poluição é resultado da pobreza e da ausência de educação de seus habitantes, que, assim, não têm base para exigir os seus direitos de cidadãos, o que só tende a prejudicá-los, pois esta omissão na reivindicação de seus direitos leva à impunidade às indústrias, que poluem cada vez mais, e aos governantes, que também se aproveitam da ausência de consonantização e fecham os olhos para a questão, como se tal situação não atingisse também a eles.

2 EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL

Apesar de remontar a origem da civilização, o fenômeno da agressão ao meio ambiente era considerado como consequência do progresso de desenvolvimento tecnológico e econômico. Somente na segunda metade do século XX, começou a ter tratamento jurídico especial, como por exemplo na Convenção de Paris de 1960, que responsabilizava empresas que utilizavam energia atômica que causasse danos ao meio ambiente, e, na Convenção de Viena, semelhante à de Paris, criando a teoria da responsabilidade nuclear.

Também, os constantes desastres ecológicos provocados pelos naufrágios de petroleiros, sensibilizaram de sobremaneira a opinião pública, principalmente em nível internacional, levando a Convenção de Bruxelas de 1969 a estabelecer princípios da responsabilidade objetiva de proprietários desses navios.

No Brasil, tal mobilização se deveu principalmente às frequentes queimadas na Amazônia, dizimação dos índios e a morte do seringueiro e ambientalista Chico Mendes em 1988.

Com a promulgação da vigente Constituição da República, o Brasil veio a ter um documento de significativa importância, na defesa do meio ambiente e do patrimônio genético, buscando, assim, a consciência brasileira melhores condições de vida com a preservação da natureza.

A Lei Maior proclama, com ênfase, que o Estado democrático de Direito, tem, como fundamento, entre outros, a dignidade da pessoa humana, assentando as relações internacionais na cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

O legislador elevou então a proteção do meio ambiente a um status constitucional, como direito fundamental, sendo, definido como um bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, em que o Estado e a sociedade têm o dever de preservá-lo para a geração presente e para as gerações futuras.

O artigo 225 da Constituição dispõe que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo imposto ao poder público o dever de preservar e restaurar os processos ecológicos das espécies e ecossistemas e definir em todas as unidades federativas espaços territoriais a serem especialmente protegidos. A alteração e a supressão destes espaços somente serão permitidas, por meio de lei, ficando vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção, sendo proibidas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécie ou submetam os animais a crueldade.

A Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, a Rio-92, como ficou conhecida, sacramentou a preocupação com a proteção ao meio ambiente, reforçando os princípios e regras para o combate à degradação ambiental, elaborando a Agenda 21, instrumento diretriz do desenvolvimento sustentável. (ANTUNES, 2002).

Através da lei n. 9.795/94, criou-se a Política Nacional de Educação Ambiental em atenção ao comando do art. 225 – inciso VI da C.F./88. A educação ambiental tem como objeto, a tutela da qualidade do patrimônio material, cultural e artístico, cujo objeto imediato da tutela é a qualidade do meio ambiente, enquanto o mediato é a saúde, o bem-estar e a segurança da população, sintetizando na expressão qualidade de vida.

Em 2012 foi criado um novo Código Florestal (Lei 12.651) que dentre as principais mudanças estão a ampliação das Áreas de Preservação Permanente (APP) e as alterações no âmbito da Reserva Legal (RL), com o intuito de garantir a preservação da biodiversidade local e conter o desmatamento e a pressão da agropecuária sobre as áreas de florestas e vegetação nativa. Assim, o legislador inseriu no referido diploma os parâmetros de sustentabilidade que vêm sendo implementados para melhorar a situação mundial para que, no mínimo, se deixe um ambiente razoavelmente habitável para as gerações futuras.

3 PRINCÍPIO DO POLUIDOR PAGADOR

O princípio do poluidor pagador é um dos pilares do Direito Ambiental, em que se concebe que quem polui, deve responder pelo prejuízo que causa ao meio ambiente. A responsabilização se processa na forma de pagamento que, por sua vez, pode consistir em uma prestação pecuniária, ou em atos do poluidor. (ARAGÃO, 1997).

O princípio em apreço surgiu em 1972, por ocasião da Conferência de Estocolmo na Suécia, sendo proveniente da necessidade de se primar pelas parcerias públicas privadas na busca pela defesa do meio ambiente.

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (lei 6.938/81) conceitua o dano ambiental, considerando-o para todos os fins como poluição. Assim, dispõe o art. 3º, inciso II da referida Lei, que: "a degradação da qualidade ambiental é a alteração adversa das características do meio ambiente" e, em seguida (inciso III) conceitua poluição como sendo a degradação da qualidade ambiental resultante das atividades que prejudiquem a saúde, a segurança e bem-estar da população, criem condições adversas às atividades sociais e econômicas, afetem desfavoravelmente a biota e as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente, e, lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Tendo como fundamento o artigo 4º, VIII da Lei 6.938/81, o princípio leva em consideração que os recursos ambientais são escassos, por conseguinte, sua produção e consumo geram degradação e escassez. Ademais, o uso gratuito e indiscriminado de um recurso ambiental leva a um enriquecimento ilícito, pois como o meio ambiente é um bem que pertence a todos, boa parte da sociedade fica preterida. (SIRVINKAS, 2011).

O referido princípio fora recepcionado pela Constituição de 1988, mais precisamente em seu artigo 225, §3º que dispõe o seguinte: "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados."

Segundo Aragão (1997) o poluidor pagador é um princípio normativo de caráter econômico, vez que imputa ao poluidor os custos decorrentes da sua

atividade. Por conseguinte, o princípio deve ser entendido com o recurso econômico usado para que o poluidor arque com os custos da atividade poluidora, ou seja, haja a internalização dos efeitos externos, passando assim a repercutir nos custos finais dos produtos e serviços. Dessa forma, almeja-se que os poluidores assumam os custos impostos por sua atividade poluente.

Para Fiorillo (2015) o princípio tem duas órbitas de alcance, a saber, pretende evitar a ocorrência de danos ambientais (caráter preventivo) e, caso estes aconteçam, objetiva a reparação (caráter repressivo).

Cumprido ressaltar que a reparação do dano que não pode ser evitado deve ser preferencialmente específica, ou seja, mediante reconstituição do quadro ambiental que existia anteriormente, evidentemente quando isto for possível.

Destarte, em sua dimensão de princípio orientador das políticas públicas ambientais, se revela um instrumento fundamental para a preservação do meio ambiente. Este princípio se reveste de uma vocação preventiva, uma vez que inibe a conduta lesiva a ser praticada pelo potencial poluidor, bem como, atua no campo da repressão, por meio da responsabilização penal, administrativa e civil.

4 PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO À OCORRÊNCIA DE DANOS AMBIENTAIS

Com a elevação da proteção ambiental ao status constitucional (artigo 225 da CF) houve um expressivo avanço no ordenamento jurídico brasileiro, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e as futuras gerações.

Pelo texto constitucional da Carta de 88, passa a ser dever de todos tratar o meio ambiente de forma consciente, responsável e moderada, de modo a garantir uma sadia qualidade de vida não só às presentes gerações, mas também às futuras, com o uso racional dos recursos naturais disponíveis.

Neste contexto surge o principal princípio norteador do Direito Ambiental contemporâneo, o princípio da prevenção, segundo o qual a prioridade deve ser dada às medidas que previnam (e não simplesmente reparem) a degradação ambiental. A finalidade ou o objetivo final do princípio da prevenção é evitar que o dano possa chegar a produzir-se. (THOME, 2017).

Tem-se que a educação ambiental é a melhor forma de prevenção. Dispõe o texto constitucional (artigo 225) que esta se constitui um dos instrumentos para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente: “para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”.

Pelo princípio da prevenção, na eventual ocorrência de dano ambiental, a vítima deverá ser efetiva e integralmente ressarcida. Em sendo assim, caso haja risco certo, concreto e comprovado, o potencial agente deve evitar a prática do dano. Já pelo princípio da precaução, privilegia-se a dúvida, uma vez que se houver risco potencial, ou seja, sem certeza científica absoluta da sua ocorrência, a prática de determinado ato deve ser evitada. (MILARÉ, 2013).

O princípio da precaução, por sua vez, se manifesta na atitude que deve ser observada pelos responsáveis por decisões que digam respeito a uma atividade sobre a qual se pode supor que, razoavelmente, acarrete um risco grave para o meio ambiente. Este princípio veio a tornar imperativos todos os meios que possam permitir, por um custo suportável, detectar e avaliar o risco, bem como, criar meios para se reduzir a um nível aceitável, ou sendo possível, eliminar totalmente. (LEWICKI, 2006).

Na dúvida uma intervenção ambiental deve ser evitada, ou seja, havendo incerteza jurídica, deve-se optar por direitos fundamentais superiores como a vida e o meio ambiente sadio, impedindo-se a prática de atos potencialmente causadores de danos ao meio ambiente.

Não obstante, a incerteza jurídica ou científica não deve ser usada como forma de afastar a aplicação de medidas para impedir a ocorrência de danos ambientais. Por conseguinte, não basta a proteção contra o perigo concreto, há que se perquirir formas de proteção contra os riscos sobre quais não há certeza científica sobre a sua existência ou sobre a sua eventual ocorrência. (AFONSO, 2011)

Eis que havendo dúvida quanto à ocorrência ou não de um determinado dano ambiental, todas as medidas viáveis (técnicas e jurídicas) de precaução deverão ser tomadas para evitar a sua ocorrência.

Vale ressaltar que o princípio da precaução se constitui como principal norteador das políticas ambientais contemporâneas, à medida que se reporta à função primordial de evitar os riscos e a ocorrência dos danos ambientais. Entretanto, a efetivação do referido princípio pressupõe a aplicação do princípio do poluidor-pagador, porque há de se considerar que os danos ambientais verificados devem, necessariamente, ter seus autores identificados, a fim de responsabilizá-los pelos seus atos.

Destarte, a decisão de agir antecipadamente ao dano ambiental, seja por meio da prevenção ou pela via da precaução, é premissa fundamental para garantir a eficácia da reparação, o que reforça o entendimento de que tanto o setor público, quanto o privado, não podem se eximir da responsabilidade de preservar o meio ambiente, enquanto direito e dever de todos.

Nota-se, diante do exposto, que o objetivo primordial do ordenamento jurídico brasileiro e dos princípios norteadores do direito ambiental é a prevenção de todo e qualquer dano, devendo o poder público e a coletividade pautarem-se, sempre, por medidas que evitem a sua ocorrência.

Por conseguinte, a proteção ao meio ambiente é dever do Poder Público e de toda a coletividade, não se admitindo que o Estado opte por não agir em defesa do meio ambiente, que atue de maneira insuficiente na sua proteção ou que postergue a adoção das medidas necessárias para a preservação da qualidade ambiental.

5 REPARAÇÃO E RECUPERAÇÃO DO AMBIENTE DEGRADADO

Como já delineado no âmbito prevenção a ocorrência do dano ambiental é conhecida e esperada, o que exige a prática de atos a fim de evitá-lo. No tocante à precaução, há uma sombra que impede o conhecimento efetivo sobre a ocorrência do dano. Não obstante, no que diz respeito à reparação, a existência do dano ao meio ambiente é indiscutível, cabendo ao seu autor o dever de reparar de modo efetivo e integral a vítima do seu ato.

O dano ambiental é definido por Antunes (2002) como lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macro bem de interesse da coletividade, e indiretamente, a

terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macro bem.

Para fins de reparação, o dano ambiental decorrente de atividade produtiva poluente tem como pressuposto básico a própria gravidade do acidente, que venha causar prejuízo patrimonial ou não-patrimonial, independente de se tratar de risco tido como permanente, periódico, ocasional ou relativo. Isso quer dizer que não se aprecia subjetivamente a conduta do poluidor, mas a ocorrência do resultado prejudicial ao ambiente e ao próprio ser humano.

Com efeito, a atividade poluente acaba sendo uma apropriação pelo poluidor dos direitos de terceiro, na medida que represente um confisco do direito de alguém em respirar ar puro, beber água potável e viver com tranquilidade. Por isso, muitas vezes não basta indenizar, tem que se ira além, fazendo cessar a causa da degradação.

O prejuízo a ser reparado se manifesta não somente quando ocorre uma destruição, mas quando, por sua repetição e continuidade, venha exceder a capacidade natural de assimilação, de eliminação e de reintrodução dos resíduos nos ciclos biológicos. Este deve ser anormal, e não necessariamente a atividade que lhe dá causa. Além da existência do prejuízo, é necessário estabelecer o liame causal entre a sua ocorrência e a fonte causadora de dano. (MACHADO, 2011).

Uma das penalidades passíveis de serem aplicadas ao poluidor é a obrigação de recuperação (reposição e reconstituição) ou de restituição, que por si só não pode minimizar a prevenção do dano. Há sempre o perigo de se contornar a maneira de se reparar o dano, estabelecendo-se uma liceidade para o ato poluidor, como se alguém pudesse afirmar que polui mas pega por esta poluição.

O Brasil é um país com grande diversidade de ecossistemas, como o Cerrado, a Caatinga, e a Mata Atlântica. Associados a esta diversidade, estão o clima e as chuvas nas estações do ano, que conferem ao nosso país, a mais rica biodiversidade do mundo. Temo-se animais e plantas que ainda nem são conhecidos pela ciência e muitos deles já foram extintos, devido às alterações nesses ecossistemas. Essas alterações vêm ocorrendo devido à devastação das matas para agricultura, pecuária, extração de madeira, minérios e ocupação humana.

Atualmente, muitas dessas áreas abandonadas estão em recuperação, como a maioria dos fragmentos de Mata Atlântica que se vê, sendo que muitos foram recuperados naturalmente sem a interferência humana. Muitas vezes ao se olhar esses fragmentos, tem-se a impressão de que esses jamais foram mexidos. Contudo, ao se observar mais atentamente, vislumbra-se que existem espécies vegetais e animais que foram introduzidas, e ainda outras que existiam anteriormente, simplesmente desaparecem por completo. Mas o que é importante ter em mente, é que a recuperação natural de uma área degradada demora muitos anos e às vezes até séculos para se recompor totalmente. Também a fauna e flora que ali existiam antes da degradação, nunca serão as mesmas da original. Portanto, é preciso tomar consciência de que uma devastação pode levar à extinção de animais e vegetais acarretando em um desequilíbrio não só ecológico, como também levando a mudanças climáticas e no solo, desfavorecendo a futura recuperação da área.

Uma área degradada pode ser recuperada com a ação antrópica ou naturalmente com a ajuda da natureza. Para que uma área seja recuperada naturalmente, é essencial, que permaneçam pelo menos alguns fragmentos de mata original, para servir como um banco de sementes e de animais, que possibilitarão a colonização desta área. Espécies bem resistentes fixam-se às áreas perturbadas e são natural e sucessivamente substituídas por outras até que a vegetação atinja sua estrutura e composição originais.

Utilizando-se modelos de recomposição é possível conseguir acelerar a recuperação de uma área degradadas. Mas isto não é tão simples, pois exige conhecimentos técnicos aprofundados do ambiente. São necessárias avaliações da qualidade do solo, da água, das espécies vegetais que ocorriam na região e que ainda ocorrem em outros fragmentos próximos para obtenção de sementes, e se ainda restaram animais que as poderão polinizar e se beneficiar da vegetação a ser plantada. Serão necessários também recursos como mão-de-obra especializada, produção de mudas e acompanhamento do crescimento da vegetação.

Dado o exposto, ante a ciência dos inúmeros problemas que envolvem a recuperação de uma área degradada, e como esta recuperação ocorre, o mais correto seria evitar que áreas de vegetação originais e em estado de recomposição, fossem degradadas. Vale lembrar que o Brasil possui uma das

melhores legislações do mundo sobre meio ambiente, porém é preciso respeitá-la e colocá-la em prática.

6 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL

A responsabilidade civil por dano ambiental é um tema que cada vez mais tem sido dado importância. Isto se deve aos relevantes avanços da legislação pátria, principalmente com a Constituição de 1988, que, confirmou os cidadãos como entes participativos no meio social, fazendo com que todos buscassem com mais voracidade os seus direitos, e, conseqüentemente, grande foi o aumento do número de ações indenizatórias.

O Código Civil de 2002, por sua vez, em consonância com o já prescrito de longa data pela Lei Maior e com as novas relações sociais que reclamam a necessidade da tutela dos valores essenciais da pessoa, previu em seu artigo 186 que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Desta forma, a indenização abrange três causas: a compensação de perda ou dano derivado de uma conduta; a imputabilidade desse prejuízo a quem, por direito, o causou; e a prevenção contra futuras perdas e danos. Possui a indenização caráter punitivo-educativo-repressor, não apenas reparando o dano, repondo o patrimônio abalado, mas também atua de forma intimidativa para impedir perdas e danos futuros. (MACHADO, 2011).

Na hipótese de lesão, dano, não é somente o patrimônio do ofendido que resta abalado, mas o próprio direito, a lei é ofendida. Deixar de reparar de forma primorosa e exemplar esta ofensa é a maior das ofensas que poderia ser imposta ao lesado e à própria ideia de Justiça.

Diante do exposto aduz-se que a indenização por dano ambiental não deve ser adstrita a ideia de compensação à vítima pela ofensa impingida, devendo ser analisados a extensão do dano, a situação patrimonial do lesado, a situação patrimonial do ofensor e sua intenção.

De modo geral, a responsabilidade civil é compreendida em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo, tanto significa a situação jurídica

em que alguém se encontra de ter de indenizar outrem, quanto a própria obrigação decorrente dessa situação, ou, ainda, o instituto jurídico formado pelo conjunto de normas e princípios que disciplinam o nascimento, conteúdo e cumprimento de tal obrigação. Em sentido estrito, designa o específico dever de indenizar nascido do fato lesivo imputável a determinada pessoa. (PEREIRA, 2012).

Com efeito, a responsabilização na esfera civil tem por finalidade precípua o restabelecimento do equilíbrio violado pelo dano. Por isso, há no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade civil não só abrangida pela ideia do ato ilícito, mas também há o ressarcimento de prejuízos em que não se cogita da ilicitude da ação do agente ou até da ocorrência de ato ilícito, o que se garante pela Teoria do Risco, haja vista a ideia de reparação ser mais ampla do que meramente o ato ilícito.

Seja como for, a reparação civil do ato ilícito é vista como o princípio da estabilidade social, pois está ligada à própria noção de justiça, já que traz para todos o dever de não causar prejuízo ao outro. Neste diapasão, um sistema eficiente de responsabilização garante o equilíbrio das relações em sociedade e satisfaz as aspirações de segurança do indivíduo.

Por longo período a responsabilidade civil subjetiva foi suficiente, contudo, este modelo, baseado na culpa não foi suficiente para solucionar todos os casos existentes. A necessidade de maior proteção a vítima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão. Em seguida, desconsiderou-se a culpa como elemento indispensável, nos casos expressos em lei, surgindo a responsabilidade objetiva, quando então não se indaga se o ato é culpável. (STOCO, 2009).

Na teoria subjetiva da responsabilidade civil, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre um e outro devem ser provados, já na teoria objetiva, não se avalia a culpa do agente poluidor, porque é suficiente a existência do dano e a prova do nexo de causalidade com a fonte poluidora. (DINIZ, 2012).

A lei impõe a determinados indivíduos, em situações específicas, a reparação de um dano cometido sem culpa. Tem-se nestes casos a responsabilidade civil objetiva, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com

o dano e o nexo de causalidade. Eis que a teoria do risco, tem como postulado que todo o dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa. (GONÇALVES, 2015).

A teoria da responsabilidade pelo risco tem seu fundamento na socialização dos lucros, pois aquele que lucra com uma atividade, deve responder pelo risco ou pela desvantagem dela resultante. (LEITE, 2003).

A aplicação da responsabilidade objetiva se dá nos casos especificados em lei, ou, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de terceiro.

Nesta seara, o Código Civil adotou a teoria do risco criado, pela qual o dever de reparar o dano surge da atividade exercida pelo agente, que cria risco a direitos alheios. Nesta teoria não se cogita de proveito ou vantagem para aquele que exerce a atividade, mas da atividade em si mesma que é potencialmente geradora de risco a terceiros, como no caso de empresas de mineração. (DINIZ, 2012).

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei 6.938 de 1981, em seu artigo 14 §1º, já adotava a teoria objetiva da responsabilidade civil: “sem obstar a aplicação das penalidades neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência da culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

A Constituição de 1988 também dispôs, em seu artigo 225 § 3º que a responsabilidade pelos danos ambientais é objetiva: “as condutas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas independentemente da obrigação de reparar o dano causado”.

Eis que a jurisprudência dos tribunais pátrios coadunam com o presente entendimento. Nesse sentido, veja-se recente acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - PRELIMINARES: ILEGITIMIDADE ATIVA E INÉPCIA DA INICIAL - REJEITADAS - DANO AMBIENTAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - TEORIA DO RISCO INTEGRAL -

DERRAMAMENTO DE RESÍDUOS NO CÓRREGO GROTÃO - DANIFICAÇÃO DE EQUIPAMENTO DE CAPTAÇÃO DE ÁGUA - PERDA DE CULTURAS - PREJUÍZO NA LAVOURA - DANOS COMPROVADOS - DEVER DE INDENIZAR - LAUDO PERICIAL PARA APURAÇÃO DE DANOS - CRITÉRIOS FIDEDIGNOS - PRECLUSÃO DA IMPUGNAÇÃO - RECURSO DESPROVIDO - APELAÇÃO ADESIVA INTEMPESTIVA - RECURSO NÃO CONHECIDO.

- "A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar." (REsp. 1374284/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2014, DJe 05/09/2014).

- Caracterizada relação de causa e efeito entre a poluição do córrego com resíduos da atividade minerária e os danos morais e materiais sofridos pelo autor, configura-se o dever de indenizar da mineradora.

- A utilização de valores de mercado fornecidos por instituição reconhecida no respectivo ramo como critério de cálculo estimativo de lucros cessantes de prejuízos causados à lavoura não configura mero potencial de renda ou arbitramento por mera suposição.(TJMG - Apelação Cível 1.0301.14.006009-8/001, Relator(a): Des.(a) Mota e Silva , 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/02/2019, publicação da súmula em 22/02/2019)

Destarte, tanto a legislação, como a doutrina e a jurisprudência reconhecem que o causador de dano ambiental oriundo de atividade poluente, seja ele individual ou coletivo, responde objetivamente, tendo como pressuposto apenas o dano e o nexo de causalidade, sendo irrelevante a aferição da culpa do ofensor.

Isto posto, observa-se que na atualidade, o Direito Ambiental, por meio da responsabilidade civil objetiva, busca abranger a prevenção, buscando, por meios eficazes, evitar o dano, e promover a consequente reparação, tentando reconstituir ou indenizar os prejuízos ocorridos pelas atividades poluentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os danos causados ao meio ambiente pelas atividades poluentes são de difícil reparação, especialmente em razão de suas características, como a irreversibilidade e a cumulatividade dos efeitos da poluição.

A fim de minimizar esta dificuldade o princípio do poluidor-pagador surgiu para propor que em decorrência da atividade produtiva, aquele que causar danos ao meio ambiente, deve arcar com os custos da atividade poluidora, ou seja, haja a internalização dos efeitos negativos, assumindo os custos impostos a outros agentes.

Por sua vez, a teoria da responsabilidade civil objetiva surgiu para impor ao poluidor, a obrigação de reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade independentemente da comprovação de culpa, sendo necessária apenas a demonstração do evento danoso, da conduta lesiva e do nexo causal entre eles.

Com efeito, no Direito Ambiental contemporâneo predomina a responsabilidade civil objetiva, fundamentada na teoria do risco integral, segundo a qual, quem exerce uma atividade potencialmente poluidora da qual venha ou pretende fruir algum tipo de benefício, tem que suportar os riscos dos prejuízos causados por esta, independentemente da aferição de culpa.

Eis que a principal consequência da adoção da teoria do risco integral é a desconsideração da licitude do ato poluidor e a irrelevância da intenção danosa, para assegurar o ressarcimento dos prejuízos causados ao meio ambiente.

Destarte, tão importante quanto a certeza da imputação da responsabilidade por um ato causador de dano ambiental é a vocação preventiva da responsabilidade civil, de fazer com que o provável poluidor evite o dano e suas consequências nefastas.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Luiz Fernando. **Precaução e consumo. A aplicação do princípio da precaução nas relações de consumo.** Florianópolis: UFSC, 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br>. Acesso em 05 de jul. 2018.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. **O princípio do poluidor-pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente.** São Paulo: Coimbra, 1997.

COLOMBO, Silvana Brendler. **O princípio da precaução no Direito Ambiental.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 488, 7 nov. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5879>>. Acesso em: 11 novembro. 2018.

DERISIO, José Carlos. **Introdução ao Controle de Poluição Ambiental.** São Paulo: Oficina de Textos, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Saraiva. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2015.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política Ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao extrapatrimonial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEWICKI, Bruno. **Princípio da Precaução: impressões sobre o segundo momento.** in Princípios do Direito Civil Contemporâneo, coord. Maria Celina Bodin de Moraes. São Paulo: editora Renovar. 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: a gestão Ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SCARLATO, Francisco Capuano; PONTIN, Joel Arnaldo. **Do Nicho ao Lixo: ambiente, sociedade e educação**. São Paulo: Atual Editora, 2006.

SIRVINKAS, Luiz Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. Salvador: Juspodvm, 2017.

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA: BREVE ANÁLISE À LUZ DA LEI Nº 13.465/2017

ANTONIO JOSÉ CACHEADO LOUREIRO:

Universidade do Estado do Amazonas (UEA);
Mestrando em Direito Ambiental (UEA), Especialista em Direito Penal e Processual Penal e Direito Público(ESBAM), Especialista em Direito Penal Militar, Direito Ambiental e Direitos Humanos (UNIASSELVI), Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário (PUC-Minas), Advogado, Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade do Estado do Amazonas.

Resumo: Este trabalho tem como objetivo apresentar o novo paradigma da regularização fundiária. Contextualiza a questão do déficit habitacional urbano com a necessidade da regularização fundiária. Apresenta a importância da Nova Agenda Urbana do Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos como balizador das políticas públicas inerentes à moradia, habitação, desenvolvimento sustentável, entre outros. Indica os principais pontos do novo paradigma da regularização fundiária, bem como as principais críticas. A metodologia utilizada para a produção do trabalho foi o dedutivo através de pesquisa bibliográfica e documental, baseada na legislação brasileira e internacional, livros de doutrina jurídica nacionais, artigos científicos, notícias em sítios especializados, bem como livros de outras áreas do conhecimento em razão da complexidade do tema.

Palavras-chave: Direito à Moradia; Regularização Fundiária Urbana; Legitimação de Posse; Legitimação Fundiária.

Abstract: This paper aims to present the new paradigm of land regularization. It contextualizes the urban housing deficit with the need for land regularization. It presents the importance of the New Urban Agenda of the United Nations Program for Human Settlements as a means of public policies inherent to housing, housing, sustainable development, among others. It indicates the main points of the new paradigm of land regularization, as well as the main criticisms. The methodology used for the production of the work was the deductive through bibliographic and

documentary research, based on Brazilian and international legislation, national legal doctrine books, scientific articles, news in specialized sites, as well as books of other areas of knowledge due to the complexity of the theme.

Keywords: Right to Housing; Urban Land Regularization; Legitimation of Tenure; Land Legitimization.

Sumário: Introdução. 1. A Nova Agenda Urbana – Habitat III. 2. O Novo Paradigma da Regularização Fundiária Urbana. 2.1 Breve Histórico da Lei nº 13.465/2017. 2.2 Aspectos Gerais. 2.3 Objetivos da REURB. 2.4 Modalidades de Regularização Fundiária Urbana – REURB. 2.5 Legitimados para Requerer a REURB. 2.6 Instrumentos da REURB. 2.7 Legitimação Fundiária. 2.8 Legitimação de Posse. 2.9 Distinção entre a Legitimação Fundiária e a Legitimação de Posse. 2.10 O Direito Real de Laje. 2.11 Procedimento Administrativo e Registro. 3. Algumas Críticas ao Novo Paradigma da Regularização Fundiária Urbana. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho é indicar os pontos relevantes do novo paradigma da regularização fundiária urbana, seus objetivos, bem como apontar críticas feitas à esta inovação legislativa. Em verdade, tal inovação tem conexão direta com um problema antigo da sociedade brasileira: o déficit habitacional. Neste sentido, a nova regularização fundiária se apresenta como elemento mitigador do entrave da questão fundiária ao mesmo tempo que se propõe, também, a ser impulsionador econômico do país.

Conforme o estudo realizado pelo Centro de Estatística e Informações da Fundação João Pinheiro, em 2013, o déficit habitacional urbano era de 5,010 milhões de unidades, representando 85,7% do déficit habitacional total. No ano seguinte, o percentual em relação ao total do déficit habitacional aumentou para 87,6% (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016).

Neste estudo se constatou que cerca de 50% dos domicílios inadequados em termos fundiários concentram-se nas famílias com faixa de renda de até três salários mínimos, sendo que a maior parte se concentra nas regiões metropolitanas (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016).

O desejo do indivíduo de estabelecer o lugar ao qual se vincula é primordial ao exercício dos direitos. Sem isso, poderia impossibilitar a execução dos seus atos da vida civil, como por exemplo, a simples aquisição de um bem ou o reconhecimento de seu endereço para defender-se, em uma eventual citação de uma ação judicial (SOUZA, 2004).

O conceito de moradia e habitação são próximos, mas se distinguem em função do tempo em que o indivíduo tem ou não ânimo de permanecer. Na habitação, o seu exercício ocorre de forma temporal, acidental, ou seja, tem o ânimo de permanecer de forma provisória, temporária. No caso da moradia, é uma qualificação legal reconhecida como direito essencial referente à pessoa humana (SOUZA, 2004).

Nesta esteira, o novo paradigma da regularização fundiária se fundamenta no modelo de abordagem econômica apregoado por De Soto (2001). O economista afirma que os países são pobres porque vivem na economia informal. Acredita que isto decorre da incapacidade dos países vislumbrarem a própria riqueza, ficando sempre fora das estatísticas oficiais e, conseqüentemente, fora de boa parte das políticas públicas (COUTINHO, 2010).

Sendo assim, De Soto (2001) aponta como solução para o problema econômico de países subdesenvolvidos aliado ao problema do déficit habitacional a incorporação dos costumes e práticas vigentes, isto é, regularizar o que está informal (COUTINHO, 2010).

Este é exatamente o ponto contato entre o Projeto de Lei de Conversão (PLV) nº 12/2017 que culminou na Lei nº 13.465/2017 e os ideias de Hernando de Soto. Senão, vejamos parte da Exposição de Motivos da PL 12/2017, antiga MP 759/2016:

“É que o reconhecimento, pelo Poder Público, dos direitos reais titularizados por aqueles que informalmente ocupam imóveis urbanos, permite que estes imóveis sirvam de base para investimento do capital produtivo brasileiro, à medida que poderão ser oferecidos em garantia de operações financeiras, reduzindo custos de crédito, por exemplo”.

1 A NOVA AGENDA URBANA – HABITAT III

Nos dias 17 a 20 de outubro de 2016 foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre Moradia e Desenvolvimento Urbano Sustentável – Habitat III em Quito, Equador, para adotar uma Nova Agenda Urbana (Declaração de Quito Sobre Cidades Sustentáveis e Assentamentos Urbanos para Todos) que, segundo o diretor-executivo do Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos – denominado como ONU-Habitat, Joan Clos, deve ser considerado como parte integrante da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016a).

A implementação desta agenda deverá ocorrer pelos próximos 20 anos, da mesma forma que as anteriores. Em 1976, houve a Conferência Habitat I, em Vancouver, Canadá, "quando os governos começaram a reconhecer a necessidade de assentamentos humanos sustentáveis e as consequências da rápida urbanização, especialmente nos países em desenvolvimento" (DIÁLOGOS FEDERATIVOS).

Em 1996, ocorreu o Habitat II, em Istambul, Turquia. "Os líderes mundiais adotaram a Agenda HABITAT II como um Plano de Ação Global para Abrigos Adequados para Todos, com a noção de assentamentos humanos sustentáveis, para levar desenvolvimento a um mundo urbanizado" (DIÁLOGOS FEDERATIVOS).

Na supracitada Conferência, o conceito de moradia interpretado como direito humano foi tema central do debate à época. Cunhou-se, de forma clara, o conceito de moradia adequada sendo intrinsecamente relacionada privacidade, segurança, bem como segurança de posse, infraestrutura entre outros (SOUZA, 2004).

A despeito das diversas legislações no âmbito interno, bem como normas aplicáveis do plano internacional, importante ressaltar que o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) e a Lei do Programa Minha Casa Minha Vida (Lei 11.977/2009) pretendeu colmatar as diretrizes da Habitat II, na medida do possível.

De acordo com o Relatório Brasileiro para o Habitat III, nas últimas duas décadas o Brasil avançou em relação ao seu arcabouço jurídico para a regularização fundiária urbana dos assentamentos informais da população de baixa renda.

O princípio da função social da propriedade urbana se consagrou, o direito à moradia, ao planejamento e à regularização fundiária foram

introduzidos. Nesta esteira, o direito à cidade tornou-se a guia de todo processo de discussão de políticas públicas.

O direito à cidade, bem como o direito à moradia, deve ser considerado como direito humano, logo são direitos fundamentais, pois expressam condição essencial para se alcançar cidades justas, humanas e democráticas e sustentáveis, que consigam reverter o quadro de desigualdade social destes assentamentos urbanos (SAULE JÚNIOR, 2005).

O Habitat III, na mesma linha das Conferências anteriores, reafirma a vontade de concretizar o desenvolvimento sustentável de maneira integrada e coordenada em todos os níveis, com participação democrática de todos os atores relevantes. Sendo assim, a prática da Nova Agenda Urbana pretende "tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

2 O NOVO PARADIGMA DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA

A definição de regularização fundiária é um conceito amplo e aberto pois engloba todos os instrumentos hábeis que possibilitam o ajuste, a conformação de um empreendimento imobiliário ao regramento vigente. Atualmente, a definição da regularização fundiária é mais do que estava disposto na Lei nº 11.977/2009 e agora da Lei nº 13.465/2017. Tem que se referir ao cumprimento e à observância dos meios ordinários (não judiciais) de se atingir a segurança jurídica (formalidade legal) de uma unidade habitacional, loteamento, incorporação, etc (PAIVA, 2017).

2.1 Breve Histórico da Lei Nº 13.465/2017

No dia 22 de dezembro de 2016, o Presidente da República adotou a Medida Provisória nº 759 que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, e dá outras providências.

No dia 26 de dezembro, o texto da Medida Provisória nº 759 foi encaminhado ao Congresso Nacional que tem como prerrogativa examinar previamente a medida provisória através da Comissão Mista de Deputados e Senadores.

A composição da Comissão Mista foi constituída em 06 de fevereiro de 2017 com objetivo de emitir parecer sobre a matéria acerca dos pressupostos de constitucionalidade, urgência, relevância e adequação financeira, nos termos da Resolução nº 1, de 2002 do Congresso Nacional.

Encerrado o prazo regimental, em 07 de fevereiro de 2017, foram apresentadas 732 (setecentos e trinta e duas) emendas à Medida Provisória pelos parlamentares.

Foi prorrogado por sessenta dias o prazo de vigência da Medida Provisória pelo Ato do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 10, de 2017, publicado no Diário Oficial da União de 21/3/2017, nos termos do art. 10, § 1º da Resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional.

O Senador Romero Jucá foi designado para a Relatoria da Comissão Mista, em 22 de março de 2017.

A Comissão Mista da Medida Provisória nº 759 promoveu 04 (quatro) audiências públicas interativas, respectivamente, nos dias 05, 05, 11 e 12 de abril de 2017, com representantes de diversos órgãos do governo federal, bem como associações, movimentos sociais, entidades de classe, entre outros interessados na questão fundiária no país.

Ademais, no dia 25 de abril, o Relator da Comissão Mista, o Senador Romero Jucá apresentou relatório, que é complementado diversas vezes. Após sucessivas votações, no dia 03 de maio de 2017, o relatório final foi aprovado e passou a constituir o Parecer da Comissão, ou seja, a Comissão Mista decidiu pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa da medida provisória, bem como pelo atendimento dos pressupostos de relevância e urgência e pela sua adequação financeira e orçamentária.

Assim, a Medida Provisória nº 759 foi aprovada, convertendo-se em Projeto de Lei de Conversão (PLV), sendo enviado, pela Casa onde houver sido concluída a votação, à sanção do Presidente da República.

No dia 20 de junho de 2017, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, concedeu liminar ao mandado de segurança impetrado por um partido político que suspendeu os efeitos da aprovação da referida medida provisória em razão de 08 (oito) emendas apresentadas ao projeto no Senado.

Dessa forma, como não teriam ocorrido meras alterações de redação das referidas emendas ao projeto de lei, é necessário o retorno do projeto à Casa iniciadora, no caso, a Câmara dos Deputados para deliberação acerca das emendas.

A Câmara dos Deputados aprovou no dia 28 de junho as 08 (oito) emendas da Medida Provisória nº 759/2016. Por fim, no dia 11 de julho de 2017, houve a sanção presidencial, convertendo-se na Lei nº 13.465/2017 sobre regularização fundiária.

2.2 Aspectos Gerais

A Reurb pretende aumentar o rol das práticas conduzidas pelo Governo Federal que tem como escopo garantir moradia de forma adequada, ou seja, assegurar condições mínimas para que permita aos cidadãos viver com dignidade e segurança.

Esta nova regularização fundiária urbana transcende os elementos jurídico referentes à titulação. Assim, trata-se além da segurança jurídica dos cidadãos que possuem imóveis públicos ou privados que querem regularizá-los.

Abrange os demais aspectos correlatos à uma moradia adequada como medidas de urbanização, ambientais e sociais. Com isso, busca-se a efetiva regularização dos núcleos urbanos informais.

No entender do Governo Federal, depois de identificados os núcleos informais pelo Poder Público e concluída a REURB, os núcleos urbanos que até então eram informais são juridicamente reconhecidos tornando-se, dessa maneira, aptos a receberem investimentos públicos voltados à promoção da função social das cidades.

Ainda, o Governo Federal aponta que o reconhecimento formal pelo Poder Público, ou seja, a regularização fundiária urbana das ocupações clandestinas e irregulares identificadas é um dos principais pontos-chaves da questão urbana no Brasil que necessitavam de incremento pelo Poder Público. Os demais pontos-chaves seriam o problema do déficit habitacional quantitativo albergado pelo Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV, disposto pela Lei nº 11.977/2009, e o problema do déficit habitacional qualitativo, alcançados pelo recente Programa Cartão Reforma, regulado pela Lei nº 13.439, de 27 de abril de 2017.

É necessário levar consideração os conceitos utilizados pela própria legislação para compreender o novo paradigma da regularização fundiária urbana – Reurb com mínimo de dúvidas. Segue abaixo alguns conceitos, nos termos do art. 11 da Lei nº 13.465/2017:

“I – núcleo urbano: assentamento humano, com uso e características urbanas, constituído por unidades imobiliárias de área inferior à fração mínima de parcelamento prevista na Lei nº 5.868, de 12 de dezembro

de 1972, independentemente da propriedade do solo, ainda que situado em área qualificada ou inscrita como rural;

II – núcleo urbano informal: aquele clandestino, irregular ou no qual não foi possível realizar, por qualquer modo, a titulação de seus ocupantes, ainda que atendida a legislação vigente à época de sua implantação ou regularização;

III – núcleo urbano informal consolidado: aquele de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, entre outras circunstâncias a serem avaliadas pelo Município;

IV – demarcação urbanística: procedimento destinado a identificar os imóveis públicos e privados abrangidos pelo núcleo urbano informal e a obter a anuência dos respectivos titulares de direitos inscritos na matrícula dos imóveis ocupados, com o fim de realizar a averbação na matrícula destes imóveis da viabilidade da regularização fundiária, a ser promovida a critério do Município;

V – Certidão de Regularização Fundiária (CRF): documento expedido pelo Município ao final do procedimento da Reurb, constituído do projeto de regularização fundiária aprovado, do termo de compromisso relativo a sua execução e, no caso da legitimação fundiária e da legitimação de posse, da listagem dos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado, da devida qualificação destes e dos direitos reais que lhes foram conferidos;

VI – legitimação de posse: ato do poder público destinado a conferir título conversível em aquisição de direito real de propriedade na forma desta Lei, por meio do qual é reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb e são identificados seus ocupantes, o tempo da ocupação e a natureza da posse;

VII – legitimação fundiária: mecanismo de reconhecimento da aquisição originária do direito real de propriedade sobre unidade imobiliária objeto da Reurb;

VIII – ocupante: aquela que mantém poder de fato sobre lote ou fração ideal de terras públicas ou privadas em núcleos urbanos informais”.

2.3 Objetivos da REURB

O art. 10 da Lei nº 13.465/2017 elenca os objetivos da Reurb a serem observados pelos entes políticos:

“I – identificar os núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais;

II – criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e constituir sobre elas direitos reais em favor dos seus ocupantes;

III – ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados;

IV – promover a integração social e a geração de emprego e renda;

V – estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade;

VI – garantir o direito social à moradia digna e a condições de vida adequadas;

VII – garantir a efetivação da função social da propriedade;

VIII – ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes;

IX – concretizar o princípio da eficiência na ocupação e no uso do solo;

X – prevenir e desestimular a formação de novos núcleos urbanos informais;

XI – conceder direitos reais, preferencialmente em nome da mulher;

XII – franquear participação dos interessados nas etapas do processo de regularização fundiária”.

Interessante apontar que no antigo modelo de regularização dada pela Lei nº 11.977/2009 os objetivos estavam direcionados a conceder moradia e melhores condições de habitabilidade às pessoas de baixa renda (PONTES e BERTO, 2010). Como veremos a seguir, ampliou-se os possíveis beneficiados, independente da faixa de renda econômica.

2.4 Modalidades de Regularização Fundiária Urbana - REURB

De acordo com o art. 13 da Lei nº 13.465/2017, existem duas modalidades para a REURB: a de interesse social (Reurb-S) e a de interesse específico (Reurb-E).

A Reurb-S é aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo Municipal.

Neste sentido, quem se enquadra nesta modalidade faz jus às isenções de custas e emolumentos. No § 1º do artigo 13 foi elencado, de forma exemplificativa, algumas situações em que o cidadão poderá ser beneficiado:

I – o primeiro registro da Reurb-S, o qual confere direitos reais aos seus beneficiários;

II – o registro da legitimação fundiária;

III – o registro do título de legitimação de posse e a sua conversão em título de propriedade;

IV – o registro da CRF e do projeto de regularização fundiária, com abertura de matrícula para cada unidade imobiliária urbana regularizada;

V – a primeira averbação de construção residencial, desde que respeitado o limite de até 70 (setenta) metros quadrados;

VI – a aquisição do primeiro direito real sobre unidade imobiliária derivada da Reurb-S;

VII – o primeiro registro do direito real de laje no âmbito da Reurb-S;

VIII – o fornecimento de certidões de registro para os atos previstos neste artigo”.

Destaca-se que as referidas isenções se aplicam, de igual modo, aos conjuntos habitacionais ou condomínios de interesse sócia construídos pelo Poder Público, diretamente ou por meio da administração pública indireta, que já se

encontrem implantados em 22 de dezembro de 2016, data da promulgação MP nº 759/2016.

A Reurb-E é aplicável aos demais núcleos urbanos informais que não se qualificam como Reurb-S, logo não se beneficia da isenção das custas e emolumentos, entre outros benefícios dispostos à outra modalidade.

2.5 Legitimados para Requerer a REURB

Nos termos do art. 14 da Lei nº 13.465/2017, poderão requerer a Reurb:

I – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, diretamente ou por meio de entidades da administração pública indireta;

II – os seus beneficiários, individual ou coletivamente, diretamente ou por meio de cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público ou outras associações civis que tenham por finalidade atividades nas áreas de desenvolvimento urbano ou regularização fundiária urbana;

III – os proprietários de imóveis ou de terrenos, loteadores ou incorporadores;

IV – a Defensoria Pública, em nome dos beneficiários hipossuficientes;

V – o Ministério Público”.

2.6 Instrumentos da REURB

A Lei nº 13.465/2017 elenca vários instrumentos (institutos jurídicos) que podem ser empregados para a Reurb, como usucapião, concessão de direito real de uso, doação, a compra e venda, a desapropriação por interesse social, entre outros. Contudo, neste ponto, é importante frisar dois novos instrumentos dispostos pelo projeto de lei: a legitimação fundiária e a legitimação de posse.

2.7 Legitimação Fundiária

Aqui, colaciono a definição dada pela nova lei, em seu art. 23:

“A legitimação fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação

urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016”.

Segundo Paiva (2017) pode ser considerado o instituto mais importante e eficaz da regularização fundiária.

O beneficiário da legitimação fundiária deve atender aos seguintes requisitos:

a) o beneficiário não seja concessionário, foreiro ou proprietário de imóvel urbano ou rural;

b) o beneficiário não tenha sido contemplado com legitimação de posse ou fundiária de imóvel urbano com a mesma finalidade, ainda que situado em núcleo urbano distinto;

c) em caso de imóvel urbano com finalidade não residencial, seja reconhecido pelo poder público o interesse público de sua ocupação.

Esta inovação jurídica, isto é, esta nova forma de aquisição originária de propriedade permite que o ocupante legítimo adquira a propriedade plena de determinado imóvel, desembaraçada de quaisquer ônus, exceto quando disserem respeito ao próprio legitimado e, sem qualquer contato/vínculo com o antigo proprietário. Aplicável somente a núcleos urbano informais consolidados.

2.8 Legitimação de Posse

O conceito de legitimação de posse encontra-se no art. 25:

“A legitimação de posse, instrumento de uso exclusivo para fins de regularização fundiária, constitui ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual é reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da natureza da posse, o qual é conversível em direito real de propriedade, na forma desta Lei”.

A legitimação de posse é um instituto jurídico que permite um reconhecimento administrativo da usucapião. Antes, o conceito da legitimação de posse já era conhecido pela Lei do Programa Minha Casa Minha Vida (Lei nº 11.977/2009) no qual o instrumento dependia de um procedimento prévio de demarcação urbanística (PAIVA, 2017). Com a nova redação dada ao instituto, a titulação é realizada diretamente pelo Poder Executivo municipal atendidas as mesmas condições para legitimação fundiária. Outrossim, a conversão da

legitimação de posse em propriedade ocorria somente se fossem atendidos os termos do art. 183 da Constituição Federal, isto é, possuir por mais de 05 (cinco) anos imóveis com área de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) para fins de moradia.

Pela antiga lei que regulamentava a regularização fundiária no Brasil (Lei nº 11.977/2009) era aplicável a legitimação de posse em imóveis públicos e privados.

Com o novo paradigma, delimitou-se a concessão da legitimação de posse somente para imóveis particulares (Lei nº 13.465/2017, art. 25, §2º).

Todavia, o art. 15 da Lei nº 13.465/2017, dispôs outros instrumentos aplicáveis para imóveis públicos (PAIVA, 2017).

Conquanto seja um instituto *intuitu personae*, quer dizer, é levado em consideração a pessoa interessada, poderá transferida por *causa mortis* ou por ato *inter vivos* (Lei nº 13.465/2017, art. 25, §1º).

No caso da transferência por *causa mortis*, trata-se de fato jurídico *stricto sensu* (a morte), não sendo necessário cumprir os requisitos constantes nos incisos I e II do art. 23, § 1º da Lei nº 13.465/2017 (PAIVA, 2017).

Para a transmissão *inter vivos* da legitimação de posse através de um contrato de compra e venda, por exemplo, existe a possibilidade desde cumpra os requisitos do art. 23, § 1º da Lei nº 13.465/2017. Senão, o Poder Público poderá cancelar o título, nos termos do art. 27 da Lei nº 13.465/2017 (PAIVA, 2017).

2.9 Distinção entre a Legitimação Fundiária e a Legitimação de Posse

A legitimação fundiária distingue-se da legitimação de posse em razão do momento em que se dá a aquisição da propriedade. Naquela proporciona aquisição imediata da propriedade ao passo que nesta está exigida o cumprimento de prazos e demais exigências dispostas nas legislações atinentes à usucapião. Quer dizer, o legitimado poderá ter a propriedade convertida se atender aos requisitos de quaisquer das modalidades de usucapião.

Desse entendimento, decorre que o legitimado poderá converter em propriedade área superior à 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), sendo desconsiderado o tipo de uso: pode ser residencial, comercial, etc.

2.10 O Direito Real de Laje

Embora, o escopo deste artigo seja especificamente o novo paradigma da regularização fundiária urbana, importante mencionar o novo direito real dado pelo projeto de lei ao Código Civil: o direito a concessão de direito real de uso e a laje.

Segundo Paiva (2016), o "direito real de laje" foi outra novidade interessante com procedimento semelhante ao direito de superfície, instituto jurídico que consiste na possibilidade de coexistência, dentro um espaço comum, de unidades imobiliárias autônomas, porém possuindo titularidades diversas, nos termos do art. 1510-A do Código Civil. Com isso, o proprietário do terreno, seja público ou privado, poderá ceder a superfície ou o subsolo, para que outra pessoa construa outra unidade habitacional, por exemplo.

Paiva (2016) analisa que se trata de um processo simples de ampliação da propriedade, porém as sobrelevações sucessivas dependerão de regulamentação por parte dos Municípios. Pontua ainda, que o "direito real de laje" assemelha-se ao direito real sobre construção alheia, tradicional na Espanha.

2.11 Procedimento Administrativo e Registro

A Lei nº 13.465/2017 dispõe, nos arts. 28 a 54, regras sobre o processo administrativo e o registro da regularização fundiária urbana (Reurb). Para não tornar este trabalho extenso irei elencar abaixo as fases que devem ser seguidas para a Reurb, nos termos do art. 28:

- I – requerimento dos legitimados;*
- II – processamento administrativo do requerimento, no qual será conferido prazo para manifestação dos titulares de direitos reais sobre o imóvel e dos confrontantes;*
- III – elaboração do projeto de regularização fundiária;*
- IV – saneamento do processo administrativo;*

V – decisão da autoridade competente, mediante ato formal, ao qual se dará publicidade;
VI – expedição da CRF pelo Município;
VII – registro da CRF e do projeto de regularização fundiária aprovado perante o oficial do cartório de registro de imóveis em que se situe a unidade imobiliária com destinação urbana regularizada”.

O Município e o Distrito Federal são competentes para aprovar a regularização fundiária urbana. Com a expedição da Certidão de Regularização Fundiária – CRF que deve conter o projeto de regularização fundiária aprovado, com a identificação e declaração dos ocupantes de cada unidade imobiliária com destinação urbana, e os seus direitos reais. Após, o legitimado deverá levar ao registro no cartório de registro de imóveis.

O projeto de regularização fundiária conterà, pelo menos, a indicação das unidades imobiliárias a serem regularizadas, as vias de circulação existentes ou projetadas e as medidas previstas para adequação da infraestrutura essencial, através de desenhos, memoriais descritivos e cronograma físico de obras e serviços a serem realizados.

3 ALGUMAS CRÍTICAS AO NOVO PARADIGMA DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA

Como já mencionado, a MP nº 759/2016 que deu origem à nova lei, tramitou em regime de urgência, sob a relatoria do Senador Romero Jucá, recebeu 732 (setecentos e trinta e duas) emendas, além das 08 (oito) novas modificações realizadas no Senado, antes de seguir novamente para a votação da Câmara, por fim, culminando no envio à sanção presidencial.

Sabendo-se da abrangência do tema, apontarei as principais críticas realizadas através de notas técnicas a respeito da MP nº 759/2016, tais como a Associação Nacional dos Defensores Públicos - ANADEP e do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT.

A primeira crítica feita à Medida Provisória nº 759/2016, diz respeito à ausência do requisito da urgência para edição da referida medida provisória, conforme estabelece o art. 62 da Constituição Federal (ANADEP, 2017; MPTDTF, 2017).

Na exposição de motivos da referida medida provisória argumentou-se o preenchimento do requisito da urgência indicando que as diversas normas atinentes à regularização fundiária eram contraditórias em seus diferentes níveis de hierarquia, comprometendo a concretização do direito social à moradia. Foi mencionado a determinação do Tribunal de Contas da União para suspender em caráter liminar alguns desses atos que dificultavam o processo de titulações, sendo os Acórdãos nº 775/2016, nº 1.086/2016 e nº 2.451/2016, proferidos pelo Plenário do TCU no processo de Tomada de Contas nº 000.517/2016-0 (MPDFT, 2017).

Todavia, o processo de Tomada de Contas, referente ao Acórdão nº 775/2016, apurava, de fato, possíveis irregularidades na seleção de beneficiários do Programa Nacional de Reforma Agrária, a cargo do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA (MPDFT, 2017).

Colaciona-se a ementa do referido Acórdão do Tribunal de Contas da União - TCU:

“SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES NA SELEÇÃO DE BENEFICIÁRIOS DO PROGRAMA NACIONAL DE REFORMA AGRÁRIA. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES NA SITUAÇÃO OCUPACIONAL DOS LOTES DE REFORMA AGRÁRIA. OITIVA PRÉVIA. NÃO AFASTAMENTO DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA CAUTELAR PLEITEADA. SUSPENSÃO CAUTELAR DOS PROCESSOS DE SELEÇÃO E ASSENTAMENTO DE NOVOS BENEFICIÁRIOS. SUSPENSÃO DE NOVOS PAGAMENTOS E REMISSÕES DOS CRÉDITOS DE REFORMA AGRÁRIA. SUSPENSÃO DO ACESSO A OUTROS BENEFÍCIOS E POLÍTICAS PÚBLICAS ATRELADOS AOS BENEFÍCIOS DA REFORMA AGRÁRIA. ESCOPO DA CAUTELAR COM ATINGIMENTO UNICAMENTE DOS BENEFICIÁRIOS APONTADOS COMO IRREGULARES. POSSIBILIDADE DE REVERSÃO DA CAUTELAR PELO

PRÓPRIO BENEFICIÁRIO JUNTO AO INCRA, MEDIANTE COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE DE SUA SITUAÇÃO OCUPACIONAL (TCU, 2016)".

Nesse sentido, o requisito da urgência não é preenchido em relação aos dispositivos da medida provisória que tratam da regularização fundiária urbana pois o Acórdão abrange imóveis rurais (MPDFT, 2017).

Outra crítica, refere-se à existência da Lei nº 11.977/2009 que já regulamentava a regularização fundiária urbana no qual diversos municípios vinham adaptando suas legislações para a promoção de políticas locais de regularização fundiária (MPDFT, 2017).

Assim, o novo paradigma de regularização fundiária que aspira tornar o processo mais ágil e eficaz, poderia ficar mais lento em razão da necessidade de regulamentação de vários dispositivos pelo Poder Executivo Municipal e Federal. A Lei nº 11.977/2009 era autoaplicável em relação à regularização fundiária.

Como apontado no início deste capítulo, foram centenas de emendas propostas de emendas ao texto original da MP nº 759/2016. Consequentemente, diante da grandeza das alterações legislativas sobre diversos temas, seria recomendado que houvesse a efetiva participação popular, com amplo debate, no processo de construção da nova legislação. Logo, a forma acertada seria através meio de um processo legislativo ordinário.

O possível argumento de que a Lei nº 11.977/2016, também teria sido originada de uma medida provisória não se coaduna pois veio para preencher lacuna legislativa então existente: a falta de regulamentação da regularização fundiária (MPDFT, 2017).

A ampliação das hipóteses de regularização, poderia permitir diminuição ou até a eliminação dos requisitos urbanísticos e ambientais aplicáveis aos denominados núcleos urbanos informais. Assim, seria uma mera regularização formal das situações de fato existentes, sem os investimentos de mínimos de infraestrutura por parte do Poder Público atendendo à função social da propriedade urbana, bem como o respeito aos aspectos ambientais.

O novo paradigma da regularização fundiária não detalha o que deve ser considerado como infraestrutura essencial, bem como proíbe a aplicação subsidiária do dispositivo da Lei nº 6.677/1979, lei federal que dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano, na parte em que estabelece o que seria a infraestrutura básica (MPDFT, 2017).

Por fim, mesmo existindo mais críticas técnicas, finalizo este capítulo com a seguinte crítica: as duas modalidades de regularização fundiária urbana a Reurb-S, de interesse social (baixa renda), bem como a Reurb-E, de interesse específico, são apreciados de forma semelhante. Ou seja, concorrendo em paridade, sem levar em consideração que a população de baixa renda deveria ter certo tipo de prioridade atendendo ao princípio da igualdade material nos termos do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (ANADEP, 2016).

CONCLUSÃO

A regularização fundiária é questão central na discussão da moradia adequada. Houve um esforço legislativo significativo em prol do desenvolvimento de um arcabouço jurídico. Contudo, a questão envolve aspectos distintos no âmbito institucional, técnico, legal e econômico.

Tratar das condições de vida população envolve, certamente, o aspecto social, econômico e urbanístico. A grande polêmica se dá em torno do equilíbrio entre os referidos aspectos sem prevalência de um sobre o outro.

No antigo paradigma da regularização fundiária urbanas dada pela Lei nº 11.977/2009 o escopo central era a população de baixa renda. Com o advento da Lei nº 13.465/2017 houve ampliação do rol dos possíveis legitimados.

Difícil estabelecer alguma certeza pois tem a falta de diálogo e debate decorre da polarização, isto posto, levanto dúvidas. Aliás, a falta de diálogo pode estar evidenciada na prática da edição de medida provisória para situações de relevância e urgência sem consulta da sociedade civil.

O novo paradigma da regularização fundiária dada pelo atual projeto de conversão de lei prestes a ser sancionado pela Presidência se propõe à desburocratização ampla da situação irregular de vários imóveis que estavam em desacordo, de alguma forma, com a legislação até então vigente. Ou seja, se

propõe a dar segurança jurídica às famílias de baixa renda que estavam ocupando imóveis informais e, com maior destaque, aos loteadores irregulares, com o consentimento de condomínios e loteamentos em total desrespeito com as regras fundiárias, bem como o plano diretor da cidade.

Outro questionamento se dá em relação ao objetivo original desta eficaz prestação legislativa do Estado como resposta ao momento socioeconômico. O interesse privado, puramente econômico, de poucos, ou a mitigação da desigualdade socioeconômica da população de baixa renda através da titulação de seus imóveis que poderão ser dados em garantia para obtenção de créditos financeiros? Ou um pouco dos dois? Mais um em detrimento do outro?

Pois bem, não se discute a necessidade de melhora legislativa para se avançar na questão da regularização fundiária urbana para combater o déficit habitacional. A dificuldade está na forma em como isso será implementado. O Habitat III deve ser considerado como fio condutor das políticas urbanas, bem como limite ao lado da Constituição Federal, principalmente em relação à função social da propriedade.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS - ANADEP. **Nota Técnica à Medida Provisória nº 759/2016.2017** Disponível em: <https://anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/33090/NOTA_T_CNICA__Comiss_e_s_ANADEP_e_CONDEGE__MP_759.2016%281%29.pdf> Acesso em 29 de jun. de 2017

BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm> Acesso em: 20 de jan. de 2018.

BRASIL. Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv759.htm> Acesso em: 29 de jun. de 2017.

BRASIL. **Ministério das Cidades. Exposição de Motivos da MP 759/2016: EMI nº 00020/2016 MCidades MP CCPR.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP%20759-16.pdf> Acesso em: 29 de jun. de 2017.

BRASIL. **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - MPDFT. Nota Técnica nº 1/2017- PROURB/PRODEMA/PDDC. 2017.** Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/noticias/abril_2017/Nota_T%C3%A9cnica_MP_759-2016_PROURB.pdf> Acesso em: 29 de jun. 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado. Projeto **de Lei de Conversão nº 12, de 2017(Proveniente da Medida Provisória nº 759, de 2016).** Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5280008&disposition=inline>> Acesso: 30 de jun. 2017.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União - TCU. Acórdão nº 775/2016.** Plenário. Relator: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A253D4239E0153F24D7BAC2406&inline=1>> Acesso em: 30 de jun. de 2017.

COUTINHO, Laura. **Hernando de Soto e sua tentativa de solucionar o mistério do desenvolvimento.** Revista Direito GV. São Paulo: 2010. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/hernando-de-soto-sua-tentativa-de-solucionar-misterio-desenvolvimento>> Acesso em: 29 de jun. 2017.

DE SOTO, Hernando. **O mistério do capital.** Rio de Janeiro: Editora Record, 2001.

DIÁLOGOS FEDERATIVOS. **Habitat III.** [20--]. Disponível em: <http://www.dialogosfederativos.gov.br/?page_id=4499> Acesso: 30 de jun. de 2017

MINISTÉRIO DAS CIDADES. **Cartão reforma: beneficiário.** 2017. Disponível em: <<http://www.cartaoreforma.cidades.gov.br/beneficiario/>> Acesso: 29 de jun. de 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Roteiro para a Localização dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: Implementação e Acompanhamento no nível subnacional.** 2016 b. Disponível em:

<<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/06/Roteiro-para-a-Localizacao-dos-ODS.pdf>> Acesso: 30 de jun. de 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Habitat III: países adotam nova agenda para urbanização sustentável.** 2016a. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/habitat-iii-paises-adotam-nova-agenda-para-urbanizacao-sustentavel>> Acesso em: 30 de jun. de 2017.

PAIVA, João Pedro Lamana. **A nova medida provisória nº 759/2016 e seus reflexos no RI.** 2016. Disponível em: <<http://registrodeimoveis1zona.com.br/wp-content/uploads/2016/12/A-NOVA-MEDIDA-PROVIS%C3%93RIA-N%C2%BA-759.docx>> Acesso: 30 de jun. de 2017

PAIVA, João Pedro Lamana. **Regularização fundiária: reflexos sobre as inovações legislativas.** In: ENCONTRO NACIONAL DOS OFICIAIS DE REGISTRO DE IMÓVEIS DO BRASIL, XLIV, 2017, Curitiba: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – IRIB, 2017. Disponível em: <<http://irib.org.br/files/palestra/xliv-tema-06-joao1.pdf>> Acesso em 30 de jun. de 2017.

PEIXOTO, Ana Clara dos Santos Lima *et al.* **Resenha do livro “Guerra dos Lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças”** de Raquel Rolnik. In: Revista Culturas Jurídicas - RJC, Vol. 3, Núm. 5, 2016. Disponível em: <<http://culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/226/90>> Acesso em: 30 de jun. 2017.

PONTES, Daniele Regina; BERTOL, Laura Esmanhoto. **Regularização fundiária: Um panorama geral das irregularidades.** In: KOZICKI, Katya *et al.*(Orgs.). Espaços e suas ocupações: debates sobre a moradia e a propriedade no Brasil Contemporâneo. - Campinas: Russel, 2010.

ROLNIK, Raquel. **Guerra dos Lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças.** São Paulo: Boitempo, 2015.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **O Direito à cidade como paradigma da governança urbana democrática.** Instituto Polis, 2005. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/750/750.pdf>> Acesso: 30 de jun. de 2017.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

REPARAÇÃO CIVIL AOS FILHOS, VÍTIMAS DO ABANDONO AFETIVO

KALLYNE FONTENELE DE MENESES: Acadêmica do Curso Bacharelado em Direito da Cristo Faculdade do Piauí - CHRISFAPI.

RESUMO: Este trabalho de conclusão de curso, cujo tema trata sobre abandono afetivo, apresenta uma análise sobre os conceitos de família, dando primazia ao melhor desenvolvimento saudável da criança e do adolescente, tem ainda como propósito abordar os direitos e deveres que envolvem a família e seus membros em relação ao abandono afetivo e suas causas, além das consequências desta omissão na vida do menor. Busca discorrer sobre a responsabilidade dos pais diante dos filhos frente ao ordenamento jurídico em relação à afetividade. Tendo como objetivo principal demonstrar a efetividade de um real dano psíquico e moral existente sobre crianças e adolescentes, que passam por abandono afetivo de seus pais, tal como o entendimento dos doutrinadores e juristas acerca da problemática de responsabilidade civil dos pais, ocasionando à indenização moral as vítimas. O presente estudo tem início com o instituto do direito de família, assim como demonstra o dever de cuidado dos filhos por seus pais, e as consequências do abandono afetivo. Aborda sobre a indenização e sua aplicação referente ao tema, bem como demonstra as divergências entre a doutrina e jurisprudência ao tratar do abandono afetivo na esfera jurídica indenizatória. Tratou-se de uma pesquisa bibliográfica buscando colocar o pesquisador em contato direto com tudo que se referir ao assunto estudado. O abandono afetivo é um tema que vem tomando grandes proporções no Judiciário, bem como sendo o alvo de grandes discussões para os operadores do direito, por isso é necessária maior cautela nas decisões, visto que as vítimas são crianças e adolescentes que muitas vezes buscam apenas a reaproximação de um elo perdido ou punir os pais pelos danos gerados pela sua omissão.

Palavras chave: Abandono afetivo. Família. Indenização. Afetividade. Criança e adolescente.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho cujo título é Reparação civil aos filhos, vítimas do abandono afetivo, destaca, sobretudo, os conceitos, abordando a importância do

amor e afeto nas relações familiares de pais e filhos e as implicações que poderão surgir na falta deste, bem como os prejuízos de fato que serão causados no desenvolvimento tanto da saúde física, como mental e social da criança, na falta do equilíbrio familiar, gerando assim aplicação de uma possível indenização como será visto mais adiante.

O centro familiar é a base do ser humano em construção, contudo não é a realidade em muitas famílias, cujo a omissão do pai se encontra, e é nesta falta que os danos psicológicos e sociais começam a tomar forma no desenvolvimento pessoal do menor.

Por conseguinte, acredita-se que um dos maiores fatores para que haja esse distanciamento entre pais e filhos é a dissolução do casamento. Normalmente, quando os pais se separam e a guarda da criança fica para um dos cônjuges, onde em sua maioria o outro cônjuge é o pai que se encarrega da parte financeira, afasta-se do filho por motivos fúteis em que a criança não fez surgir. Com o passar do tempo, o alimentante forma um novo núcleo familiar, em razão de não haver mais convivência com a antiga família, distanciando-se do filho e conseqüentemente os sentimentos paternos deixam de existir.

O pagamento de pensão alimentícia não resume o cuidado de um filho, pois este precisa de muitos mais, tanto no campo moral quanto no afetivo, garantindo um desenvolvimento e melhor evolução psicológica e sociológica das crianças, que quando não prestados, sua falta poderá gerar danos psíquicos à criança quando adulta. Desta forma, partindo da esfera que o Direito está em constante mudança, indaga-se: Qual a responsabilidade dos pais diante dos filhos frente ao ordenamento jurídico em relação à afetividade?

Pretendeu-se aqui apontar que de fato, a falta de convivência entre pais e filhos poderá trazer muitas conseqüências na vida da criança seja no meio psicológico como no social.

Assim, objetiva-se demonstrar a efetividade de um real dano psíquico e moral existente sobre crianças e adolescentes, que passam por abandono afetivo de seus pais, tal como o entendimento dos doutrinadores e juristas acerca da problemática de responsabilidade civil dos pais, ocasionando à indenização moral as vítimas.

Elaborou-se esse trabalho com base em uma pesquisa bibliográfica em materiais publicados que discutem sobre o abandono afetivo, bem como em livros e informações atualizadas na área jurídica e jurisprudências. Essa modalidade de pesquisa foi essencial para que se chegasse a uma resposta mais rápida e atualizada sobre o tema em questão, confirmando sua relevância.

O tema aqui proposto tem grande relevância social e está presente no cotidiano de muitas pessoas, em se tratando do desenvolvimento da família, bem como fatores vivenciados diariamente, onde surgem as dúvidas em relação ao convívio de um indivíduo com outro, sobretudo, no que se refere ao afeto, se ele é ou não fundamental para a evolução sócio educativa de um indivíduo em formação.

Demonstrará também as divergências entre a doutrina e a jurisprudência no que concerne à aplicação da indenização, em que a doutrina se porta para o lado da aplicação da indenização, responsabilizando civilmente os pais por seus atos, enquanto que na jurisprudência são julgados inúmeros casos em que é dispensada a indenização por justificarem que a indenização por dano moral pressupõe um ato ilícito.

2 DESENVOLVIMENTO

A família firma o alicerce inicial para a construção da personalidade humana, sendo o seu dia a dia o reforço para lidar com os acontecimentos da vida. A diversidade dos fatores sociais, faz com que o conceito de família não seja algo uniforme, mas sim uma compreensão de acordo com as mudanças sociais ao longo dos anos. Conforme o pensamento de Sarti (2000, p.39), a família " não é uma totalidade homogênea, mas um universo de relações diferenciadas", relações essas, que variam em concordância com os fatos sociais de uma época.

Tem-se como definição de família um exemplo patriarcal e hierarquizado, sendo sua finalidade a formação de laços patrimoniais. Contudo, com o passar dos tempos e o surgimento de novos conceitos sociais, surge um novo padrão familiar fundamentado na democracia e igualdade entre os integrantes deste seio, tendo como objetivo hoje, a construção da personalidade, evolução do ser humano e a confiança recíproca do núcleo garantindo a dignidade de cada um.

A análise sobre a variedade de conceituações sobre o tema abandono afetivo mostra um ajuntamento de significados que oferece um estudo aprofundado sobre as consequências emocionais sofridas por crianças e adolescentes a partir do abuso psicológico realizado pelo abandono ocasionado pelos pais.

O abandono afetivo ganhou bastante importância, por ser um tema atual e que tomou grandes proporções visto que confronta doutrina com jurisprudência em relação ao descumprimento dos deveres do poder familiar, concernentes aos pais de cuidar, criar, educar e assistir seus filhos.

Caracteriza-se abandono afetivo para Dias (2011, p.380), "quando o pai, sabendo que tem um filho, é indiferente à presença deste ou mesmo repudia esta ou a própria pessoa do filho, negando-lhe a convivência e a afetividade, independentemente se o filho sofrerá com isso ou não".

Nesta esfera, o suporte inicial psicológico de uma criança nasce com uma boa relação com seus pais, no sentido em que se confirma o abandono afetivo quando o pai ou mãe deixa de proporcionar assistência afetiva (amor e cuidado), psíquica ou moral ao seu filho, excluindo-se de cumprir com seus deveres e funções parentais, sendo eles expressos no artigo 227 da nossa Constituição Federal, onde cabe aos pais o dever de assegurar a criança e ao adolescente a dignidade e a convivência familiar, em que tal omissão ocasiona uma dor irreparável.

Em continuidade, o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente em sua redação diz que o direito da criança e do adolescente é de ser criado e educado no seio de sua família e em casos excepcionais família substituta, garantindo o seu desenvolvimento integral, sendo tais fundamentos legais descumpridos, maiores são as chances de prejuízos na vida social, escolar e até mesmo profissional da criança ou adolescente, gerando um ser rebelde, sendo um possível autor de crimes, ou seja, aos pais compete observar que o poder familiar deve ser exercido por ambos, com igualdade tanto de condições quanto de direitos.

Desta forma, é característico que a conduta do abandono afetivo é voluntária pela omissão do cuidado, sendo ato ilícito, visto que o dever do cuidado é necessário para o desenvolvimento sadio da criança e do adolescente, visto que é na família que forma sua identidade, onde os pais repassam os valores

morais e éticos, além do amor, carinho e proteção moldando a individualidade, personalidade e valores da criança até chegar na vida adulta, pois é na convivência de forma igualitária de todos os filhos, que com o passar dos anos tem-se uma relação favorável entre mãe, pai e prole.

Os efeitos e consequências do abandono afetivo são preocupantes, visto que o menor envolvido pode vir a desenvolver um desequilíbrio prejudicial a sua convivência no meio social e familiar, entre crises de ansiedade, solidão e depressão. De acordo com Hironaka (2016), quando o pai ou mãe de forma injustificada se ausenta da companhia de seus filhos, evidencia-se a dor psíquica e física, sendo até maior que o próprio abandono material.

Dessa forma, pode-se falar que as consequências negativas do abandono conduzem a uma só realidade, a desestruturação familiar. Assim, uma das principais consequências do abandono afetivo é a questão psicológica, a qual afeta diretamente a vida da criança, ocasionando distúrbios mentais e traumas, até mesmo no seu desenvolvimento, que poderão ser evidenciados durante toda a vida da criança, bem como condutas agressivas, falta de empenho nas atividades escolares.

Assim, a doutrina e jurisprudência ao se posicionar em relação as consequências do abandono afetivo, vem gerando entre elas divergências, no que tange aos pais serem responsabilizados civilmente pelo abandono afetivo, como forma de punição ao pai pela sua omissão afetiva a seus filhos, suportando dessa forma, a pagar uma indenização justa a eles como forma de compensar os danos sofridos por estes.

Apesar de que o pagamento indenizatório não cessaria os problemas, pois a relação dos pais e filhos continuaria ínfima, pois se tornaria uma imposição ao pai, substituindo o amor por valor monetário, afastando-os cada vez mais e os sentimentos paternos acabam por deixar de existir dia após dia.

Nesse sentido, a convivência é um dos grandes motivos que poderia gerar aos poucos algum sentimento de afeto entre pais e filhos, e na falta desse convívio familiar gera uma série de problemas psicológicos que podem vir a gerar malefícios no decorrer da vida da criança, até mesmo a sua vida adulta.

No entendimento de Maria Berenice Dias:

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer seu desenvolvimento saudável. [...] A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação (DIAS, 2015, p. 416).

Ao analisar, não há ainda na doutrina e na jurisprudência concordância no entendimento, perante às aplicabilidades da indenização por abandono afetivo, tendo o objetivo de impedir que os deveres parentais sejam omitidos de forma proposital sem nenhum tipo de punição legal, colocando o afeto em privilégio na família atual.

Mesmo assim, avaliando os posicionamentos atuais, ainda é verídico uma grande insegurança jurisprudencial referente a aplicação da responsabilidade civil por abandono afetivo, com unanimidade as decisões que defendem a inexistência de um ato ilícito nestes casos, principalmente por não haver provas pela incidência do dano.

Contudo, muitos são os autores que defendem a aplicação de indenização nos casos de abandono afetivo, existindo uma minoria contrária. Em contrapartida, a jurisprudência em seus julgamentos afasta a indenização em sua maior parte, sendo nítido as divergências existentes entre o mesmo tema.

A esse respeito, assinalou Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel:

Quer dizer isso que, se para os pais a visitação é um direito e um dever, dever esse que se insere no dever de assistência ao filho, para o filho configura um direito irrenunciável, o qual deve ser coativamente imposto aos pais, quando espontaneamente não queiram cumpri-lo, inclusive através de advertência (art. 129, VIII, do ECA), representação por infração administrativamente, imposição de multa diária com valor expressivo (astreintes) ou, ainda mediante ação de indenização por dano moral, se for o caso (MACIEL, 2010, p. 106).

Muitos doutrinadores levam em conta que os pais têm o dever de prestar assistência aos filhos, desde a visitas ao acompanhamento na sua formação e desenvolvimento, e na sua falta, esse direito inerente ao filho deve ser imposto mesmo que seja de forma coerciva, tendo com o não cumprimento a imposição de reparação financeira a vítima, ou seja, o filho que tem o livre arbítrio de ingressar judicialmente postulando por uma reparação pelo dano sofrido em relação a omissão e abandono que veio a sofrer pelos seus responsáveis.

Todavia, as decisões judiciais são contrárias ao que a maioria dos doutrinadores defendem, por julgarem que a indenização só poderia ser imposta em casos que o ato ilícito for comprovado, não configurando assim o abandono como um ato ilícito, e sim uma forma natural de afastamento que pode acontecer entre qualquer pessoa, mesmo que esse distanciamento seja entre pais e filhos.

Como é o caso do entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que teve o seu provimento negado não configurando ato ilícito, pois os deveres concernentes aos pais não podem ser de forma subjetiva, por não haver possibilidade de reparação prevista no artigo 186 do Código Civil, que sujeita a prática do ato ilícito, não há como identificar o abandono afetivo como dano reparável indenizatório.

No entendimento relacionado (Apelação Cível n. 1.0647.15.013215-5/001, julgado em 10/05/2017, *DJEMG*15/05/2017), onde não existe previsão legal em obrigar alguém a amar, sendo impossível responsabilizar civilmente e condenar alguém por algo que não é ilícito, sendo ilegal condenar um pai só por não sentir amor ao filho.

Diante disso, o dano afetivo não deve ser reconhecido, devido ao amor e carinho não ser obrigação, mais sim sentimentos que surgem com o tempo e convivência, de acordo com o Desembargador Marcus Túlio Sartorato do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Os sentimentos compreendem a esfera mais íntima do ser humano e, para existirem, dependem de uma série de circunstâncias subjetivas. Portanto, o filho não pode obrigar o pai a nutrir amor e carinho por ele, e por este mesmo motivo, não há fundamento para reparação pecuniária por abando afetivo" (SANTA CATARINA, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AC n 292381. Rel. Des. Marcus Túlio Sartorato. 30 jun 2010).

Dessa forma, é perceptível a grande recusa dos tribunais em adentrar nos assuntos que abrangem os sentimentos, pois amor e afeto não devem ser impostos, mas sim, conquistados com o tempo, o que de fato realmente é aceitável, visto que para que os sentimentos fluam é necessário circunstâncias voluntárias, além de ser inadmissível afirmar que a falta de amor seja um ato ilícito.

A responsabilidade civil ao pai que abandonou seu filho, será uma forma de compensar o sofrimento causado pelo filho, seja de forma punitiva e preventiva, para que o pai ou mãe tenha o conhecimento do prejuízo causado, tanto pelas omissões nas relações de afeto, mas também como uma forma de prevenção a outros pais que atuam com esses mesmo comportamentos, tendo a ciência que não ficarão sem punição.

Vale ressaltar, que os prejuízos sofridos são somente da criança e do adolescente no decorrer de suas vidas, sendo necessário para que haja a reparação, que seja provado que houve os danos sejam eles físicos, morais ou psíquicos, além das condutas lesivas e abusivas ao menor, só assim pode-se chegar ao meio judicial, para postular a reparação, iniciando pela ausência de atenção, carinho, afeto, bem como pela falta de interesse do pai ou da mãe.

Por fim, a justiça não obriga ninguém a ser pai ou mãe, contudo aqueles que optarem em ser, jamais podem se desvincular desta função, principalmente nos casos de dissolução do casamento ou união estável, pois o filho nada tem a ver com o fim do vínculo conjugal dos pais, neste sentindo a função do pai e da mãe é amar seus filhos, ou seja, não adianta ser só o pai biológico e prestar alimentos, é necessário ter uma relação com este filho, ser responsável com o mesmo para o bom desenvolvimento emocional e psíquico.

O presente trabalho teve como finalidade alcançar os objetivos propostos através de um levantamento bibliográfico sobre a responsabilidade civil por abandono afetivo, buscando colocar o pesquisador em contato direto com tudo que se referir a determinado assunto.

De acordo com a professora Márcia Rita Trindade Leite Malheiros (2010), a pesquisa bibliográfica levanta o conhecimento disponível na área, distinguindo as teorias produzidas, analisando-as e avaliando sua contribuição para uma melhor compreensão, além de explicar e assimilar o problema objeto da investigação.

Entende-se que por meio da pesquisa bibliográfica é possível ter um leque muito maior e amplo, contribuindo de maneira significativa para o aprimoramento do tema e acesso aos mais variados pensamentos dos mais diversos autores, sejam eles de acordo ou não, com o intuito de melhor compreender sobre a problemática a ser pesquisada.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família atual tem como elemento basilar a afetividade que sustenta a relação familiar, os sentimentos recíprocos e o respeito entre seus membros, entendendo por poder familiar os deveres impostos aos pais de proteção aos seus filhos desde a infância, garantindo o melhor interesse da criança e do adolescente.

É diante dos conceitos apresentados que o abandono afetivo se apresenta, na omissão deste poder familiar onde as concepções doutrinárias e jurisprudenciais se confrontam na aplicação ou não da responsabilidade civil aos pais, dentre os diferentes posicionamentos e argumentos.

Neste sentido, os defensores da aplicação da indenização ao demonstrar a presença do dano moral, fundamentam-se aos princípios constitucionais da afetividade e dignidade da pessoa humana, ao modo que os contra a aplicação da devida reparação afirmam que o valor a ser recebido não compensaria e muito menos substituiria o que já havia sido perdido, no caso, amor e afeto. Sendo os posicionamentos contrários mais presentes nas atuais decisões e julgados referentes ao tema.

Através da pesquisa realizada, ficou comprovada a divergência existente entre doutrina e jurisprudência, uma vez que na prática é utilizado a não indenização por abandono afetivo, apesar de crescerem cada vez mais as ações com esta causa de pedir, o dano declarado que é a falta de amor e afeto não é passível de reparação, pois não existe ato ilícito e nem o amor deve ser imposto, o que ocasionaria mais discussões entre pais e filhos, resultando em distanciá-los cada vez mais.

Desta forma, compreende-se, que em sua maioria, essa indenização serviria como uma forma de diminuir o desamparo pela omissão dos pais, não atuando como um valor em dinheiro, pois é impossível obrigar alguém a amar, sendo um sentimento desenvolvido de forma natural e quando imposto se torna

algo maléfico e até prejudicial ao menor devido a uma idealização de vínculos inexistente.

No decorrer do estudo, ficou claro que a aplicação indenizatória não servirá para melhorar a relação de pais e filhos, e que se antes poderia ainda existir algum sentimento por menor que seja, após um procedimento judicial de indenização é quase impossível a reconstrução de laços afetivos entre ambos.

Por conseguinte, ao fazer o estudo da aplicação da responsabilidade civil aos pais omissos de afeto para com sua prole, é de suma importância para a seara jurídica, bem como a família brasileira que está em constantes modificações, sendo o Direito a forma pela qual a sociedade busca sanar as dificuldades existentes no decorrer dos tempos, no sentido de alcançar e resolver os casos com justiça para ambos os envolvidos.

Ao concluir, o que é claramente evidenciado é que a indenização aumentaria mais o afastamento e mágoa do pai para com o filho, até excluindo qualquer resquício de amor que poderia ainda existir, não sendo esse o objetivo da justiça, que é de solucionar o problema de forma a unir voluntariamente e natural os membros do instituto familiar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Código Civil**. Vade Mecum. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Câmara dos Deputados, Lei 8069, de 13 de julho de 1990. DOU de 16/07/1990-ECA. Brasília, DF.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 1.0647.15.013215-5/001**, julgado em 10/05/2017, *DJEMG*15/05/2017.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 292381**. Rel. Des. Marcus Túlio Sartorato. 30/06/2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, Elementos e Limites ao Dever de Indenizar por Abandono Afetivo**. In PEREIRA, Tânia da

Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A Ética da Convivência Familiar e sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade. Poder Familiar. In: _____ (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MALHEIROS, Márcia Rita Trindade Leite. Pesquisa na Graduação. Disponível em:

www.profwillian.com/_diversos/download/prof/marciarita/Pesquisa_na_Graduacao.pdf. Acesso em: 01/05/2018.

SARTI, Cynthia. **A Família e individualidade: um problema moderno**, in CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.). A família contemporânea em debate, São Paulo: Cortez, 2000.

CONCEPÇÕES DE INFÂNCIA AO LONGO DA HISTÓRIA E A EVOLUÇÃO JURÍDICA DO DIREITO DA CRIANÇA

ANTONIO JOSÉ CACHEADO LOUREIRO:

Universidade do Estado do Amazonas (UEA);
Mestrando em Direito Ambiental (UEA),
Especialista em Direito Penal e Processual Penal
e Direito Público (ESBAM), Especialista em
Direito Penal Militar, Direito Ambiental e
Direitos Humanos (UNIASSELVI), Especialista
em Direito do Trabalho e Previdenciário (PUC-
Minas), Advogado, Professor de Direito Penal e
Processual Penal da Universidade do Estado do
Amazonas.

Resumo : O direito da criança evoluiu ao longo do tempo visto que, nos dias atuais, construir uma sociedade mais justa e igualitária significa tratar dos direitos de todos os cidadãos, inclusive, da criança e do adolescente que também são considerados pela atual Constituição Brasileira, como sujeitos de direito. A problemática consiste em averiguar se, essa evolução dos direitos possibilitou, de fato, maior proteção para as crianças, especialmente por parte da família e da sociedade. Os objetivos do artigo são: analisar os conceitos de criança e os seus contextos sociais e familiares; descrever as concepções de infância no cenário histórico brasileiro – a desproteção e a evolução dos seus direitos; conhecer a legislação de proteção à infância da doutrina da Situação Irregular até a doutrina de Proteção Integral; discorrer sobre a concepção de infância na atualidade em consonância com a Constituição Federal do Brasil e Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

Palavras-chave: Direito da Criança; Concepções de Infância; Doutrina da Proteção Integral.

Abstract: The right of the child has evolved over time, since today, building a more just and equal society means treating the rights of all citizens, including children and adolescents who are also considered by the current Brazilian Constitution, as subjects right. The problem is whether this evolution of rights has actually made it possible for children to be more protected, especially by the family and society. The objectives of the article are to analyze the concepts of children and their social

and family contexts; describe the conceptions of childhood in the Brazilian historical scenario - the deprotection and evolution of their rights; to know the legislation of protection of infancy of the doctrine of Irregular Situation until the doctrine of Integral Protection; to discuss the conception of childhood in the present time in line with the Federal Constitution of Brazil and the Statute of the Child and Adolescent (Law n ° 8.069 / 90).

Keywords: Children's Law; Conceptions of Childhood; Doctrine of Integral Protection.

Sumário: 1 Criança – Conceitos, Contextos Sociais e Familiares. 2 Concepções de Infância – A desproteção e a evolução dos direitos. 3 Legislação de proteção à Infância - da Situação Irregular a Proteção Integral. 3.1 Primeiro Momento de Proteção à Infância. 3.2 Segundo Momento de Proteção à Infância. 3.3 Terceiro Momento de Proteção à Infância 4 Concepção de infância na atualidade em consonância com a Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente.

INTRODUÇÃO

Analisar a concepção de infância e a evolução jurídica do direito da criança ao longo da história remete há alguns anos atrás, quando a preocupação dos governantes era unicamente inibir a delinquência infantil, principalmente dos menores de classes pobres, como forma de proteger a sociedade. Não havia lei para proteger a criança.

Percebe-se, entretanto, que houve evolução, principalmente acerca do entendimento histórico e doutrinário da infância e também quanto aos seus direitos no âmbito jurídico.

É no sentido, de avaliar essa evolução que o presente estudo apresenta uma retrospectiva histórica e evolutiva acerca da ausência de direitos da criança até a sua configuração no momento histórico presente, buscando traçar um paralelo com as concepções de infância ao longo do tempo.

O estudo apresenta como problema, averiguar se, essa evolução dos direitos possibilitou, de fato, maior proteção para as crianças, especialmente por parte da família e da sociedade.

O artigo tem como objetivos analisar os conceitos de criança e os seus contextos sociais e familiares; descrever as concepções de infância no cenário histórico brasileiro - a desproteção e a evolução dos seus direitos; conhecer a legislação de proteção à infância da doutrina da Situação Irregular até a doutrina de Proteção Integral; discorrer sobre a concepção de infância na atualidade em consonância com a Constituição Federal do Brasil e Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

A metodologia utilizada para a elaboração deste artigo foi a pesquisa bibliográfica, qualitativa e de natureza descritiva, realizada através da leitura de livros, revistas, periódicos, artigos e dissertações que tratam acerca do tema objeto do estudo.

A escolha deste tema se justifica por duas razões. Primeira, devido a aproximação com o contexto escolar, o trabalho realizado com crianças, o encantamento com as leituras acerca da infância. A segunda razão, é devido o interesse de pesquisar os diversos tratamentos de descaso à criança ao longo dos anos, passando pelas doutrinas da Situação Irregular e da Proteção Integral até o reconhecimento da criança como sujeito de direito.

Por descrever ao mesmo tempo o entendimento histórico e doutrinário sobre as concepções de infância e a evolução dos direitos da criança no contexto jurídico nacional, trata-se de um estudo relevante para os acadêmicos do Direito e das demais áreas do conhecimento, bem como para os profissionais que atuam ou pretendem atuar na área do Juizado da Infância e da Adolescência.

O artigo está dividido em quatro itens. No primeiro são apresentados os conceitos de criança e seus contextos sociais e familiares.

O segundo trata acerca das concepções de infância – a desproteção e a evolução histórica do direito da criança;

No terceiro item descreve-se a legislação de proteção à infância da doutrina da Situação Irregular até a doutrina de Proteção Integral;

O quarto e último item discorre sobre a concepção de infância na atualidade em consonância com a Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

Ao final deste, são apresentadas as considerações finais acerca do estudo e as referências.

1 CRIANÇA – CONCEITOS, CONTEXTOS SOCIAIS E FAMILIARES

Os estudos acerca da infância e o direito da criança é um tema relativamente novo, principalmente quando se considera que, desde a Antiguidade e durante muitas décadas, elas não tiveram nenhum tipo de proteção.

Para Carvalho (2010), o modo de tratar a criança ao longo do tempo se modificou e continua em processo de transformação de acordo com a sociedade que a mesma está inserida. Pode-se verificar historicamente, que o espaço no âmbito familiar e social que hoje ela ocupa, a tem valorizado um pouco mais a cada dia. Na sociedade atual, a criança ocupa um espaço bastante expressivo. Ela é sujeito de direito, é reconhecida na sua peculiar condição de ser humano em processo de desenvolvimento e tem liberdade para comunicar pensamentos, exigir, questionar.

As crianças, nos dias atuais, possuem um mercado próprio para consumo, leis específicas, espaços próprios e ciências que se debruçam sobre a infância. O encantamento das ciências, principalmente das Ciências Sociais, colaborou para que o conceito de infância sofresse alterações significativas ao longo da história.

Compreender o que foram esses conceitos, analisar a infância do ponto de vista histórico, pode revelar bastante sobre a sua atual concepção.

A concepção de infância que temos hoje foi construída ao longo do tempo. Conforme Belloni (2009), a mudança de visão sobre infância, no começo do século XX, pode ser vista dentro de duas concepções, ligadas aos significados das expressões da palavra: a primeira relacionada ao passado, ligada ao termo *infante* como aquele que está impossibilitado de falar, aquele que não tem voz; e, posteriormente, uma concepção mais contemporânea, sendo *infante-criança* aquele que está sendo criado, com voz e participação.

Este cenário no qual valoriza-se a criança, porém, não faz parte da realidade infantil desde os tempos remotos. Percorreu-se um longo caminho para que a mesma fosse valorizada, deixando de “ser objeto” e passando a “ser sujeito” de

direito, sendo-lhe assegurado o direito de ter suas necessidades - físicas, cognitivas, psicológicas, emocionais e sociais - atendidas de forma integral e integrada, ficando a família, o Estado e a sociedade incumbidos desse dever.

Belloni (2009), comenta que a concepção de infância estava diretamente ligada ao fato de que as crianças eram percebidas como adultos imperfeitos, não como seres humanos em desenvolvimento. Dessa forma, essa fase da vida humana tinha pouco interesse de ser conhecida. Séculos mais tarde, surgiria um sentimento de que as crianças são especiais e diferentes dos adultos, e, portanto, merecedoras de serem estudadas por si sós.

Considerando o homem como um ser social, o conceito de infância também é determinado socialmente, isto é, está intimamente relacionado à maneira como o homem produz seu modo de existência e se organiza em sociedade. Desde modo, a infância pode ser tratada enquanto uma categoria social e historicamente construída.

Para conceituar criança, a Convenção sobre os Direitos da Criança (aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas-ONU, em 1989) afirma "crianças são todas as pessoas menores de dezoito anos de idade". Já para o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), criança é considerada a pessoa até os doze anos incompletos, enquanto entre os doze e dezoito anos, idade da maioridade civil, encontra-se a adolescência.

Etimologicamente, a palavra infância vem do latim, *infantia*, e refere-se ao indivíduo que ainda não é capaz de falar.

A infância é definida, por Schultz e Barros (2011), como a fase compreendida entre o nascimento e a puberdade, possui modos específicos de sentimentos, ações e comportamentos que devem ser compreendidos de maneira a se respeitar as diferentes culturas de determinado tempo e espaço, relacionando-se, ainda, com a troca de conhecimentos que se estabelecem entre crianças, adolescentes e adultos.

Os conceitos apresentados mostram que a idade define a condição conceitual de infância e adolescência. A partir de 12 anos deixam de ser crianças e passam a ser adolescentes, após os 18 anos já são consideradas como pessoas jovens ou adultas.

No entendimento de Dias (2009), crianças e adolescentes são pessoas que se encontram em pleno desenvolvimento físico e mental, portanto, ambos são indivíduos que precisam receber cuidados de pessoas adultas.

Acredita-se, assim, que a primeira e mais significativa relação social que a criança estabelece é travada na família. As crianças nascem no seio familiar e cabe aos pais cuidarem delas até que se tornem capazes.

Dias (2009) explica que, fazer parte de uma família favorece à criança noções de segurança, poder, autoridade, hierarquia, além de lhe permitir aprender habilidades diversas, tais como: falar, organizar seus pensamentos, distinguir o que pode e o que não pode fazer, adaptar-se às diferentes circunstâncias, flexibilizar, negociar, seguindo as normas da sua família.

O autor a seguir, também conceitua da seguinte maneira

A família funciona como o primeiro e mais importante agente socializador, sendo assim, é o primeiro contexto no qual se desenvolvem padrões de socialização em que a criança constrói o seu modelo de aprendiz e se relaciona com todo o conhecimento adquirido durante sua experiência de vida primária e que vai se refletir na sua vida escolar. O contato com outros companheiros também contribui, entre tantas outras coisas, para que o aluno se acostume à rotina escolar, passando a ter interesse pelos objetos, atividades e conhecimentos escolares - isto favorece o seu desenvolvimento pessoal e intelectual (CARVALHO, 2010, p. 41).

Dessa forma, é inegável a relevância da família nos anos iniciais da vida humana, sendo assegurado no capítulo III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o direito à convivência familiar e comunitária.

O mencionado Estatuto prevê ainda, no caput do artigo 4º, que

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, a profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL/ECA, 1990).

Assim, a família é a primeira responsável, a sociedade é a segunda responsável - ambas possuem responsabilidade conjunta e solidária - e o Estado é o terceiro responsável por assegurar a efetivação dos direitos acima mencionados, este último possuindo responsabilidade subsidiária. Nem sempre o formato familiar descrito funcionou (e funciona) tão perfeitamente.

2 CONCEPÇÕES DE INFÂNCIA – A DESPROTEÇÃO E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS

Para uma concepção mais ampla acerca da infância, é importante conhecer os tipos de tratamentos a que as crianças eram submetidas e a evolução jurídica dos seus direitos.

De acordo com Azambuja (2016, p. 83), “exemplos históricos de desproteção jurídica à criança são encontrados desde a Antiguidade, entre os povos egípcios e mesopotâmios, romanos, gregos, medievais e europeus”.

Para esses povos as crianças não mereciam nenhum tipo de proteção, na verdade, nunca houve nenhum tipo de proteção, era como se não existissem.

Barros (2005, p. 71) comenta que, no Oriente Médio, o Código de Hamurabi que prevaleceu de 1728 a 1686 a.C. o artigo 193 “previa o corte da língua do filho que ousasse dizer aos pais adotivos que eles não eram seus pais, e, a extração dos seus olhos se aspirasse voltar à casa dos pais biológicos”; o artigo 195 “caso o filho batesse no pai, sua mão era decepada”.

Por outro lado, o mesmo código em seu artigo 154, dizia que: se um homem abusasse sexualmente de sua própria filha, a pena máxima era a sua expulsão da cidade. Ou seja, a punição das crianças era muito severa e cruel enquanto a dos adultos era amena.

Ainda no contexto da desproteção,

Em Roma (449 a.C.) a Lei das XII Tábuas - 1º permitia ao pai matar o filho que nascesse disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos; 2º o pai tinha legítimo o direito de vida e de morte sobre os filhos, inclusive para vendê-los. Em Roma e também na Grécia antiga, o pai como chefe da família, podia castigar, condenar e expulsar a mulher e os filhos, visto que não possuíam nenhum tipo de direito. Em Esparta, as crianças doentes ou portadoras de malformações congênitas eram sacrificadas, pois, desde cedo serviam para atender interesses políticos, sendo selecionadas, pelo porte físico, para ser guerreiros, ou seja, eram objeto de direito estatal (AZAMBUJA, 2016, P. 56).

Muito pior que o homem ser supervalorizado pelas sociedades antigas onde prevalecia o império machista com seu paternalismo, é a total falta de compaixão, o total descaso para com as crianças e principalmente a perversidade para com as portadoras de deficiência, que não tinham sequer direito à vida.

Vanuchi (2010, p. 52), cita outra situação relevante de sacrifício dos infantes, no reinado do paganismo, quando "Herodes, rei da Judeia mandou executar todas as crianças menores de dois anos, na tentativa de atingir Jesus Cristo, conhecido como rei dos judeus".

A história antiga mostra o triste cenário da convivência das crianças com os seus pais que também eram os seus opressores e agressores permanentes.

A ótica atual sobre a infância é consequência das constantes transformações pelas quais passamos, sendo assim, é de suma importância nos darmos conta destas transformações para compreendermos o cenário que se faz presente.

Até o século XII, o índice de mortalidade infantil era muito alto devido precárias condições de higiene e saúde. Desse modo, havia nos períodos medievais uma insensível postura dos pais com relação aos filhos. Conforme Heywood (2004), "os bebês abaixo de dois anos, em particular, sofriam um descaso

assustador, pois, os pais consideravam pouco aconselhável investir muito tempo ou esforço em um pobre animal suspirante, que tinha tantas probabilidades de morrer com pouca idade”.

As crianças que conseguiam sobreviver com as precárias condições e descaso não possuíam identidade própria, apenas vindo a tê-la quando conseguissem realizar atividade semelhantes àquelas feitas pelos adultos, com as quais estavam misturadas.

O tratamento social dado à criança era semelhante ao do adulto. Ser criança era viver um breve período de vida, pois logo se misturavam com os de mais idade.

Nesse sentido, o autor complementa

Adultos, jovens e crianças se misturavam em toda atividade social, ou seja, nos divertimentos, no exercício das profissões e tarefas diárias, no domínio das armas, nas festas, cultos e rituais. O cerimonial dessas celebrações não fazia muita questão em distinguir claramente as crianças dos jovens e estes dos adultos. Até porque esses grupos sociais estavam pouco claros em suas diferenciações (ÁRIES, 1981, p.156).

Não havia nessa época, atividades, objetos, vestimentas ou leis próprias para a infância. As crianças cedo entravam no universo adulto e não dependiam tanto dos seus pais. Eles sim precisavam de seus filhos, pois quanto maior o número de filhos mais pessoas teriam para trabalhar.

De acordo com Áries (1981), nas famílias pobres havia uma preocupação desde cedo para a criança trabalhar nas lavouras ou serviços domésticos. Já as crianças que pertenciam às famílias nobres aprendiam as artes de guerra ou os ofícios eclesiásticos.

A particularidade do mundo infantil que distingue a criança do adulto não existia. Igualmente não havia a percepção de que a criança precisava de cuidados e de pessoas para zelar por sua integridade.

Como explica Áries (1981), nos séculos XIV, XV e XVI, as crianças eram vistas como um adulto em miniatura. Ainda nos remetendo à situação de fome, miséria

e a falta de saneamento básico pelas quais as pessoas da Idade Média viviam, a morte de uma criança não era recebida com tanta comoção. Rapidamente a tristeza passava, e aquela criança era substituída por outro recém-nascido para cumprir sua função já pré-estabelecida.

Constata-se, portanto, que a afeição pela infância, o sentimento de proteção do ser vulnerável não era inerente à época.

O mencionado autor, ainda tratando do sentimento com relação à criança, afirma que,

As pessoas se divertiam com a criança pequena como um animalzinho, um macaquinho impudico. Se ela morresse então, como muitas vezes acontecia, alguns podiam ficar desolados, mas a regra geral era não fazer muito caso, pois outra criança logo a substituiria. A criança não chegava a sair de uma espécie de anonimato. A infância foi ignorada socialmente e isso é perceptível nas Artes, pois, até o século XII, não houve sequer a tentativa de representá-la. Não há crianças caracterizadas até o final do século XVIII, por sua expressão peculiar (ÁRIES, 1981, p.10).

Dessa forma, esses indivíduos permaneceram no anonimato durante um longo período histórico que compreende a Antiguidade até a Idade Média. Num percurso histórico, o conceito de infância foi sofrendo modificações. No século XVI, ocorreram mudanças nas concepções referentes à criança e a infância. Do século XVI para o XVII, na Europa, começam a perceber a criança como um ser diferente do adulto. Surge o que diversos autores denominaram um sentimento de infância. Sentimento esse a princípio distorcido, uma vez que as crianças eram vistas como objeto lúdico dos adultos.

Houve uma época, por volta do século XVII, segundo Júnior (2012), que as crianças foram tratadas como o centro das atenções e tinham permissão para tudo até completar seis anos de idade. A partir dos sete, lhe era cobrada uma postura de responsabilidades semelhantes à de uma pessoa adulta. Em razão disso e para que atendessem aos desejos dos adultos, as crianças eram severamente castigadas, punidas fisicamente, espancadas com chicotes, ferros e paus.

Nesse momento, lembra Áries (1981), a infância estava começando a ser descoberta na Europa como uma idade específica da vida, sentimento de infância antes inexistente na Idade Moderna, coincidia com a época em que estava ocorrendo a colonização do Brasil. Assim, os europeus, enquanto colonizadores trouxeram seus valores, costumes e ideias referentes à infância para o Brasil.

Dentro dessa nova construção moderna, foram sendo soterradas concepções de criança como um adulto em tamanho reduzido e paulatinamente foi cedendo lugar para a afirmação da infância como uma construção social.

Nesse contexto, comenta Júnior (2012), com o advento da Revolução Industrial, no século XVIII, a escolarização se estendeu a todas as camadas sociais, com a missão de educar para o trabalho as crianças, impondo sobre elas uma mentalidade de obediência e disciplina. Nas indústrias, além da inserção do trabalho da mulher constata-se a presença de crianças que representava mãos-de-obra baratas, disciplinadas e com baixo poder reivindicatório. As atividades de trabalho infantil, que sempre estiveram presentes na sociedade medievais, sejam elas domésticas ou agrícolas, continuaram acontecendo.

As crianças eram submetidas a longas jornadas de trabalho nas fábricas, dispendiam bastante força física e chegavam muitas vezes ao esgotamento, o que continuava contribuindo com os altos índices de mortalidade. O trabalho infantil era visto culturalmente como forma inicial de educação doméstica e de provimento material do orçamento da família.

No Brasil, segundo Júnior (2012), o trabalho infantil é um fenômeno social presente ao longo da história, suas origens remontam à colonização portuguesa e à implantação do regime escravista. Foi a partir do século XIX, que surgiram os primeiros entendimentos sobre o significado de infância.

A criança tornou-se indivíduo central no contexto familiar, ou seja, sua casa transformou-se num espaço de afetividade. A partir de então, a criança passou a ser vista como indivíduo de investimento afetivo, econômico, educativo e existencial.

O Estado, por sua vez, assume outro papel com relação à criança

No século XIX, o Estado, que se interessa cada vez mais pela criança, vítima, delinquente ou simplesmente carente, adquire o hábito de vigiar o pai. A cada carência paterna devidamente contatada, o Estado se propõe substituir o faltoso, criando novas instituições. (...) É verdade, não obstante, que a política de assumir e proteger a infância traduziu-se não apenas numa vigilância cada vez mais estreita da família, mas também na substituição do patriarcado familiar por um "patriarcado de Estado". Até o final do século XIX, a criança foi vista como um instrumento de poder e de domínio exclusivo da Igreja (BADINTER, 1985, p.288-289).

Somente no início do século XX, a Medicina, a Psiquiatria, o Direito e a Pedagogia contribuíram para a formação de uma nova mentalidade de atendimento à criança, abrindo espaço para uma concepção de reeducação não apenas religiosa, mas também científica.

Barros (2005, p. 68), comenta que, analisando-se a história do Brasil a partir do período colonial, não há registro de direitos assegurados para a infância,

As primeiras crianças, chegadas antes do descobrimento do Brasil, vieram na condição de órfãs do rei ou como pajens, com o compromisso de casar com os súditos da Coroa. Vieram nas embarcações, em condições trágicas, as crianças eram abusadas sexualmente pelos marujos rudes e violentos, com a desculpa de que não haviam mulheres a bordo. Somente as crianças órfãs não eram violentadas porque ficavam trancafiadas nas embarcações.

Desde a chegada da Companhia de Jesus ao Brasil, no século XVI, os religiosos assumiram o papel de defensores dos direitos *infanto juvenis* até o início do século XX. Isso significa dizer que, durante todo esse período o amparo à infância brasileira foi exercido pela Igreja Católica.

Na Idade Contemporânea, Pereira (2008), destaca os avanços cronológicos ocorridos nas políticas de proteção social para as crianças e adolescentes, visto que, em 1919, foi criado o Comitê de Proteção da Infância, cujas manifestações trataram das obrigações coletivas com relação às crianças. Mais tarde, com a primeira Declaração dos Direitos da Criança (1959), os Estados passaram a ter suas legislações próprias em defesa desses direitos.

E posteriormente, afirma o autor:

Em 1946, foi criado o Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), que declara em seu Artigo 19 – Direitos da Criança: Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Em dezembro de 1948, é proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em cujo texto os direitos e liberdades das crianças e adolescentes estão implicitamente incluídos, inclusive, em seu Item II, observa: a todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio é assegurado o direito a mesma proteção social (JÚNIOR, 2012, p. 16).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 1948, afirmou direitos de caráter civil e político, incluindo os direitos econômicos, sociais e culturais de todos os seres humanos, envolvendo, por conseguinte, as crianças. Para assegurar o cumprimento dos direitos humanos às minorias (crianças) foi aprovada em 1959, na Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, trazendo em seu conteúdo o primeiro conjunto de valores da Doutrina da Proteção Integral

Prevê o princípio 1 desta Declaração, o seguinte: toda criança, absolutamente sem qualquer exceção, será credora destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família (ONU, 1959).

Segundo (Barros, 2005, p. 72)

Tratava-se do início de um complexo processo de transição que resultaria na superação do Direito do Menor pelo Direito da Criança e do Adolescente, e consequentemente, na substituição da Doutrina da Situação Irregular para a Doutrina da Proteção Integral. A partir de 1985, o Direito da Infância e da Juventude se consolida em nível mundial com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, cujo marco de proteção social à infância e adolescência forneceu também as bases para a doutrina da proteção integral, que fundamentou o Estatuto da Criança e do Adolescente – que atualmente assegura os direitos das crianças e dos adolescentes do Brasil.

Vale destacar ainda registros antigos, do mesmo período histórico que envolvem crianças, no Estado do Amazonas, local onde se realiza a presente pesquisa, com relatos de lendas e fatos ocorridos no seio da floresta amazônica, durante o período áureo da borracha (1830/1860), nas obras de Ferreira de Castro "A Selva", Álvaro Maia "Beiradão", entre outras, cujas características são o contato e a experiência dos escritores no mundo do seringal.

Maia (1999) em suas obras, apresenta as figuras femininas, sejam velhas ou crianças, e afirma que as mesmas eram tratadas no seringal como mercadorias, objeto de disputa ou moeda de troca.

Benchimol (1992), narra alguns fatos passados, destacando como as figuras femininas eram tratadas nos seringais. Por conta da abstinência sexual prolongada, seringalistas e alguns seringueiros cometiam atos extremos de abusos contra mulheres velhas e meninas em idade precoce para o sexo, que eram possuídas através do estupro ou do aliciamento.

Ferreira de Castro (1972), por sua vez, comenta que, a escassez se transformava em excesso e cita o caso do amasiamento de um seringalista chamado José Arruda com três meninas, de nove, dez e doze anos de idade, vivendo na mesma barraca. O delegado colocou o seringalista no tronco, bateu nele, entretanto, quando conversou com as meninas elas o defenderam afirmando que ele lhes dava bóia (que significa alimentação) e roupa.

Os demais momentos históricos e a evolução dos direitos da criança no Amazonas são semelhantes aos ocorridos no Brasil, conforme se trata nos itens seguintes.

3 LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO À INFÂNCIA – DA SITUAÇÃO IRREGULAR A PROTEÇÃO INTEGRAL

Neste item, serão expostos os momentos históricos jurídicos de proteção à criança, que compreende desde o período da ausência de normas protetivas, perpassando pelo Direito do Menor, até o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990).

3.1 Primeiro momento de proteção à infância

Não havia norma de proteção à criança e ao adolescente, pois não havia diferenciação clara entre crianças, adolescentes e adultos.

No Brasil, durante o período pré-republicano a atenção à infância era através de ações em prol do abandono, prevalecendo um modelo caritativo-assistencial.

As crianças abandonadas eram acolhidas por famílias substitutas ou institucionalizadas nas Rodas dos Expostos. Sobre este assunto a autora explica:

As Rodas criadas conforme o modelo de acolhimento infantil, em vigor na Europa durante o período colonial brasileiro, foi reproduzido e disseminado em larga escala por aqui. Provavelmente, foi um dos modelos assistenciais que mais perdurou na história brasileira, pois a primeira Roda dos Expostos foi criada em 1750 e a última encerrada em 1950, ou seja, durante duzentos anos consolidou-se como o principal modelo de acolhimento infantil (MARCILIO, 1999, p. 83).

No âmbito da educação, as práticas pedagógicas instituídas pelos jesuítas no século XVI (após a colonização) eram representadas pelo binômio amor-repressão, que aliou a educação à imposição de castigos corporais, durante vários séculos. Vale mencionar que, inicialmente este modelo educacional era restrito às crianças da classe nobre da sociedade. Até a abolição da escravatura, em 1889, a

escravidão também deixou sua marca na história da infância brasileira, submetendo crianças negras à condição de absoluta exploração.

Um interesse jurídico especial pela infância surge em decorrência da abolição da escravidão, como esclarece Cústodio (2014), pois, meninos e meninas empobrecidos circulam pelos centros urbanos das pequenas cidades procurando alternativas de sobrevivência e “perturbam” a tranquilidade das elites locais. É nesse cenário que o sistema de controle penal é colocado em ação visando estabelecer um controle jurídico específico sobre a infância.

Porém, tanto o Código Criminal do Império, de 1830, quanto o Código Penal da República, de 1890, aplicam o direito penal comum aos menores de 18 anos, submetendo-os muitas vezes a trabalhos forçados, castigos corporais, prisão perpétua e pena de morte. Diante das críticas humanitárias à aplicação do Direito Penal comum aos menores de 18 anos surge o Direito do Menor.

3.2 Segundo momento de proteção à infância: Direito do Menor

Neste segundo momento de proteção à infância, com o Direito do Menor, o Estado passa a atuar nos casos de situação irregular do menor – delinquência, abandono ou ausência de representação legal. Nas demais situações o Estado continuou omissivo.

Segundo Custódio (2014), em 1926, o presidente do Brasil, Washington Luís, atribuiu ao Juiz de Menores do estado do Rio de Janeiro José Candido Albuquerque de Mello Mattos, conhecido como o primeiro juiz de menores do Brasil e por sua preocupação com a minoridade, a responsabilidade de sistematizar uma proposta que atingisse os menores em situação irregular. Assim, em 12 de outubro de 1927 seria aprovado o primeiro Código de Menores Brasileiro, também conhecido como Código de Mello Mattos. É importante frisar que, este consolidou toda a legislação produzida desde a proclamação da república.

A Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor foi criada pela Lei nº 4.513, em 01 de dezembro de 1964, integrando o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, vinculado ao Ministério da Previdência e Assistência Social, tendo por objetivo implantar a Política Nacional do Bem-Estar do Menor.

A Política Nacional do Bem-Estar do Menor tinha como base os princípios da doutrina da segurança nacional, seu foco central era o atendimento dos menores marginalizados socialmente.

Desse modo, afirma Custódio (2014), no século XX, sob as vertentes da justiça e da assistência, foram criadas as primeiras leis que disciplinaram o sistema de garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes como o Código de Menores de 1927, posteriormente, em 1979, o 2º Código de Menores (lei nº 6.697/1979) que também adotava a doutrina da situação irregular. Assim classificando, em seu artigo 2º, o menor em situação irregular:

Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal. (BRASIL, 1979).

Este Código de Menores foi implantado durante o regime militar, Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, proposto pela Associação Brasileira de Juízes de Menores, foi aprovado nas Comemorações relativas ao Ano Internacional da Criança da Organização das Nações Unidas (ONU). A nova lei possui como maiores expoentes os juristas Allyrio Cavallieri e Ubaldino Calvento.

Tratando-se dos pontos relevantes, Rizzini (2009, p. 41) afirma “o Código de Menores de 1979, foi de relevante significado para a infância brasileira, visto que a responsabilidade sobre as crianças abandonadas, institucionalizadas e delinquentes passou a ser da justiça”.

Prates (2006), por sua vez, acrescenta que, além de contribuir para a mudança da concepção de proteção e assistência, ofereceu tratamento apropriado para o 'menor infrator' e algumas garantias à sua situação de pessoa em desenvolvimento.

Também Martins (2006), comenta que, o Código de Menores de 1979 revogou o de 1927 e trouxe para o Brasil a "doutrina da situação irregular", porém, com a mesma política assistencialista das legislações anteriores, com poucas modificações em relação ao código anterior, ou seja, não houveram mudanças no conceito de infância.

Baseados em estudos e sob a ótica da sociedade, o tratamento de caráter assistencialista e filantrópico desenvolvido e direcionado ao menor não foi considerado adequado para a solução do problema, pois, já existiam concepções mais complexas acerca da infância.

Durante a década de 80, um conjunto de fatores, tais com: as precárias condições de vida da maioria das crianças e dos adolescentes; as contundentes críticas às diretrizes e ao conjunto de práticas governamentais de assistência; o acentuar-se das discussões sobre direitos da criança e do adolescente; o contexto sociopolítico propício à reivindicação e reconhecimento legal de direitos; e a articulação de setores da sociedade civil, concretizada no movimento em defesa da criança e do adolescente colaborariam para uma significativa mudança neste cenário de proteção à infância.

Era o início da substituição do Direito do Menor pelo Direito da Criança e do Adolescente, e conseqüentemente, na substituição correspondente da Doutrina da Situação Irregular para a Doutrina da Proteção Integral.

3.3 Terceiro momento de proteção à infância: Direito da Criança e do Adolescente

A transição da "doutrina da situação irregular do menor" para a "doutrina da proteção integral" estabeleceu-se gradativamente no decorrer da década de oitenta, com ênfase no processo de elaboração da nova Constituição.

Como expõe o autor

“Esta doutrina (da Proteção Integral) afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade especial de respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora de continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para promoção e defesa de seus direitos” (COSTA,1992, p. 19).

Isso significa dizer que, neste momento ocorre uma importante mudança na forma em que as crianças e adolescentes brasileiros são percebidos. A Doutrina da Proteção Integral foi essencial para a consolidação de um novo ramo do direito no Brasil: o Direito da Criança e do Adolescente.

Segundo Saraiva (2010), com a Constituição da República do Brasil, de 5 de outubro de 1988, revogou-se a expressão “menor” do ordenamento jurídico brasileiro, substituindo por crianças e adolescentes. Entretanto, os titulares de direitos são, agora, crianças e adolescentes, conquista esta frágil e tardia.

Ao tratar da ordem social, o texto constitucional prevê que,

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL/CF, 1988).

Nesse sentido, os direitos fundamentais da criança e do adolescente têm seu campo de incidência amparado pelo *status* de prioridade absoluta, ele requer uma hermenêutica própria comprometida com a proteção integral e o melhor interesse da criança, ficando a família, a sociedade e o Estado incumbidos de assegurá-los.

No contexto dos direitos da infância e da juventude,

A Lei 8.069/1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é um referencial do Direito Infanto-Juvenil no Brasil, em virtude da sua fundamentação na doutrina de proteção integral, que nasce por força da sua peculiar fase de desenvolvimento. Essa lei regulamenta um comando previsto nos art. 6º, 7º, 203 e 227 da Constituição Federal Brasileira de 1988, assegurando o exercício dos seus direitos fundamentais (CUSTÓDIO, 2014, p. 18).

Trata-se de direitos fundamentais que devem ser garantidos para todos as crianças e adolescentes, posto que, como medida de proteção deve abranger todos os direitos essenciais fundamentados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e demais documentos de semelhante teor.

Conforme Saraiva (2010), a partir do conjunto de tratados, convenções internacionais e das determinações constitucionais, ocorre em 1990, a publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), onde direitos e garantias podem ser divididos em três grandes sistemas: o primeiro, trata das políticas públicas dirigidas à infância e juventude; o segundo, elenca as medidas dirigidas a crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social; e o terceiro, trata especificamente dos adolescentes em conflito com a lei.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi, portanto, um marco revolucionário no Direitos da infância e da juventude, visto a adoção da doutrina da Proteção Integral, principalmente por levar em conta os direitos próprios e especiais das crianças e dos adolescentes enquanto pessoas em fase de desenvolvimento e que necessitam de proteção diferenciada, especializada e integral.

4 CONCEPÇÃO DE INFÂNCIA NA ATUALIDADE EM CONSONÂNCIA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Analisar o contexto atual da infância no Brasil, significa reconhecer a sua evolução histórica, os seus significativos avanços e a mudança dos sentimentos familiares, sociais e de direito que também evoluíram, e verificar como estão sendo aplicados na prática.

Segundo Júnior (2012), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) promoveu grandes mudanças na política de atendimento às crianças e adolescentes com a criação de instrumentos jurídicos para assegurar a garantia dos direitos fundamentais, conforme citam os artigos 3º, 4º e 7º - direito à vida, à saúde, à convivência familiar e comunitária.

Com o mesmo grau de importância no contexto dos direitos fundamentais, Freire Neto (2011), cita também o artigo 5º que estabelece o seguinte - crianças e adolescentes não serão objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão ou qualquer tipo de atentado; e, o artigo 15º que trata sobre o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, enquanto direitos garantidos também na Constituição Federal.

Isso significa que, através desses dispositivos, a legislação busca defender plenamente os direitos das crianças e dos adolescentes, diante de qualquer arbitrariedade por parte do Estado, da sociedade ou da família.

Outro aspecto relevante, cita Bitencourt (2009), é que "com o ECA, foram criados os Conselhos de Direitos da Crianças e do Adolescente que atua em conjunto com o Estado e com a sociedade, e os Conselhos Tutelares que atuam no caso de violação dos direitos individuais das crianças e dos adolescentes que se encontram em situação de risco". De acordo com o artigo 131 do ECA, o Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente; e, o artigo 132 estabelece que, em todo município brasileiro deverá haver pelo menos um Conselho Tutelar.

A criação dos Conselhos faz parte da política de atendimento às crianças e adolescentes, estabelecido no artigo 88, inc. I a VII do Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente no sentido de conclamar a sociedade civil para participar e atuar na elaboração das políticas públicas.

A concepção de infância no contexto da proteção integral, nas palavras de Trindade e Silva (2005, p. 19), considera que "a maioria das crianças e dos adolescentes está distante de seu direito em sua forma plena. Visto que a grande parcela deles se encontra em situação de carência econômica, social e familiar, o que reflete no fato de se tornarem adultos de alguma forma já violentados".

As palavras do autor apontam uma realidade que vai de encontro ao direito da proteção integral, entretanto, é necessário que se reflita sobre os papéis desempenhados pelo Estado, pela sociedade e pela família, de maneira a fazer

valer direitos e garantias que propiciem o pleno desenvolvimento das crianças e dos adolescentes.

Pesquisas atuais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE/2014) e Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF/2015) acerca do cenário da infância e da adolescência no Brasil, apontam que

No Brasil há 63 milhões de crianças e adolescentes. Desse total, 46% são menores de 14 anos, e vivem em domicílios com renda *per capita* de até meio salário mínimo. 132 mil famílias são chefiadas por crianças e adolescentes entre 10 e 14 anos, que cuidam de outras crianças de idades ainda menores. Em 2014, foram mais de 91 mil denúncias de violações de direitos de crianças e adolescentes. Em 2015, foram registradas 17.588 denúncias de violência sexual contra crianças e adolescentes, um total superior a 23 mil vítimas, 70% delas meninas. Há ainda que citar os recentes casos de estupros coletivos como os ocorridos em 2015, com adolescentes no Rio de Janeiro e no Piauí, como graves violações de direitos humanos que se somam às estatísticas de violências registradas no país (2015).

Os casos de abusos contra crianças e adolescentes fazem refletir sobre a banalidade que se tornou a violência e o descaso com os direitos de proteção integral estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Outro fato de indignação popular e alarmante é a divulgação, a exposição e o julgamento moral nas redes sociais a que foram submetidas as adolescentes vítimas de estupros coletivos.

Quanto aos tipos de violências praticados no Brasil contra crianças e adolescentes, temos o seguinte: Em 2013 ocorreram 73% de negligência, 50% de violência psicológica, 43% de violência física e 28% de violência sexual. Em 2014 ocorreram 74% de negligência, 49% de violência psicológica, 43% de violência física e 25% de violência sexual (UNICEF, 2013).

A pesquisa aponta a negligência como o tipo de violência de maior incidência contra as crianças e adolescentes, que por sinal, até evoluiu. Isso significa que os responsáveis – Estado, sociedade e família – estão falhando com o compromisso de zelar e garantir os direitos. Muito embora a violência sexual apresente menor percentual, ela não ocorre sem que a criança ou o adolescente tenha sofrido junto violência física e psicológica.

O Brasil foi referência mundial na redução de mortalidade infantil no período de 1990 a 2012, com a redução de 68% da taxa de óbitos de crianças menores de 1 ano. Entretanto, conforme a DATASUS (2011), hoje ainda morrem muitas crianças e as maiores vítimas da mortalidade infantil são as crianças indígenas. No quesito educação, há mais de 3 milhões de crianças fora da escola, a maioria delas são pobres, negras, indígenas, ou possuem algum tipo de deficiência. São crianças e adolescentes que vivem nas periferias das grandes cidades, na Amazônia e na área rural. A maioria delas deixa de estudar para trabalhar e ajudar no sustento da família (IBGE-PNAD/2013).

Aqueles que deixam de estudar para trabalhar, representam outro grave problema que afeta crianças e adolescentes no Brasil, visto que, as pesquisas apontam que quase 2 milhões deles, de 5 a 15 anos de idade trabalham e que esse índice tem crescido nos últimos quatro anos.

Os dados atuais mostram a face mais trágica da violação dos direitos das crianças e adolescentes no Brasil com o elevado número de homicídios de meninos e meninas até 19 anos que de 1990 a 2014 passou de 5 para 11,1 mil casos ao ano. Isso significa que, em 2014, trinta crianças e adolescentes foram assassinados a cada dia. Dos adolescentes que morrem no Brasil, 36,5% são assassinados. Esse número coloca o país em segundo lugar no ranking dos mais violentos com o público infanto-juvenil, perdendo apenas para a Nigéria (UNICEF, 2015).

O cenário de violências se torna ainda mais sombrio quando se verifica que esses índices aumentam a cada dia e nenhuma ação consistente está sendo tomada pelos responsáveis, para eliminar ou pelo menos minimizar essa problemática.

De uma maneira simples, as palavras de Tossato (2009), para os dias atuais, considerando às mudanças de concepção e respeito a situação peculiar de desenvolvimento biopsicossocial, ser criança significa "ter na cabeça, fantasias; nos olhos, o brilho da poesia; no corpo, o movimento e a música do mundo... É ter curiosidade, fazer muitas perguntas, investigar! É transformar e ser transformada

por meio das brincadeiras e de suas infinitas possibilidades de criação, invenção e aprendizagens”.

Embora o Brasil possua uma das legislações mais avançadas do mundo no quesito proteção da infância e da adolescência, ainda não conseguiu combater a violência e as desigualdades sociais, étnicas e geográficas - principais razões para que as políticas públicas não consigam atingir a todos os brasileiros. Como se pode ver, apesar dos avanços, ainda há muito a ser feito, ainda não é possível festejar a diversidade. O Brasil ainda não possui política pública consistente que vá ao encontro do direito da proteção integral, que seja capaz de tornar visíveis suas crianças e adolescentes.

CONCLUSÃO

A elaboração do presente estudo permitiu realizar uma retrospectiva histórica e evolutiva acerca da concepção de infância, traçar um paralelo com a evolução jurídica do direito da criança desde a inexistência de leis protetivas até a sua configuração de proteção integral do momento histórico presente.

Verificou-se que, a criança no contexto social e familiar dos povos da Antiguidade, não era considerada como sujeito de direito, na verdade era como se já nascesse adulta, ou considerada como um ser inerte. No período da Modernidade, houve uma tímida evolução com o sentimento da infância em alta, passaram a ter participação social na vida familiar, escolar com um profundo ideal religioso.

Somente a partir da Constituição Federal Brasileira de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, que criança e adolescente deixaram de ser vistas como objeto e foram reconhecidos como pessoas que têm direito de suprir suas necessidades físicas, cognitivas, psicológicas, intelectuais, emocionais e sociais de forma integral e integrada.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em consonância com a Constituição Federal, elegem a família, a sociedade e o Estado como os responsáveis para assegurar a garantia dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes brasileiros, nos artigos 3º, 4º e 7º - direito à vida, à saúde, à convivência familiar e comunitária; o artigo 5º quando menciona que crianças e adolescentes não serão objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão ou qualquer tipo de atentado; e, o artigo 15º que trata sobre o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade.

Hoje, a concepção de infância no contexto da proteção integral, evidencia uma realidade trágica que vai de encontro ao que está escrito nos artigos e nas leis, em vista do alarmante e crescente índice de criminalidade e violência contra crianças e adolescentes. A violência é praticada em grande escala, porém, não se reconhece nenhum tipo de dispositivo legal, manifestação ou políticas públicas em defesa da infância e da juventude brasileira.

Diante do descaso para com as crianças e os adolescentes, pode-se concluir que o Brasil se encontra em um período de retrocesso evolutivo e de desproteção dos direitos da infância.

Acredita-se que os objetivos deste estudo foram alcançados, tendo em vista o conhecimento acerca das concepções de infância ao longo do tempo, sua evolução histórica e jurídica, com abordagens que demonstram desde a situação de desproteção à posterior concepção de proteção integral, estabelecida pela Constituição Federal (1988) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), vigentes até o momento presente.

Por fim, a análise do momento histórico presente, permitiu constatar a crescente condição de miséria, de desigualdade e violência a que são submetidas as crianças e os adolescentes atualmente, no Brasil. Tamanha negligência, omissão e descaso, coloca em cheque a responsabilidade e competência do Estado, da sociedade e da família.

REFERÊNCIAS

ÁRIES, Philippe. *História social da criança e da família*. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?* Artigo publicado na Revista Virtual Textos & Contextos, nº 5, nov. 2016.

BADINTER, Elizabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BARROS, Nívia Valença. *Violência intrafamiliar contra criança e adolescente. Trajetória histórica, políticas sociais, práticas e proteção social*. Tese de Doutorado - Departamento de Psicologia da Pontifícia Universidade Católica. Rio de Janeiro: PUC, 2005.

BELLONI, M. L. *O que é sociologia da infância*. Campinas: Autores Associados, 2009.

BENCHIMOL, Samuel. *Romanceiro da batalha da borracha*. Manaus: Imprensa Oficial do Amazonas, 1992.

BITENCOURT, Luciane Potter. *Vitimização secundária infanto-juvenil e violência sexual intrafamiliar: por uma política pública de redução de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal,

1988.

_____. *Estatuto da criança e do adolescente*. Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. *Código de Menores*. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*. Brasília: Senado Federal, 1990.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Dados Gerais - Crianças e Adolescentes*. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Trabalho de crianças e adolescentes*. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), 2013.

CARVALHO, Manoel C. *A família contemporânea em debate*. São Paulo: Cortez, 2010.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Natureza e implantação do novo direito da criança e do adolescente. Estatuto da Criança e do Adolescente Lei 8.069: Estudos Sócio Jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

CUSTÓDIO, André Viana. *Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes e Políticas Públicas*. Curitiba: Multideia, 2014.

DIAS, Mario B. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FREIRE NETO, João Francisco. *Princípios fundamentais do Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2011. Disponível em: <<http://indianapolis.uem.br/cd2/TG/.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

CASTRO, José Maria Ferreira de. *A selva*. São Paulo: Verbo, 1972.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). *Cenário da infância e adolescência no Brasil*. Disponível em: <<https://sistemas.fadc.org.br/biblioteca/acervo/CenarioBrasil.LivrodeBolso,2015.pdf>> Acesso em: 28 mai. 2017.

HEYWOOD, Colin. *Uma história da infância: da Idade Média à época contemporânea no Ocidente*. Porto Alegre: Artmed, 2004.

JÚNIOR, João Paulo Roberti. *Evolução Jurídica do direito da criança e do adolescente no Brasil*. Artigo publicado na Revista Unifebe, nº 10, janeiro/junho. Itajaí: Unidavi, 2012.

MAIA, Álvaro. *Beiradão*. Manaus: Valer/Edua, 1999.

MARCILIO, Maria Luiza. *A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil 1726-1950*. In: FREITAS, Marcos Cezar de. *História Social da Infância*. São Paulo: Cortez, 1999.

MARTINS, Daniele Comin. *Estatuto da Criança e do Adolescente e política de atendimento*. Curitiba: Juruá, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos da Criança*. Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro

de 1959 e ratificada pelo Brasil. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PRATES, Flávio Cruz. *Adolescente infrator: A prestação de serviços à comunidade*. Curitiba: Juruá, 2006.

RIZZINI, Irene. *A arte de governar crianças: A história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2009.

SARAIVA, João Batista. *Adolescentes em confronto com a lei: O ECA como instrumento de responsabilização ou eficácia das medidas sócio-educativas*. Uberaba: Boletim Jurídico, 2002. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=153>>. Acesso em 10 nov.2018.

SCHULTZ, Elisa Stroberg & BARROS, Solange de Moraes. *A concepção de infância ao longo da história no Brasil contemporâneo*. Ponta Grossa: Revista de Ciências Jurídicas. 3(2): p.137-147. Ponta Grossa, 2011.

TOSSATO, Carla. *O que é ser criança hoje?* 2011. Disponível em: <http://www.educacional.com.br/revista/0609/pdf/ponto_de_vista_1.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2018.

TRINDADE, Jorge; SILVA, Milena Leite. *Crianças e adolescentes vítimas de violência: envolvimento legal e fatores psicológicos estressores*. In. TRINDADE, Jorge. *Direito da Criança e do Adolescente: uma abordagem multidisciplinar*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, nº 54 – out/2004 a abr/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VANUCHI, Paulo de Tarso. *Direitos humanos de crianças e adolescentes – 20 anos do Estatuto*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS IMPACTOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

RODRIGO SILVEIRA CHUNG: Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Cândido Mendes/RJ (UCAM/RJ). Presidente da Associação de Defesa de Direitos Digitais. Membro da Comissão de Direito de Tecnologia e da Informação da OAB/PE. Integrou a Comissão de Direito do Trabalho da OAB/PE. Advogado militante na área trabalhista e empresarial desde 2010.

RESUMO: A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) foi promulgada em agosto de 2018 com início da vigência previsto em fevereiro de 2020. No entanto, com a edição da Medida Provisória nº 869, de 2018, postergou o período da *vacatio legis* para agosto de 2020. A referida lei trata sobre a proteção geral dos dados pessoais para qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados. Assim, é eminente a necessidade de adequação da lei aos contratos de trabalho novos e em vigor, sob pena do empregador estar sujeito a possíveis sanções severas previstas na lei. Apesar de o prazo parecer razoavelmente longo para ser implementados pelos empregadores, é certo que se exigirá a adoção de uma nova cultura e a implantação de novos hábitos de todos os setores empresariais e/ou que envolvam vínculo empregatício.

PALAVRAS-CHAVES: Direito do trabalho. Contrato de emprego. Proteção de dados do trabalhador. Tratamento de dados.

1. INTRODUÇÃO.

Este artigo possui a finalidade de despertar a atenção, em especial, dos candidatos a uma oportunidade de emprego, dos empregadores e dos empregados sobre os impactos da nova Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) desde o recebimento de currículos até a contratação e extinção do vínculo

empregatício de seus funcionários. Propõe-se que sejam observados os ditames da nova lei, adequando-se os novos contratos de trabalho e ajustando aqueles existentes, a partir de noções objetivas e de aplicação prática.

2. DADOS PESSOAIS.

O artigo 5º, inciso I, da Lei nº 13.709, de 15 de agosto de 2018, conceitua dado pessoal como “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”.

Assim, verifica-se que o conceito é amplo, sendo dado pessoal as informações propriamente ditas sobre uma pessoa, além de qualquer informação capaz de identificar o indivíduo a partir da reunião das mais diversas informações (dados), como, por exemplo, fotografias, endereço, idade, sexo, etnia, orientação sexual, voz, cor de pele, locais que a pessoa costuma visitar, hábitos alimentares, curtidas e postagens em redes sociais etc.

No âmbito trabalhista, devem-se colher os dados pessoais mínimos que, a rigor, seriam: nome, nome social, cidadania, naturalidade, estado civil, sexo, idade, endereço, telefone, *e-mail*, identidade, CPF, comprovante de residência, número do PIS/PASEP, comprovante de alistamento militar e carteira de trabalho, além de quaisquer outros necessários ao desempenho fiel de suas funções.

Assim, não se deve colher, por exemplo, os dados sensíveis do trabalhador, exceto se necessário ao fiel desempenho e segurança de suas funções. A LGPD conceitua dado sensível, em seu art. 5º, II, como “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.

A partir de tais diretrizes, deve-se incluir uma cláusula no contrato de trabalho ou realizar um termo aditivo para incluir a finalidade da utilização dos dados pessoais que serão estritamente necessários para que o trabalhador possa desempenhar as suas funções junto ao seu empregador, considerando, principalmente, os reflexos previdenciários e tributários.

3. DO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS.

A lei conceitua de forma ampla as hipóteses de tratamento de dados pessoais, conforme artigo 5º, inciso X, a seguir transcrito:

“Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

X- toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, **recepção**, classificação, **utilização**, acesso, reprodução, **transmissão**, distribuição, **processamento**, **arquivamento**, **armazenamento**, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração” (grifos não originais)

Desse modo, quando um empregador, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, colhe dados sobre o seu funcionário, realizará o tratamento de dados pessoais, devendo observar os trâmites legais.

Neste contexto, verifica-se que a lei aplica-se de forma ampla, isto é, desde a contratação de um empregado doméstico por pessoa física até a contratação de empregados por pessoas jurídicas.

A lei é para todos e sua observância é obrigatória.

Logo, o zelo do patrão com os dados dos seus trabalhadores deve ser uma prioridade, devendo guardá-los de maneira segura e que impeça o acesso de terceiros estranhos ou até mesmo de familiares que, eventualmente, possam utilizar indevidamente os dados pessoais.

A inobservância dessa conduta pode acarretar sanções administrativas, na forma do art. 52 e seguintes da LGPD, desde advertências até multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração, bem como de responder ações judiciais cíveis e/ou trabalhistas.

O ditado popular “a prevenção é o melhor remédio” é perfeitamente aplicável com a vigência da nova Lei Geral de Proteção de Dados.

4. DO MEIO DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS.

No artigo primeiro da LGPD afirma que a lei “dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.”

Em que pese ainda possuir poucas doutrinas sobre a lei, ora brevemente comentada, parece haver um consenso que se aplicará a lei para tanto os meios físicos, como os meios digitais. Isso quer dizer que o empregador que utiliza a ficha de empregado ou colhe as batidas do ponto de seu funcionário, seja por meio físico (papel) ou digital (eletrônico) estará sujeito a proteção legal.

5. DOS REQUISITOS PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS.

O artigo 7º da LGPD traz hipóteses legais sobre em que casos podem ser realizados o tratamento de dados pessoais.

Assim, o empregador deverá ter o cuidado para analisar o contrato de trabalho de cada empregado para enquadrar em uma das hipóteses legais, com o objetivo de atender adequadamente os termos da lei.

De modo geral, sugere-se a contratação de um advogado para que se verifique a regularidade da prática de qualquer ato jurídico, por exemplo, análise de um contrato. E, especificamente, no caso em questão, no qual se discute os impactos da nova Lei Geral de Proteção de Dados, recomenda-se um *expert* para evitar que se tenha maiores transtornos futuramente, seja por meio de fiscalização, procedimento administrativo ou ação judicial *lato sensu* (trabalhista ou cível).

Considerando que o objetivo deste artigo é apontar brevemente os reflexos da LGPD, apenas enuncia-se as hipóteses legais previstas no art. 7º:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

VIII - para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias;

IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou

X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

No caso das relações laborais, é imprescindível o consentimento do trabalhador cujo conceito legal, nos termos do artigo 5º, inciso XII, da LGPD, é a

“manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”.

Assim, recomenda-se que o trabalhador deverá expressamente (por escrito) consentir (autorizar) de forma livre, informada e inequívoca de que o seu empregador poderá utilizar os seus dados com a finalidade de se estabelecer um vínculo empregatício, com reflexos, principalmente, previdenciários e tributários, por exemplos, o estado civil e se possui filhos ou não para fins de recebimento de benefício previdenciário como salário-família ou ajuizamento de ação de consignação em pagamento.

Dessa forma, é recomendável ao empregador que mantenha os dados atualizados do seu empregado que incidirá, possivelmente, nas hipóteses do inciso I e V, do artigo 5º da Lei Geral de Proteção de Dados.

6. DO TÉRMINO DO TRATAMENTO DE DADOS

Nos dias atuais, a *internet* é uma realidade cada vez mais próxima de todos os seres humanos, sendo inegável facilitador para qualquer pessoa. Inclusive, até mesmo o Microempreendedor Individual (MEI) necessita de utilização da *internet* para, ao menos se cadastrar, e contratar o seu único funcionário^[1] através do Portal do Empreendedor que pode ser acessado pelo endereço eletrônico: <http://www.portaldoempreendedor.gov.br/>

É interessante notar que o Marco Civil da Internet, por meio da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, previu em seu artigo 7º, inciso X, o seguinte:

Art. 7º. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

X - **exclusão definitiva dos dados pessoais** que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, **ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;**

Neste contexto, via de regra e ressalvadas os casos específicos, o prazo que todo empregador deverá guardar os dados de seu funcionário é, pelo menos, de

dois anos da data da extinção da relação de emprego ou do trânsito em julgado de ação judicial. Isto porque este é o prazo prescricional que o trabalhador dispõe para ingressar com uma reclamação trabalhista, conforme previsão na Constituição Federal, e também é o prazo decadencial de ação rescisória. Confira-se:

Constituição Federal

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXIX - **ação**, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, **até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;**

Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)

Art. 836. É vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste Título e a **ação rescisória, que será admitida na forma do** disposto no Capítulo IV do Título IX da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – **Código de Processo Civil**, sujeita ao depósito prévio de 20% (vinte por cento) do valor da causa, salvo prova de miserabilidade jurídica do autor.

Código de Processo Civil (CPC) de 2015

Art. 975. **O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.**

Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

§4º As remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código.

Logo, o empregador possui a obrigação legal de manter os dados do seu ex-funcionário pelos prazos previstos em lei, sendo recomendável que ao término do prazo a eliminação dos dados pessoais que, segundo o conceito previsto no art. 5º, inciso XIX, é "exclusão de dado ou de conjunto de dados armazenados em banco de dados, independentemente do procedimento empregado".

Assim, caso o empregador tenha realizado o tratamento de dados pessoais do seu ex-funcionário em meio físico deverá eliminá-los com o cuidado não apenas descartá-lo ou jogá-los no lixo (físico ou eletrônico). Deve-se ter o máximo de cautela para que não se possa identificar os dados pessoais do ex-empregado, como simplesmente rasgar as folhas de papel em poucas partes ou amassar em formato de "bola".

Sugere-se ainda que as empresas devam possuir uma Política de Privacidade até mesmo quanto aos currículos recebidos de candidatos a uma vaga de emprego na qual deverá indicar a finalidade de tratamento dos dados pessoais apenas para análise durante o processo seletivo com vistas de contratação.

Não é raro ver, por exemplo, vários currículos, com dados pessoais de potenciais candidatos, espalhados nos logradouros das cidades sem que tenha ocorrido o devido tratamento e descarte dos mesmos.

Assim, uma vez finalizado o processo seletivo, recomenda-se, de igual forma, a eliminação dos currículos com os dados pessoais, exceto se o candidato autorize a manutenção no banco de dados da empresa para eventual oportunidade de emprego.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo possui o objetivo maior de despertar a atenção de todos os sujeitos envolvidos numa relação de emprego (candidato a um emprego, empregador e/ou empregado) para os impactos da nova Lei Geral de Proteção de

Dados (LGPD), estando sujeito a interpretações diversas, podendo ser, eventualmente, arguidos outros aspectos não abordados.

Não se busca discutir exaustivamente a referida lei que possui diversos pontos, os quais devem ser aprofundados por todos os interessados e debatidos com os empregadores do mais alto escalão e implementados por seus funcionários dos mais diversos setores, como Recursos Humanos (RH), Jurídico, Financeiro, Comercial, Marketing, Gestores de Processos, entre outros, representando uma verdadeira revolução cultural e mudança de hábitos e costumes.

Sendo assim, pode-se dizer que toda informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável estará protegida pela Constituição e por lei, em razão da proteção dos direitos, dentre outros, à privacidade, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Caso ocorra a utilização indevida dos dados pessoais pelo empregador que é responsável por sua manutenção e preservação poderá sujeitá-lo a sanções severas e a reparabilidade dos danos causados.

Portanto, não se deve esperar que a lei entre em vigor para aplicá-la. Mudança de hábitos requer mudança de pensamentos e de ações que levam tempo para serem implementados.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 02 de março de 2019.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em 02 de março de 2019.

_____. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm. Acesso em 02 de março de 2019.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 02 de março de 2019.

_____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 02 de março de 2019.

_____. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em 02 de março de 2019.

_____. Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm#art1. Acesso em 02 de março de 2019.

<http://www.portaldoempreendedor.gov.br/> Acesso em 02 de março de 2019.

NOTA:

[1] Neste sentido, é a previsão do art. 18-C da Lei Complementar nº 123, de 2006: “poderá enquadrar-se como MEI o empresário individual ou o empreendedor que exerça as atividades de industrialização, comercialização e prestação de serviços no âmbito rural que **possua um único empregado que receba exclusivamente um salário mínimo ou o piso salarial da categoria profissional**”.

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RELEVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS QUE NORTEIAM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ERIKA CORDEIRO DE ALBUQUERQUE DOS SANTOS SILVA LIMA: Advogada inscrita na OAB/PE. Mestranda em Políticas Públicas pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes, do Rio de Janeiro. Especialista em Gestão Empresarial pela Universidade Cândido Mendes, do Rio de Janeiro/RJ. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Maceió/AL. Bacharel em Secretariado Executivo pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Resumo: Este texto apresenta uma visão geral sobre os princípios fundamentais constitucionais explícitos que permeiam a administração pública, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. No decorrer do estudo, é explicada a importância desses postulados nas relações entre administradores e particulares, uma vez que tais princípios permitem o estabelecimento do equilíbrio na sociedade, visando uma melhor prestação de serviços públicos.

Palavras-chave: Administração Pública; Princípios Fundamentais; Atividade Administrativa.

Abstract: This text presents an overview of the explicit constitutional fundamental principles that permeate the public administration, namely: legality, impersonality, morality, publicity and efficiency. In the course of the study, it is explained the importance of these postulates in relations between administrators and individuals, since such principles allow the establishment of balance in society, aiming at a better provision of public services.

Keywords: Public Administration; Fundamental Principles; Administrative Activity.

Sumário: **Introdução. Os princípios fundamentais que norteiam a Administração Pública. Conclusão. Referências.**

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo realizar breves considerações sobre os princípios fundamentais que norteiam a administração pública em seus tratos com os administrados. Inicialmente, será apresentado o conceito de administração pública e sua classificação em direta e indireta.

No decorrer da exposição será abordado o chamado “regime jurídico-administrativo”. Tal regime se baseia na existência de prerrogativas especiais da administração pública, contrabalançados pela imposição de restrições à atuação dessa mesma administração. Esse equilíbrio se baseia nos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público.

Em seguida, serão considerados individualmente os princípios fundamentais orientadores de toda a administração pública explícitos na Constituição de 1988, no *caput* do art. 37. Por fim, será considerada a importância dos princípios fundamentais em todos os atos e atividades administrativas de todo aquele exerce o poder público.

Os princípios fundamentais que norteiam a Administração Pública

A administração pública em sentido amplo abrange os órgãos do governo que realizam função política, bem como os órgãos e pessoas jurídicas que exercem a atividade meramente administrativa. Já em sentido estrito, só inclui os órgãos e pessoas jurídicas que exercem função apenas administrativa, de execução dos programas do governo. (VICENTE; ALEXANDRINO, 2011, p. 18)

De um modo geral, a administração pública tem sido conceituada como “o conjunto de órgãos, serviços e agentes do Estado que procura satisfazer as necessidades da sociedade, tais como educação, cultura, segurança, saúde, etc.” (DANTAS, 2015, p.1) Isso significa que a administração pública é a gestão dos

interesses públicos por meio da prestação de serviços públicos, a qual é dividida em administração direta e indireta.

A administração direta é composta pelo conjunto dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Nesse caso, os órgãos não possuem personalidade jurídica própria, patrimônio, nem autonomia administrativa, pois o Estado exerce suas funções diretamente. Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2001, p. 27-28) ensinam sobre a administração direta e indireta:

Administração direta é o conjunto de órgãos que integram as pessoas políticas do Estado (União, estados, Distrito Federal e municípios), aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada, de atividades administrativas. (...) Administração indireta é o conjunto de pessoas jurídicas (desprovidas de autonomia política) que, vinculadas à administração direta, têm competência para o exercício, de forma descentralizada, de atividades administrativas.

Como se denota, na chamada administração indireta, o Estado transfere a titularidade ou execução das funções para que outras pessoas jurídicas, vinculadas a ele, possam realizar. Desse modo, a administração indireta é formada pelas autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas e outras entidades de direito privado. Essas entidades possuem personalidade jurídica própria, patrimônio e autonomia administrativa (DANTAS, 2015, p.1).

Nesse sentido, o Decreto-Lei 200/1967, em seu art. 4º, expõe a organização da administração pública federal, como pode ser observado abaixo:

Art. 4º A Administração Federal compreende: I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista. d) fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987) Parágrafo único. As entidades compreendidas na

Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade. (Renumerado pela Lei nº 7.596, de 1987)

Tal decreto, embora seja com frequência considerado como referência em matéria de organização estrutural da administração pública brasileira, suas disposições se restringem ao Poder Executivo federal. Em síntese, deve-se ter em conta que o dispositivo acima (art. 4º do Decreto-Lei 200/1967) é incompleto, sendo certo que existe administração pública em todos os entes federados e, em todos os Poderes da República. (VICENTE; ALEXANDRINO, 2011, p. 27)

Superado o esclarecimento anterior, cabe destacar que o chamado “regime jurídico-administrativo” é o regime de direito público aplicável aos órgãos e entidades que compõem a administração pública e a atuação dos agentes administrativos em geral. Tal regime se baseia na ideia de “existência de poderes especiais passíveis de serem exercidos pela administração pública, contrabalançados pela imposição de restrições à atuação dessa mesma administração.” (VICENTE; ALEXANDRINO, 2011, p. 10) Essas prerrogativas e limitações se baseiam, respectivamente, nos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público.

É nesse contexto, levando-se em consideração a composição da administração pública (direta e indireta), bem como as relações entre administradores e administrados, que surge a necessidade da existência de princípios administrativos norteadores dessas relações. Os princípios fundamentais orientadores de toda a administração pública encontram-se explícita ou implicitamente estampados na Constituição de 1988.

Dentre os princípios norteadores da atividade administrativa, são de grande relevância os expressos no *caput* do art. 37 da Carta Magna. Com a promulgação da Emenda Constitucional 19/1998, cinco passaram a ser os princípios explícitos, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (sendo esse último acrescentado pela emenda supracitada). Por estarem previstos no texto constitucional, esses princípios são chamados de expressos, em oposição a outros princípios que não estão elencados diretamente na Constituição Federal, sendo esses últimos chamados de princípios implícitos. (LIMA, 2014, p. 1)

Cabe destacar que a Lei 9.784/1999 que trata dos processos administrativos na esfera federal, também incluiu em seu art. 2º, a eficiência no rol de princípios que informam a administração pública, juntamente com outros princípios, como a legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e o interesse público. (VICENTE; ALEXANDRINO, 2011, p. 183)

Os princípios fundamentais devem pautar todos os atos e atividades administrativas de todo aquele que exerce o poder público. Relegar tais princípios, nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2008, p. 88-89) significa “desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais.” Ademais, nos moldes do art. 11 da Lei nº 8.429/92, que trata do enriquecimento ilícito, “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.” (BRASIL, 1992, p.1)

Para Vicente e Alexandrino (2011, p.183), todos esses princípios são ideias centrais de um sistema, que estabelecem suas diretrizes e conferem a ele um sentido lógico harmonioso e racional, o que possibilita uma adequada compreensão de sua estrutura. Tais princípios “determinam o alcance e o sentido das regras de um dado subsistema do ordenamento jurídico, balizando a interpretação e a produção normativa.”

Passando a análise individualizada dos princípios explícitos na Constituição Federal, o primeiro princípio a ser considerado é o da legalidade. Por esse princípio a administração pública, em toda a sua atividade, está presa aos mandamentos da lei, não podendo deles se afastar, sob pena de responsabilização de seu ator. “Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação.” (GASPARINI, 2003, p. 7)

Em sentido amplo, legalidade significa sujeição total do administrador às normas jurídicas. Já em sentido estrito, quer dizer que o Estado, nos termos do art. 5º, inciso II, da CF/88, só pode impor obrigações, criar e extinguir direitos por meio de lei (em sentido estrito). Princípio primordial, a legalidade tem como objetivo a submissão do Estado à lei, ou seja, não há liberdade nem vontade pessoal, o que

oferece a população, de certo modo, segurança nos atos dos agentes públicos. Em síntese, o particular pode fazer tudo, só não o que é proibido em lei; ao passo que na administração pública, apenas pode fazer o que tem previsão legal, ou seja, inexistindo previsão, não há atuação administrativa.

Do princípio da legalidade, decorrem outros princípios, como o da motivação, razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, responsabilização do Estado e finalidade. Nesse ponto, assevera a doutrina:

Justifica-se o princípio da finalidade, pelo fato de que a lei deve ser fiel a seus propósitos; da razoabilidade, porque as soluções insensatas não são compatíveis com a legalidade no âmbito do devido processo legal; proporcionalidade, visto que os limites impostos pela lei aos administrados apenas pode ser feito para a satisfação do interesse da coletividade; eficiência, pois, quando o legislador outorga discricionariedade, exige a adoção da melhor solução; motivação, porque, vivemos em um Estado Democrático de Direito, em que o poder emana do povo, devendo o administrador público sempre expor os motivos que levam à prática dos seus atos; e, responsabilidade do Estado, para preservação da isonomia. (LIMA, 2014, p. 1)

Dentre esses subprincípios decorrentes da legalidade, cabe enfatizar o princípio da finalidade, uma vez que se exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o que impede o administrador buscar outro objetivo ou, ainda, praticá-lo no interesse seu ou de terceiros. Desse modo, a finalidade da administração pública se apresenta como interesse coletivo e o seu não cumprimento resulta em desvio de finalidade, passível de extinção.

Em relação ao segundo princípio explícito na Carta Constitucional de 1988, ou seja, a impessoalidade, "a atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, dirigida aos cidadãos em geral, sem determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza." (GASPARINI, 2003, p. 8) O administrador público não pode ser pessoal, não pode nem discriminar, nem privilegiar pessoas. A impessoalidade decorre da igualdade, da isonomia, assim os atos

administrativos devem, obrigatoriamente, ser impessoais, do contrário, ou seja, com a violação da impessoalidade, ocorrerá improbidade administrativa.

Para Vicente e Alexandrino (2011, p. 194-195) a impessoalidade costuma ser tratada pela doutrina sob duas vertentes:

a) como determinante da finalidade de toda atuação administrativa - qualquer ato praticado com objetivo diverso da satisfação do interesse público, decorrente explícita ou implicitamente da lei, será nulo por desvio da lei. b) como vedação a que o agente público se promova às custas das realizações da administração pública - conforme explícito no art. 37, § 1º da Constituição de 1988. Art. 37 - (...) § 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Como se pode observar, a segunda acepção do princípio da impessoalidade apontada pelos autores Vicente e Alexandrino (2011, p.195) "está ligada à ideia de vedação à pessoalização das realizações da administração pública, à promoção pessoal do agente público". Há uma preocupação em proibir a vinculação das atividades da administração pública à pessoa dos administradores, de modo a evitar qualquer propaganda que gere promoção pessoal do agente.

O terceiro princípio explícito no Texto Constitucional é a moralidade. Por esse princípio, há a exigência de atuação ética dos agentes da administração pública. A chamada moral administrativa difere da comum pelo fato de ser jurídica e, também, pela possibilidade de invalidação dos atos administrativos praticados sem a observância desse princípio. Nessa seara, Hely Lopes Meirelles (2008, p.90) comenta a conduta esperada de um agente público pautada no princípio da moralidade:

(...) o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o

Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.

A moralidade está ligada à ideia de probidade, boa-fé, ética e a lealdade no trato com a coisa pública. Diógenes Gasparini (2003, p.10) destaca que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular objetivando anular ato lesivo à moralidade administrativa, conforme o art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal. E, além disso, os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração pública serão punidos pela Lei de Improbidade Administrativa.

No tocante ao quarto princípio explícito a ser analisado, a publicidade, esse princípio “torna obrigatória a divulgação de atos, contratos e outros instrumentos celebrados pela Administração Pública, direta e indireta, para conhecimento, controle e início de seus efeitos.” (GASPARINI, 2003, p.10) Envolve a transparência dos atos praticados, bem como o direito ao acesso à informação. A doutrina tem tratado o princípio da publicidade sob dois aspectos:

1) exigência de publicação em órgão oficial como requisito da eficácia dos atos administrativos que devam produzir efeitos externos e dos atos que impliquem ônus para o patrimônio público - a publicidade não está ligada a validade do ato, mas à sua eficácia, isto é, enquanto não publicado, o ato não está apto a produzir efeitos.

2) exige a transparência da atuação administrativa – se refere à exigência de que seja possibilitado, da forma mais ampla possível, o controle da administração pública pelos administrados. (VICENTE; ALEXANDRINO, 2011, p. 197).

A publicidade “abrange toda a atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes.” (MEIRELLES, 2008, p. 97) Como se verifica, a publicidade envolve a divulgação dos atos administrativos para informação pública e a ocorrência de efeitos externos, bem como a possibilidade de

fiscalização das atividades administrativas pelo povo, uma vez que todo poder emana do povo. (LIMA, 2014, p. 1) A publicidade assegura a transparência na administração pública, já que o administrador não é dono do patrimônio, ele apenas administra, ou seja, cuida do que pertence a sociedade como um todo.

Nesse contexto, a Constituição Federal dispõe no art. 5º, inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (BRASIL, 1988, p.1) No mesmo sentido, tratando da publicidade, a Carta Magna no mesmo artigo, mas no inciso LX, estabelece afirma que: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.” (BRASIL, 1988, p.1)

Como se denota dos artigos acima, em regra os atos administrativos são públicos, em observância ao princípio em tela, porém ato judicial ou lei podem restringir essa publicidade, em defesa da intimidade ou do interesse social. A própria Constituição assegura o direito de petição, mas também assegura o sigilo em casos específicos:

Art. 5º (...) XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. (BRASIL, 1988, p.1)

Essas são algumas das garantias constitucionais que asseguram aos administrados a transparência da administração pública. Por fim, cabe citar que a publicação em órgão oficial é requisito para que os atos administrativos produzam seus efeitos no plano externo.

O último princípio explícito a ser considerado neste estudo é o princípio da eficiência. Esse princípio não surgiu no texto original da Constituição Federal de 1988, sendo inserido através da EC 19/1998 como princípio expresso no caput do art. 37 da CF. Tal princípio se contrapõe à lentidão, omissão e a negligência, de modo a prezar pela qualidade e produtividade dos serviços públicos prestados à sociedade. A doutrina tem apontado um duplo foco para o princípio da eficiência, a saber:

a) relativamente à forma de atuação do agente público, espera-se o melhor desempenho possível de suas atribuições, a fim de obter os melhores resultados;

b) quanto ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a administração pública, exige-se que este seja o mais racional possível, no intuito de alcançar melhores resultados na prestação dos serviços públicos. (VICENTE; ALEXANDRINO, 2011, p. 199)

Esse princípio exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Trata-se do mais moderno princípio administrativo, que exige resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. (MEIRELLES, 2008, p. 98)

O objetivo da inclusão da eficiência como princípio constitucional expresso é permitir que a Administração preste aos cidadãos mais serviços, com melhor qualidade e em menor tempo. Busca-se a redução de custos, com a contínua revisão e melhoria das rotinas e processos de trabalho, simplificando procedimentos para satisfação do cidadão.

Por todo o exposto, verifica-se que os princípios são regras que estabelecem condutas obrigatórias e orientam a correta interpretação das normas. Tais princípios possuem um papel importante, pois permitem o estabelecimento do equilíbrio na sociedade, norteando o trato da administração pública com os particulares, visando o atendimento dos administrados da melhor forma possível. Assim, espera-se que a administração pública busque continuamente a qualificação de seus agentes públicos, de modo a prestar serviços públicos com

qualidade. Para tanto, é imprescindível a observância dos importantes princípios explícitos aqui considerados.

Conclusão

A administração pública tem sido conceituada sob duas vertentes, em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo abrange os órgãos do governo que realizam função política e os órgãos e pessoas jurídicas que exercem a atividade administrativa; em sentido estrito, apenas inclui os órgãos e pessoas jurídicas que exercem função apenas administrativa.

Uma das classificações mais comuns acerca da administração pública é sua divisão em direta e indireta. Como foi aqui estudado, na primeira o Estado transfere a titularidade ou execução das funções para que outras pessoas jurídicas, vinculadas a ele; já a administração indireta é constituída pelas autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas e outras entidades de direito privado.

As relações entre administradores e administrados devem respeitar os princípios administrativos fundamentais explícitos no *caput* do art. 37 da Carta Magna. Como foi possível observar, cada um desses princípios são regras que estabelecem condutas obrigatórias e orientam a correta interpretação das normas. Desconsiderá-los, nos termos da Lei nº 8.429/92, constitui ato de improbidade administrativa.

Ademais, tais princípios permitem o estabelecimento do equilíbrio na sociedade, norteando os tratos da administração pública com os particulares, visando o atendimento dos administrados da melhor forma possível. Assim, o Estado deve constantemente qualificar seus agentes públicos, de modo a prestar, cada vez mais, um serviço público melhor para a sociedade, bem como cumprir e fazer cumprir tais princípios no âmbito da administração direta e indireta.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
Acesso em: 30 nov. 2018.

_____. **Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992.** Código de Processo Penal.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 02 dez. 2018.

DANTAS, Tiago. **Administração pública.** Disponível em
<<http://www.brasilecola.com/politica/administracao-publica.htm>>. Acesso em 30 de nov. 2018.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LIMA, Adriana de Carvalho. **Importância dos princípios constitucionais para o direito administrativo.** Disponível em
<<https://jus.com.br/artigos/28777/importancia>

-dos-principios-constitucionais-para-o-direito-administrativo>. Acesso em 02 de dez. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

OS REFLEXOS DO DESEMPENHO DA EDUCAÇÃO BÁSICA NO ENSINO SUPERIOR

MIRIA PEREIRA LAURINDO CARVALHO:
bacharel em Direito pelo Centro Luterano do Brasil Ceulp/Ulbra e Pós graduada em Docência do Ensino Superior pela Faculdade ITOP.

KILDES BATISTAVICENTE[3]

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar a eficiência do ensino oferecido no Brasil, observando o desempenho das instituições de Educação Básica levado às instituições de Ensino Superior. Para isso se fez necessário usar a pesquisa doutrinária por meios da análise de livros, com ênfase na Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Com o advento da LDB, houve relevantes transformações, trouxe mudanças e ampliou o conceito de Educação. Isso porque a LDB tomou forma com o debate de questões acadêmicas e sociais das últimas décadas. Os efeitos apontaram que, os anos iniciais do ensino infantil e fundamental são os que realmente exigem maior atenção por parte dos gestores e governantes, assim com a lei garante.

Palavras-Chaves: Educação Básica. Direito à Educação de Qualidade. Ensino Superior.

ABSTRACT: This article aims to analyze the efficiency of the teaching offered in Brazil, observing the performance of the institutions of Basic Education taken to the Institutions of Higher Education. For this it was necessary to use doctrinal research by means of book analysis, with emphasis on the Law of Guidelines and Bases of Education. With the advent of the LDB, there were relevant transformations, brought changes and expanded the concept of Education. This is because the LDB has taken shape with the debate of academic and social issues of the last decades. The effects pointed out that the initial years of elementary and elementary education are those that really require greater attention on the part of the managers and rulers, as well as the law guarantees.

Keywords: Basic Education. Right to Quality Education. Higher education.

Introdução

O presente artigo científico que se inicia faz referência à educação no Brasil, seu sistema de educação está em conformidade e muitas deficiências atormentada pelas disparidades regionais, distante de ser avaliado de forma satisfatória. Apesar das mudanças significativas resultado das reformas, o Brasil se esforça para melhorar a educação pública oferecida em fases anteriores e manter os altos padrões que a população espera das universidades públicas, mesmo assim o Brasil ainda é considerado como um país de baixo nível educacional.

Discutir educação no Brasil hoje é um grande desafio, apesar dos avanços significativos, resultado das reformas ao longo da história. A escola não poderá exercer sua função social de forma satisfatória, se a qualidade do professor, do aluno, da comunidade é ruim. Entretanto os desafios são grandes, pois a forma das pessoas transmitirem e absorverem informações mudou de acordo com as transformações da modernidade e conseqüentemente a escola foi obrigada a acompanhar essa mudança para poder alcançar resultados positivo. A prática pedagógica exige formação de excelência dos docentes, existem muitas deficiências atormentada pelas disparidades regionais, distante de ser avaliado de forma satisfatória

A educação no Brasil, segundo a Constituição Federal e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), deve ser gerida e organizada separadamente por cada nível de governo. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem gerir e organizar seus respectivos sistemas de ensino.

A educação infantil é a raiz da Educação Básica e o ensino médio o seu acabamento, o artigo 4º da LDB dispõe que é um direito do cidadão e um dever do Estado de atendê-lo mediante oferta qualificada.

A busca através de estudos e pesquisas para que se tenham parâmetros válidos no contexto das problemáticas relacionadas à educação básica, nos coloca diante do dilema de que é impossível analisar um só contexto quando falamos da educação do ensino fundamental e ensino médio.

As crianças brasileiras têm que frequentar a escola no mínimo por nove anos, porém a escolaridade é normalmente insuficiente. A educação infantil,

primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físicos, psicológicos, intelectual social, complementando a ação da família e da comunidade. A Constituição Brasileira de 1988 dispõe como garantia que "educação" é um direito para todos, um dever do Estado e da família, e está a ser promovida com a colaboração da sociedade, com o objetivo de desenvolver plenamente o desenvolvimento integral da personalidade humana e a sua participação nos trabalhos com vista ao bem-estar comum.

O ensino superior começa com a graduação ou cursos sequenciais, que podem oferecer opções de especialização em diferentes carreiras acadêmicas ou profissionais.

Uma Educação básica eficiente pode refletir de forma positiva na qualidade do Ensino Superior, sendo assim a desvalorização da Educação básica é mais que uma questão pedagógica, é fundamentalmente política e social. É importante esclarecer que esta pesquisa não trata apenas de uma análise sobre "déficits", mas de uma reflexão no sentido de questionar a qualidade da Educação Básica oferecida que deveria ser assegurada pelos órgãos competentes.

Portanto o presente estudo tem por escopo analisar o desempenho da Educação Básica na qualidade do Ensino Superior e o que resulta, ou seja, as consequências e que medidas deveriam ser tomadas por parte dos governantes.

Educação Básica: Conceito e Objetivo

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação trouxe um novo conceito para a Educação Básica e ao mesmo tempo determinou uma forma de organização da educação no Brasil. A LDB considera como básica para um cidadão a formação que engloba uma educação básica fundamental obrigatória de oito ou nove anos contínuos e uma educação básica média, progressivamente obrigatória, de três anos.

É importante ressaltar que a educação básica é declarada na Constituição Federal, nosso ordenamento jurídico maior como direito de todo cidadão e dever do Estado.

A prática de declarar direitos significa, em primeiro lugar, que não é um fato óbvio para todos os homens que eles são portadores de direitos e, por outro lado, significa que não é um fato óbvio que tais direitos devam ser reconhecidos por todos. A declaração de direitos inscreve os direitos no social e no político, afirma sua origem social e política e se apresenta como objeto que pede o reconhecimento de todos, exigindo o consentimento social e político. (Chauí, 1989, p.20)

Conforme a LDB, o objetivo da educação básica é desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação surgiu em atendimento aos preceitos constitucionais, que já despertava para a necessidade de favorecer um ensino de qualidade para todos. Uma lei que envolve muitos interesses, pois interfere tanto nas instituições públicas quanto na privada, definindo as ações que devem ser realizadas e quais os objetivos a serem atingidos.

Breve Histórico da Educação no Brasil

Segundo Giraldelli (2001 p.11), "A palavra história tem, dois significados básicos. Ela se refere tanto aos processos de existência e vida real dos homens no tempo como ao estudo científico, à pesquisa e ao relato estruturado desses processos humanos."

A história da Educação no Brasil teve início no ano de 1549 com a chegada dos primeiros padres jesuítas, movidos por intenso sentimento religioso e propagação do cristianismo foram por mais de 200 anos os únicos educadores do Brasil. Um período que deixou marcas profundas na cultura e civilização do país.

Em 1759 com a expulsão dos jesuítas, a medida tomada pelo Marquês de Pombal na condição de ministro foi criar um imposto denominado Subsídio Literário para financiar o ensino primário, medida que restou infrutífera. Somente no início do século 18 com a chegada da família real para o Brasil - Colônia a educação e a cultura tomaram um novo impulso, como por exemplo, os primeiros cursos superiores como os de medicina nos Estados do Rio de Janeiro e Bahia. Na

tentativa de priorizar nas demandas da corte, acabou dando continuidade a marginalização do ensino primário.

Entretanto, só após a independência do Brasil conquistada em 1822, e com a promulgação da constituição de 1824 surgiu o compromisso de assegurar instrução primária e gratuita a todos os cidadãos, logo depois confirmada pela lei de 15 de outubro de 1827, que determinou a criação de escolas de primeiras letras em todas as cidades, vilas e vilarejos, envolvendo as três instâncias do Poder Público.

A ideia de fundação de universidades não progrediu más a partir daí surgiram cursos jurídicos em São Paulo e Olinda, em 1827. Passados alguns anos após a promulgação do Ato Adicional de 1834 que delegava a prerrogativa de legislar no que era concernente a educação primária exclusivamente às províncias, acabou possibilitando que o governo central se afastasse da responsabilidade de garantir a educação elementar para todos, comprometendo de vez o futuro da educação básica.

Entretanto, na década de 1920, após a primeira grande guerra houve a necessidade e aconteceram várias mudanças nos setores sociais no Brasil bem como inúmeras reformas no setor educacional e a primeira geração de educadores, nomes como, Anísio Teixeira, Fernando Azevedo, Lourenço Filho entre outros, lutando pela implantação da Escola Nova e divulgaram o Manifesto dos Pioneiros em 1932, documento histórico, redefinindo o Papel do Estado em matéria educacional. Pode-se dizer que daí iniciou-se um processo de arrefecimento e entusiasmo pela educação, foi o bastante para que boa parte da intelectualidade, horrorizada com situação do grande numero de analfabetos, acabou ressuscitando o entusiasmo pela educação, com o objetivo de erradicar o analfabetismo através de campanhas e movimentos sociais.

Nesse sentido, sobre essa nova fase vivenciada pelo entusiasmo pela educação Paulo Griraldelli Junior explana:

Com a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) um surto de nacionalismo e patriotismo conquistou boa parcela dos intelectuais para a questão do desenvolvimento do país e, principalmente, para a problemática da educação popular. Além disso, o final

dos anos 10 registrou um relativo crescimento industrial e um novo patamar de urbanização da sociedade brasileira. Isso significou novas pressões em favor da escolarização. (Giraldelli ,2001, p.17)

Entretanto, as primeiras universidades brasileiras surgiram em 1920 no Rio de Janeiro, Minas Gerais em 1927, Porto Alegre em 1934 e a Universidade de São Paulo em 1934.

No entanto após a queda do Estado Novo, em 1945, Muitos dos idais foram retomados e consubstanciados no Projeto de Diretrizes e Bases da Educação Nacional enviado ao Congresso Nacional em 1948, mas que só foi aprovado em 1961.

Todavia, o sistema educacional brasileiro passou por mudanças significativas no período da queda do Estado Novo, em 1945, até a Revolução de 1964, destacando o surgimento da Fundação CAPES, que é a Coordenação do Aperfeiçoamento do Pessoal do Ensino Superior, Além da expansão do ensino primário e superior ocorreu também campanhas e movimentos de alfabetização de adultos.

O período entre 1969 e 1971, houve outras significativas mudanças na estrutura do ensino superior e no ensino de 1º e 2º graus, com a aprovação das Leis 5.540/68 e 5.692/71 cujas mudanças permanecem basicamente até os dias atuais.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe inovações, responsabilidades e compromisso, após amplo movimento pela redemocratização do ensino fundamental e erradicação do Analfabetismo.

O Papel da Escola na Vida e Sua Função Social

A função social da escola é formação plena do indivíduo, desenvolvendo sua percepção de mundo de modo que possa agir com autonomia e responsabilidade ao interagir com o meio em que vive de forma útil. A escola deve formar cidadãos conscientes dos seus direitos e deveres através do diálogo e respeito, ou seja dar a todos um ensinamento uniforme e de boa qualidade para

que se destaque realmente quem mereça e não somente para quem teve melhores oportunidades na vida.

Para Freire (1980, p.34) “[...] uma educação, para ser válida, precisa considerar a vocação ontológica do homem, vocação se ser sujeito e as condições em que vive: neste exato lugar, neste momento, neste determinado contexto.”

A educação, porém não se faz somente pela escola, cuja ação muitas vezes é favorecida ou contrariada pela força da sociedade moderna. Numerosas e variáveis são as influências que formam o homem através de sua existência. Há a herança que é a escola dos pais, existe a escola da sociedade que é o ambiente em que vive e a maior escola de todas que a escola da vida com sua força incalculável. Diante disso, a escola em espécie torna-se uma instituição social limitada na sua ação educativa. Neste sentido,

[...] tende-se a considerar e a atribuir à escola tudo aquilo que é educativo; a escola tem que absorver todas as funções educativas que antes eram desenvolvidas fora da escola, já que hoje há uma tendência a esperar que as mesmas sejam desenvolvidas dentro da escola. Ela é alargada tanto em sentido vertical como em sentido horizontal. No sentido vertical, ela é espichada para cima (3º grau, 4º grau) e é espichada para baixo (pré-escola). [...] Há uma expectativa de alargamento das funções da escola. Nessa perspectiva o que está acontecendo? A função educativa que antes se acreditava ser própria da família agora passa a assumir a forma escolar. Também se advoga o alargamento da escola no sentido horizontal, ou seja, a expansão do tempo de permanência nas escolas. Está em ordem do dia a defesa da jornada de tempo integral, 8 horas por dia. (SAVIANI, 1994, p. 154)

A escola não poderá exercer sua função social de forma satisfatória, se a qualidade do professor, do aluno, da comunidade é ruim. Não podemos separar a qualidade da educação da qualidade como um todo, como se fosse possível ser de qualidade ao entrar na escola e piorar a qualidade ao sair dela.

Qualidade da Educação e Novos Espaços de Formação

Qualidade significa melhorar a vida das pessoas, de todas as pessoas. Na educação a qualidade está ligada diretamente ao bem viver de toda a sociedade, a partir da comunidade escolar.

Paulo Freire (2002, p.43) elabora o seguinte esclarecimento: “Não há educação fora das sociedades e não há homem no vazio.”

Assim como a Constituição Federal determina que a educação é dever da família e do Estado, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que está situada abaixo da Constituição Federal, define as linhas mestras do ordenamento geral da Educação. No seu artigo 3º trás expressamente os princípios sob os quais será ministrado o ensino garantindo o padrão de qualidade:

Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, pensamento, a Arte e o saber;

III – pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas;

IV – respeito à liberdade e apreço à tolerância;

V – coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

VI – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

VII – valorização do profissional da educação escolar;

VIII – gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação Dos sistemas de ensino;

IX – garantia de padrão de qualidade;

X – valorização da experiência extra escolar;

XI – vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

Entretanto, nota-se que a realidade apresentada não condiz ao que está preconizado na Lei como garantia, e que muitos desses princípios não atende o padrão mínimo de qualidade, não basta melhorar um aspecto para melhorar a educação como um todo.

A Constituição Federal de 1988 menciona expressamente a importância da qualidade da educação, conforme está disposto no inciso VII do artigo 206 que garante um o direito à educação com padrão de qualidade a todos.

A Unesco faz algumas considerações sobre qualidade:

“[...] a qualidade se transformou em um conceito dinâmico que deve se adaptar permanentemente a um mundo que experimenta profundas transformações sociais e econômicas. É cada vez mais importante estimular a capacidade de previsão e de antecipação. Os antigos critérios de qualidade já não são suficientes. Apesar das diferenças de contexto, existem muitos elementos comuns na busca de uma educação de qualidade que deveria capacitar a todos, mulheres e homens, para participarem plenamente da vida comunitária e para serem também cidadãos do mundo” (Unesco,2005).

E seguindo o comando constitucional o artigo 208 § 1º, determina que o acesso ao ensino é um direito público subjetivo e que, quando este não for oferecido de forma regular por parte do Poder Público, importa responsabilidade da autoridade competente (artigo 208 § 2º) do mesmo diploma legal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente ainda estabelece no seu artigo 4º que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público

assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. E no artigo 5º está expressamente descrito, que a ação ou omissão de qualquer um dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, entre eles o direito à educação, implica punição na forma da lei.

No artigo 208 do Estatuto da Criança e do Adolescente está uma das disposições mais interessantes quanto ao direito à educação:

Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular:

I – do ensino obrigatório [...]

No caso da forma de como é oferecido o acesso ao ensino, mais especificamente a Educação Básica, a Constituição Federal além do artigo 206 inciso VII, consagra também no artigo 211, parágrafo primeiro, que cabe à União, em matéria educacional, a função redistributiva e supletiva, de forma a garantir o padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios.

As leis que regem a educação no Brasil, as teorias e práticas educacionais discutidas nas universidades, congressos e fórum têm como objetivo a melhoria do ensino no país e almejam uma escola de qualidade para todos, onde todos possam ter acesso ao ensino superior com facilidade ou como diz Maria Teresa Eglér Mantoan (2003) consigam a “emancipação Intelectual”.

No que se refere à Lei nacional de Educação que traçou, dentre outras coisas, os princípios educativos, especificou os níveis e modalidades de ensino, regulou e regulamentou a estrutura e o funcionamento do sistema de ensino no Brasil, e envolve muitos interesses, porque interfere tanto nas instituições públicas quanto privadas e abrange todos os aspectos da organização da Educação nacional Paulo Nathanael Pereira de Souza e Eurides Brito da Silva (2002) em

complemento ao raciocínio discorre: uma lei por definição indicativa, pois define as ações que devem ser realizadas e quais os objetivos a serem atingidos.

Para conseguir consistência sobre os temas principais dessa pesquisa: Acesso a Educação Básica e Qualidade do Ensino Superior, tendo como ponto inicial o estudo dos autores Eurides Brito da Silva (1998), Romualdo Portela de Oliveira (2006), Marcelo Gasque Furtado (2009), Maria Teresa Eglér Mantoan (2003) dentre outros, mediante pesquisas bibliográficas.

A LDB despertou uma nova concepção que refletiu no novo olhar que a sociedade brasileira lançou sobre a Educação.

Nesse sentido, Marcelo Gasque Furtado, em uma análise jurídica explana sobre a efetividade dos padrões de qualidade:

A discussão sobre qualidade em educação assumiu grande visibilidade no debate público e faz parte do rol de preocupações não só dos especialistas da área da pedagogia, mas também de outras áreas de conhecimento, como a economia e a administração.

O direito pouco a pouco também vai tomando parte nessa importante questão educacional, talvez ainda sem o volume de produção acadêmica que o tema merece. De toda sorte, a questão da qualidade do ensino possui elementos que a todos parece interessar, e é notável o apelo que o assunto desperta na população.

Os meios de comunicação de massa, em geral, e especificamente os jornais e revistas, dedicam espaço, editoriais e cadernos especiais sobre o tema. A publicação de resultados de avaliações de ensino, por exemplo, é sempre notícia que aparece em primeira página dada a sua repercussão pública (2009, p. 167).

Portanto, existem diversas maneiras de abordar a qualidade na educação básica através de como o individuo aprende e os benefícios pessoais, sociais e desenvolvimento de cada um. É perfeitamente possível que se pode dar uma

educação melhor com mais qualidade no ensino público, levando em consideração ao que foi alcançado e priorizar o investimento para a formulação de políticas públicas educacionais eficazes é de fundamental importância para se obter um resultado positivo, para que a lei possa ser cumprida, e para que ocorra de fato uma transformação em todos os níveis de ensino.

Dessa forma, é importante destacar que há uma necessidade no fortalecimento do ensino fundamental e médio, fazer com que o aluno aprenda a pensar autonomamente, saber comunicar-se, saber pesquisar, saber fazer, ter raciocínio lógico, aprender a trabalhar colaborativamente, fazer sínteses e elaborações teóricas, saber organizar o próprio trabalho, ter disciplina, ser sujeito da construção do conhecimento, estar aberto a novas aprendizagens, conhecer as fontes de informação, saber articular o conhecimento com a prática e com outros saberes.

Dessa forma, o aluno terá um bom desempenho no ensino superior, construindo e reconstruindo o conhecimento e assim maior qualidade em todos os cursos de graduação, mestrado e doutorado.

A educação precisa melhorar em todo o seu conjunto mais precisamente a educação básica para se chegar ao ensino superior e produzir resultados positivos.

Aspectos do Ensino Superior no Brasil: Avanços e Desafios

Discutir educação no Brasil hoje é um grande desafio, apesar dos avanços significativos, ao adentrarmos nesse tema da educação superior, seus pressupostos e problemas é importante analisarmos a Lei de Diretrizes e Bases da Educação. A Constituição Federal classifica a educação como um direito social dentre outros, por outro lado tais direitos que visam melhorar as condições de vida e trabalho da população está longe de atingir seu objetivo que é o crescimento e desenvolvimento populacional.

O individuo interessado em ingressar no ensino superior no Brasil poderá optar pelas universidades, centros universitários, faculdades, institutos superiores e centros de educação tecnológica.

Contudo, dentro desse novo cenário e com mais desafios, alunos com aprendizagens precárias e desmotivados com a instituição de ensino, professores que não inovam, onde a qualidade do ensino deixa de ser importante para aumentar o número de diplomados.

O Ministério da Educação – MEC, é o órgão responsável por garantir a qualidade dos cursos superiores e fazer com que a lei seja cumprida.

O primeiro artigo que trata sobre educação superior na Lei de Diretrizes e bases da Educação é o artigo 43 dentre os quinze artigos do capítulo IV que versa sobre essa modalidade de ensino. É importante ressaltar que o legislador visou a articulação entre educação básica e educação superior ao unir essas duas etapas tão importantes e necessárias em uma mesma legislação.

Segundo o artigo 43 da LDB:

Art. 43. A educação superior tem por finalidade:

I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo;

II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;

III - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive;

IV - promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação;

V - suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente

concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração;

VI - estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade;

VII - promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição.

VIII - atuar em favor da universalização e do aprimoramento da educação básica, mediante a formação e a capacitação de profissionais, a realização de pesquisas pedagógicas e o desenvolvimento de atividades de extensão que aproximem os dois níveis escolares. (Incluído pela Lei nº 13.174, de 2015)

Apesar da melhora significativa no sistema educacional no Brasil, graças aos vários programas de integração implementado pelo Ministério da Educação, proporcionou aos estudantes do ensino médio e aos menos favorecidos maiores oportunidades de ingressarem no ensino superior. Entretanto por outro lado existe uma desqualificação de professores e alunos cada vez menos preparados, o que acaba refletindo na qualidade do ensino oferecido e conseqüentemente em profissionais aquém do que se espera.

É bom lembrar, que a tecnologia pode e deve ser usada de forma positiva, transformando a sociedade através da educação. Principalmente para o estudante universitário essa ferramenta abre novos horizontes, ou seja, o aluno passa a ser mais independente no sentido de procurar informações de acordo com as suas necessidades. As informações podem ser buscadas a qualquer hora e lugar e não unicamente em horário específico por um professor.

Entretanto, um ensino básico de qualidade é essencial e importante para que se tenha um melhor aproveitamento das novas tecnologias. Os professores sempre serão necessários e indispensáveis, nesse novo contexto terão que estar dispostos a novos desafios e mudanças, deixando de lado o tradicionalismo do passado.

Considerações Finais

Diante do exposto, este trabalho abordou a questão das grandes e decisivas conquistas na educação nos últimos tempos, más que somente foram alcançada e consolidada pelo surgimento dos movimentos sociais, que tiveram forte influência na elaboração da Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 9.394/96. A Lei de diretrizes e Bases da Educação é considerada um valioso instrumento de cidadania.

Tais direitos classificados na Constituição Federal como direitos sociais dentre outros, nascem garantias das pessoas em virtude de algo que lhes pertencem, e do dever do Estado nascem obrigações que devem ser respeitada. Todavia, como se trata de um direito protegido, a educação básica por ser gratuita e obrigatória é também um dever/obrigação do Estado dar todas as condições em relação as necessidades educativas para desenvolver o educando, assegurando-lhes meios para que se possa alcançar o Ensino Superior com saberes válidos.

Outro ponto importante abordado nesta pesquisa é que as demandas e exigências sociais estão intrinsecamente ligadas à melhoria da qualidade da educação e das políticas educacionais. E a articulação entre educação básica e educação superior, professores com formação acadêmica e atuantes na sua área, pode ser uma solução para um ensino mais qualificado.

No entanto, a sociedade é de fundamental importância para se obter um resultado positivo, para que a lei possa ser cumprida, e para que ocorra de fato uma transformação, já que esse assunto já foi tão debatido e ao mesmo tempo atual. Não há qualidade na educação sem a participação da sociedade na escola.

Considerando que a escola não é a responsável pela desigualdade no nosso país, é a educação sem dúvida que decide quem vai e quem não vai ser incluído na sociedade.

Diante desse contexto, o que se pode concluir por meio da pesquisa realizada, é que a realidade apresentada não condiz ao que está preconizado na Lei como garantia, e que muitos desses princípios não atende o padrão mínimo de qualidade e está longe de atingir o objetivo desejado que é melhorar as condições de vida e de trabalho da população.

Com isso, o esboço das referências bibliográficas demonstra como embasou teoricamente este trabalho.

REFERENCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 18 out. 2017.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 18 out. 2017.

_____. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 18 out. 2017.

CHAUÍ, M. Direitos humanos e medo. In: FESTER, A. C. R. (org.) *Direitos humanos e...* São

Paulo: Brasiliense, 1989.

GHIRALDELLI, Paulo Junior . História da Educação. São Paulo: Cortez, 2001.

FREIRE, Paulo. Educação como prática da liberdade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

_____, (1980). Conscientização: Teoria e prática da libertação. São Paulo: Moraes.

FURTADO, Marcelo Gasque. Padrão de qualidade do ensino. In: RANIERI, Nina. (Coord.). **Direito à educação**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.

MANTOAN, Maria Teresa Eglér. **Inclusão escolar: o que é? Por quê? Como fazer?** São Paulo: Moderna, 2003.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. **Estado e política educacional no Brasil: desafios do século XXI**. 2006. Tese (livre-docência). Faculdade de Educação. Universidade de São Paulo, São Paulo.

SAVIANI, Dermeval. O trabalho como princípio educativo frente às novas tecnologias. In: FERRETTI, Celso João *et al.* **Novas tecnologias, trabalho e educação: um debate multidisciplinar**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

SOUZA, Paulo Nathanael Pereira de; SILVA, Eurides Brito da. **Como entender a aplicar a nova LDB**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

UNESCO, 2005. *Década das Nações Unidas da Educação para o Desenvolvimento Sustentável (2005-2014)*. Brasília: Unesco.

[3] Kildes Batista Vicente (Mestrado em Letras e Linguística pela Universidade Federal de Goiás (2002), Professora no Instituto Tocantinense de Educação Superior e Pesquisa (**ITOP**)).

A IMPORTÂNCIA DA SOJA NA PRODUÇÃO DE BIODIESEL

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

ADRIANO MENINO DE MACEDO JUNIOR^[1]

Resumo: A obtenção de biodiesel a partir do óleo de soja fornece maior rendimento, o biodiesel tem importante papel tanto para o ambiente quanto para a economia, além de ter o aspecto social de sua produção.

Palavras-chave: Soja. Importância. Produção de biodiesel.

Abstract: Obtaining biodiesel from soybean oil provides higher yields, biodiesel plays an important role both in the environment and in the economy, as well as having the social aspect of its production.

Keywords: Soy. Importance. Production of biodiesel.

Resumen: La obtención de biodiesel a partir del aceite de soja proporciona mayor rendimiento, el biodiesel tiene un papel importante tanto para el medio ambiente y para la economía, además de tener el aspecto social de su producción.

Palabras clave: Soja. Importancia. Producción de biodiesel.

Sumário: Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

Introdução

O biodiesel é um tipo de combustível produzido através de fontes renováveis como óleos vegetais, ou gordura animal, que pode ser uma alternativa em veículos movidos à diesel. No Brasil, o biodiesel começou a ser comercializado em 2008, porém, ainda é feita uma mistura de apenas 8% do combustível sustentável em 93% de diesel. Segundo o Conselho Nacional de Política Energética, a partir de março de 2018 o uso do biodiesel na mistura subiu para 10% e a neste ano deve crescer para 11%.

A soja é responsável por mais de 82% da produção de biodiesel no Brasil, de acordo com a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. (ANP). A soja é a principal fonte para a produção do biodiesel no Brasil, mas a produção para combustível é apenas o quarto produto, atrás do grão para exportação, do farelo e do óleo de cozinha.

A soja reina absoluta no Brasil. Trata-se da oleaginosa com maior área plantada no país. As dimensões quase continentais das lavouras de soja no país garantiram a essa matéria-prima o pódio também entre as oleaginosas utilizadas na produção de biodiesel. Deriva dela nada menos que 80% da produção nacional do combustível.

2 Desenvolvimento

Desde a segunda metade da década de 1990, é crescente a utilização de biodiesel na Europa, Estados Unidos e Ásia. Também, no Brasil, a sua produção tem sido alvo de diversos estudos, e desde 1998, são realizados testes com ônibus movidos a biodiesel de óleo de soja.

Biodiesel é um combustível muito atrativo atualmente. Queima de maneira limpa e pode ser feito de material orgânico indesejável, ajudando o meio ambiente e poupando energia. Com o aumento do custo do petróleo e da gasolina, muitos consumidores e empresas estão ansiosos para fazer a troca de biodiesel em seus veículos movidos a diesel, gerar eletricidade ou aquecer suas casas ou edifícios comerciais. Muitas pessoas estão interessadas em maneiras de produzir biodiesel para consumo próprio. Uma maneira de fazer isso é através do uso de óleo à base de soja.

O cultivo da soja possui uma cadeia produtiva bem estruturada e, atualmente, a sua produção conta com uma tecnologia de ponta, que são bem definidas em cada etapa do processo. O seu modelo de fabricação foi totalmente padronizado e pode ser aplicado com eficiência em qualquer parte do país, além disso, o retorno do plantio é rápido, entre 4 e 5 meses.

Outra vantagem da produção da soja está na sua comercialização, é um dos produtos agrícolas mais fáceis de serem vendidos, tendo em vista os poucos produtores mundiais que existem (EUA, Brasil, Argentina, China, Índia e Paraguai) e o volume ainda mais reduzido de exportadores (EUA, Brasil, Argentina e

Paraguai), a boa notícia está na sua procura, que atualmente é mundial. Outro facilitador comercial está no armazenamento, ela pode ser guardada por longos períodos, até a melhor oportunidade de venda.

O óleo vegetal, uma das principais matérias-primas do biodiesel, é formado por três moléculas de ácidos graxos ligadas a uma de glicerina (subproduto convertido em sabão). Estima-se que 20% do óleo de origem vegetal é formado por glicerol e durante a produção, o composto é removido do biocombustível tornando o óleo mais fino e menos viscoso. Existem três processos conhecidos para a produção do biodiesel: a transesterificação, o craqueamento térmico e a esterificação.

Na transesterificação acontece a obtenção de um éster (substância obtida da reação química entre um álcool e um ácido carbolixílico) a partir de outro. O método é o mais utilizado, pois, acontece em apenas uma etapa, onde o composto orgânico se processa na presença de um catalisador.

No craqueamento, ou pirólise, é provocada a quebra das moléculas por aquecimento, resultando em uma mistura de compostos químicos semelhante ao diesel de petróleo. Para compreender a esterificação, primeiro é preciso saber que os ésteres estão entre os compostos mais comuns encontrados na natureza e são associados ao aroma agradável. Durante esse processo, os compostos são sintetizados em temperatura ambiente ou acelerados através de um catalisador.

Em todos os métodos é criada uma reação química de óleo e álcool estimulada por um catalisador. O processo é conduzido em um reator com agitação enérgica que resulta na formação de sabão, a reação é considerada completa quando retorna à sua coloração original.

A produção do biodiesel começa com o pré-tratamento da matéria-prima, ou seja, é feita uma filtragem dos óleos, seja ele alimentar ou puro. Em ambos os casos a filtragem remove contaminações sólidas e elimina o máximo de água para evitar a hidrólise, processo responsável por originar um glicerol e três moléculas de ácidos graxos.

Na segunda etapa é feita a determinação e o tratamento dos ácidos graxos livres, ou seja, a amostra de óleo puro vira a base padronizada da mistura e no

óleo residual é feita uma análise para determinar a quantidade de ácidos graxos presentes na amostra. Os ácidos encontrados são esterificados e os glicerídeos são removidos através da neutralização.

Na terceira etapa são realizadas as reações, a base padronizada é adicionada lentamente a um excesso de metanol, ou etanol, e agitada até dissolver. O álcool é adicionado em excesso para aumentar o rendimento de ésteres, permitindo assim, a formação da fase do processo que separa biodiesel do glicerol.

Para a reação acontecer é utilizado um catalisador, o mais comum é a mistura com 0,5% de soda cáustica em relação ao peso do óleo. Catalisadores básicos, como o citado acima, aceleram a reação aproximadamente 4 mil vezes e são mais viáveis financeiramente do que os catalisadores ácidos.

Na quarta e última etapa acontece a purificação do biodiesel, ou seja, é feita a remoção dos produtos gerados durante a sua fabricação. Entre eles estão: glicerina, água residual e ésteres metílicos.

Para remover as impurezas do biocombustível, uma alternativa é a lavagem com água quente. Quando o catalisador utilizado é básico, a lavagem com água acidificada o neutraliza. Os compostos líquidos podem ser separados dos ésteres por decantação e em seguida é feito o aquecimento para a secagem e a remoção da umidade.

A revolução socioeconômica e tecnológica protagonizada pela soja no Brasil, pode ser comparada ao fenômeno ocorrido com a cana de açúcar no Brasil Colônia e do café no Brasil Império. A soja responde por uma receita cambial direta para o Brasil de mais de oito bilhões de dólares anuais e muitas vezes esse valor, se considerados os benefícios que gera ao longo da sua extensa cadeia produtiva.

Quando o governo federal deu início ao Programa Nacional do Uso e Produção de Biodiesel, o foco era a mamona, mas foi a soja que ganhou espaço e chegou à liderança. Pesa contra ela, no entanto, a desvantagem de ter uma produção de óleo por hectare baixa e o fato de o biodiesel resultante ter problemas com o alto índice de iodo, o que não atende às especificações europeias.

A produção do biodiesel a partir do óleo de soja:

Despeje o metanol para dentro do recipiente de plástico, utilizando o funil. Adicione a soda cáustica através do segundo funil. Coloque a parte superior do recipiente e gire até homogeneizar e dissolver.

Aqueça o óleo de soja a aproximadamente 50 graus celsius.

Despeje o óleo quente no liquidificador. Adicione os produtos químicos essenciais e misture na velocidade mais baixa por 30 minutos. Certifique-se de usar um liquidificador de segunda mão, e não aquele que você pretende usar para alimentos.

Transfira a mistura para uma garrafa de refrigerante e deixe repousar. Feche a garrafa de refrigerante bem e deixe descansar por 24 horas.

Prepare as garrafas restantes para lavagem, enquanto a mistura "assenta". Tome duas das garrafas de refrigerante e perfure um pequeno buraco (cerca de 2 mm) no canto inferior de cada um. Cubra o buraco com fita adesiva.

Despeje com cuidado a camada superior da glicerina em uma das garrafas de refrigerante vazias. Certifique-se de derramar lentamente para não misturar a glicerina e o biodiesel. Se isso acontecer, deixe a mistura "sentar" novamente até separar as duas camadas.

Adicione o biodiesel e 150 ml de água em uma das garrafas de lavagem. Tampe com força. Coloque a garrafa de lado e role sobre uma superfície plana. Você vai precisar rolar a garrafa até a água e o biodiesel misturarem completamente. Coloque a garrafa "de pé" quando terminar e, em seguida, deixar repousar por três horas.

Retire a fita adesiva da garrafa de lavagem e escoe a água. Substitua a fita adesiva quando apenas o biodiesel permanecer na garrafa.

Repita os passos 6 e 7, alternando garrafas até que você tenha lavado o biodiesel quatro vezes. Certifique-se de limpar o frasco antes de usá-lo novamente.

Permita o biodiesel secar numa garrafa aberta. Quando o biodiesel secar, ele aparecerá translúcido. Isso pode levar até cinco dias. Uma vez seco, estará pronto para uso.

A produção da soja já é uma cultura consolidada no Brasil. É improvável que sua cultura sofra avanços significativos nos próximos anos, o que torna as perspectivas para essa matéria-prima ruins no longo prazo. A presença da soja no mercado do biodiesel, no entanto, não deve ser reduzida tão cedo, uma vez que nenhuma oleaginosa até o momento apareceu em condições de ocupar significativamente o espaço dela.

A soja liderou a implantação de uma nova civilização no Brasil central, levando o progresso e o desenvolvimento para a região despovoada e desvalorizada, fazendo brotar cidades no Cerrado.

O explosivo crescimento da produção de soja no Brasil, de quase 30 vezes no transcorrer de apenas três décadas, determinou uma cadeia de mudanças sem precedentes na história do País.

Também, ela apoiou ou foi a grande responsável pela aceleração da mecanização das lavouras brasileiras; pela modernização do sistema de transportes; pela expansão da fronteira agrícola; pela profissionalização e incremento do comércio internacional; pela modificação e enriquecimento da dieta alimentar dos brasileiros; pela aceleração da urbanização do País; pela interiorização da população brasileira (excessivamente concentrada no sul, sudeste e litoral); pela tecnificação de outras culturas (destacadamente a do milho); assim como, impulsionou e interiorizou a agroindústria nacional.

Com relação à pesquisa da soja como fonte de biodiesel um dos principais aspectos positivo, apontam os pesquisadores, é que o grão tem alta capacidade de resposta a induções de mercado, no curto prazo. Se o mercado exigir a semeadura de mais um milhão de hectares a cada ano, durante os próximos 15 anos, o setor responderá tranquilamente, sem sobressaltos. Outro ponto positivo, é que na técnica da produção de biodiesel a partir da soja já é possível fazer sem a utilização do hexano, um elemento altamente poluidor (o hexano é um líquido inflamável e sem cor, derivado do petróleo. Ele é utilizado tradicionalmente para extrair triglicérides de óleos vegetais a partir da matéria-prima bruta, antes da fabricação do biodiesel). Neste caso, o ciclo de extração é fechado, ou seja, o

hexano extrai o óleo da soja, depois o óleo é separado do hexano, que é utilizado novamente para extrair óleo da soja. O hexano nunca é perdido no processo.

A razão porque a soja responde pela maior parcela do óleo vegetal brasileiro tem outras causas, além das indicadas acima:

1) A soja tem uma cadeia produtiva bem estruturada, tanto antes quanto depois da porteira;

2) Dentro da porteira, a soja conta com tecnologias de produção bem definidas e modernas;

3) Existe uma ampla rede de pesquisa que assegura pronta solução de qualquer novo problema que possa aparecer na cultura;

4) É um cultivo tradicional e adaptado para produzir com igual eficiência em todo o território nacional;

5) Oferece rápido retorno do investimento: ciclo de 4 a 5 meses;

6) É dos produtos mais fáceis para vender, porque são poucos os produtores mundiais (EUA, Brasil, Argentina, China, Índia e Paraguai), pouquíssimos os exportadores (EUA, Brasil, Argentina e Paraguai), mas muitíssimos os compradores (todos os países), resultando em garantia de comercialização a preços sempre compensadores;

7) A soja pode ser armazenada por longos períodos, aguardando a melhor oportunidade para comercialização;

8) O biodiesel feito com óleo de soja não apresenta qualquer restrição para consumo em climas quentes ou frios, embora sua instabilidade oxidativa e seu alto índice de iodo inibam sua comercialização na Europa;

9) É um dos óleos mais baratos: só é mais caro do que o óleo de algodão e da gordura animal;

10) Seu óleo pode ser utilizado tanto para o consumo humano, quanto para produzir biodiesel ou para usos na indústria química e;

11) A soja produz o farelo proteico mais utilizado na formulação de rações para animais produtores de carne: responde por 69% e 94% do farelo consumido em nível mundial e em nível nacional, respectivamente.

Conclusão

A obtenção de biodiesel a partir do óleo de soja fornece maior rendimento, o biodiesel tem importante papel tanto para o ambiente quanto para a economia, além de ter o aspecto social de sua produção.

O biodiesel é um substituto do óleo diesel de petróleo. O petróleo ficará cada vez mais caro. As razões para o aumento de preço são o esgotamento das reservas e as disputas bélicas pelas últimas reservas. O petróleo também tem sido acusado de ser o grande vilão ambiental, que está provocando as mudanças climáticas globais (nevascas, secas, inundações, degelo, furacões, tornados e ondas de frio e de calor), o que tem provocado a exigência da sociedade civil por novas formas de energia não poluentes. Porém, no curto prazo, o preço do petróleo subirá, mas o do óleo vegetal não deverá acompanhar a escalada. Logo, o biodiesel ficará, progressivamente, mais competitivo. Será o grande negócio das próximas décadas.

Segundo o National Biodiesel Board, uma associação comercial do biodiesel dos EUA, o Brasil tem condições em liderar a produção mundial desse biocombustível, já que possui uma ampla extensão territorial, radiação solar o ano inteiro, água, diversidade de oleaginosas para matérias-primas e experiência tecnológica na agricultura tropical. Além disso, o país possui domínio tecnológico na produção do biodiesel, mas o custo de produção ainda é alto. Por causa, principalmente, do cultivo e das técnicas de manejo de algumas oleaginosas, que ainda são poucas desenvolvidas e necessitam de investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D) para desenvolver tecnologias de produção agrícola e para promover o adensamento energético das espécies oleaginosas.

Referências

D'ARCE, Marisa A. B. Regitano. **Matérias-primas oleaginosas e biodiesel**. ESALQ/USP, setor de açúcar e álcool, 2005.

FERRARI, R. A. OLIVEIRA, V. da S., SCABIO, A. **Biodiesel de soja – taxa de conversão em ésteres etílicos, caracterização físico-química e consumo em gerador de energia.** Química Nova, v.28, 2005.

HOLANDA, Ariosto. **Biodiesel e inclusão social.** Brasília: câmara dos deputados, coordenação de publicações, 2004.

MARQUES, F. **Menos Dependentes do Petróleo.** Revista Ciência Hoje, São Paulo, ano 2003, nº 194, p. 44 e 45.

KENSKI, Rafael. O começo do fim. **Revista Super Interessante**, São Paulo, edição n. 218, ano 19, n. 10, p. 44-54, out. 2005.

PAÍS está preparado para produzir combustíveis pouco poluentes, diz Lula. **Último Segundo**, São Paulo, 27 abr. 2005.

PROJETO Unidade Piloto de Teresina. **Tecbio Tecnologias Bioenergéticas.**

<http://www.agencia.cnptia.embrapa.br/gestor/agroenergia/arvore/CONT000fb1290nv02wx5eo0sawqe3ho6o476.html>

Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Disponível em: < www.anp.gov.br/>. Acesso em: 04/03/2019.

[1] Graduando em farmácia pela Faculdade Natalense de Ensino e Cultura (FANEC) com experiência em saúde pública e microbiologia. E-mail: adrianomenino2016@gmail.com

**CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIEURO
PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO
CURSO DE DIREITO**

THALITA RODRIGUES SERAFIM

**ALIENAÇÃO PARENTAL E SEUS EFEITOS NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Brasília-DF
2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIEURO
PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO
CURSO DE DIREITO**

THALITA RODRIGUES SERAFIM

**ALIENAÇÃO PARENTAL E SEUS EFEITOS NO ORDENAMENTO
JURIDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso
submetido ao Centro Universitário
Unieuro, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharelado
em Direito

**ORIENTADOR: Heitor Vinicius
Pessoa**

DEDICATÓRIA

Aos meus familiares, por serem meu motivo de perseverança, e ao Enio Lazareti por ter sido meu parceiro de vida e estudos durante esses cinco anos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me amparado até aqui.

A minha avó Maria Dalva pelo apoio, a minha mãe e irmãos.

Aos meus amigos que conquistei na vida acadêmica, e aos demais que sempre estiveram presentes na minha vida.

Agradeço aos meus professores que foram inspiração, e se dedicaram para minha formação, em especial ao Nilson Disconzi, Chintia Barden e Camila Nogueira por terem sido meus propulsores no Direito Civil.

Agradeço também aos orientadores do Núcleo de Prática Jurídica da Ceilândia Dr. Neirilmar Póvoa, Dra. Natália Tomás Ribeiro e Dra. Talita Beserra e Dr. Edmilson Terra, por todo conhecimento compartilhado.

Agradeço ao meu orientador Heitor Pessoa, pela paciência e dedicação.

RESUMO

O presente trabalho analisou os principais efeitos do reconhecimento da Alienação Parental no ordenamento jurídico brasileiro, utilizando como marco inicial o surgimento da terminologia, posicionamento da psicologia e a evolução histórica no Brasil e nos Estados Unidos. Ao analisar seu reconhecimento no corpo normativo vigente no nosso país, foi discorrido sobre a lei 12.318/10 e seus artigos, uma vez que este é o principal instrumento usado pelos magistrados para reconhecer e se posicionar sobre o tema, além de outros projetos de lei que tramitam sobre essa temática. Foi observado, também, as principais críticas sobre esse instrumento normativo, como a possibilidade de a lei estar sendo usada de forma errônea em casos em que há denúncias de abusos sexuais. O enfoque central do estudo, foi a análise dos principais obstáculos que existem para a caracterização da Alienação pelo trabalho multidisciplinar, que é ponto determinante para a aplicação das determinações previstas na lei. Para comprovar a não ocorrência da perícia técnica, foi feita análise jurisprudencial sobre a constatação da alienação de forma efetiva nos processos que tramitam no ordenamento jurídico, com enfoque nos processos que foram decididos pelo Superior Tribunal Federal.

Palavras-chaves: Alienação Parental. Aplicação. Direito. Efeitos

LISTA DE SIGLAS

AP

Alienação Parental

SAP

Síndrome de Alienação Parental

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1. Introdução | 1 |
| 2. O que é Alienação Parental..... | 3 |
| 2.1. Definição e importância..... | 3 |
| 2.2. Alienação Parental à luz da Psicologia..... | 6 |
| 2.3. Evolução histórica no Brasil e nos Estados Unidos..... | 9 |
| 3. Os instrumentos normativos decorrentes da Alienação Parental | 15 |
| 3.1. Peculiaridades na Lei de Alienação Parental | 15 |
| 3.2. Considerações no tramite do Projeto de Lei n. 4053/08..... | 19 |
| 3.3. O parecer da Comissão de Constituição e Justiça no PL n. 4053/08..... | 21 |
| 3.4. Análise ao Projeto de Lei n. 10639/2018 que visa revogar a Lei de Alienação Parental..... | 23 |
| 4. Aplicação da Lei 12.318/10 ao caso prático..... | 26 |
| 4.1. Dilação probatória e configuração da alienação parental..... | 26 |
| 4.2. Análise Jurisprudencial sobre a verificação da Alienação Parental feita por trabalho multidisciplinar | 31 |
| 4. Conclusão | 35 |
| 5. Referências Bibliográficas | 38 |

INTRODUÇÃO

A instituição familiar, desde sua origem, é permeada de conflitos e ao passo que esta evolui, demanda que o Direito se adeque e evolua também. Assim, o Direito Civil Família é o ramo jurídico que mais sofre mutações com a transformação das entidades familiares, seja quanto ao casamento e sua dissolução, como o recente reconhecimento do instituto da união estável e homoafetiva, seja quanto ao direito dos filhos e sua proteção em âmbito familiar.

Desta feita, diversos institutos jurídicos foram elaborados e aperfeiçoados para resguardar a integridade da criança e do adolescente, frente ao seu direito de desenvolvimento saudável, dentre eles temos a Lei de Alienação Parental que representa um avanço quanto a proteção dos menores em contexto de dissoluções familiares. Todavia, justamente sobre esse prisma, que devemos verificar os reflexos do instituto nos processos que detém o princípio do melhor Interesse da criança e do adolescente.

Por conseguinte, considerando a adesão da lei de 12.318/10 no ordenamento jurídico brasileiro, o problema da pesquisa do presente trabalho é analisar como é verificada a Alienação Parental nos processos que tramitam nas varas de família, tendo como hipótese de pesquisa a constatação da alienação de forma casuística e discricionária.

A lei de Alienação Parental trouxe autonomia ao poder judiciário, no entanto, quase dez anos após sua promulgação, não há critérios objetivos para a caracterização da alienação, havendo também uma dissonância entre o trabalho multidisciplinar e o ordenamento jurídico, o que pode resultar na ineficiência do instituto frente ao interesse dos menores.

Destarte, para a análise da efetividade do instrumento normativo, foi utilizado como metodologia o estudo da bibliografia pertinente e a análise jurisprudencial. Iniciando no primeiro capítulo com a verificação do surgimento da terminologia criada por Richard Gardner, sua definição, evolução histórica e o posicionamento da psicologia sobre a temática.

Posteriormente, no segundo capítulo é verificado a adesão da Alienação Parental no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Lei 12.318/10,

assim como outros instrumentos normativos que estão em tramitação sobre esse tema e seus principais pontos, como a pretensão da criminalização dos acusados de praticar alienação.

Apesar de ser considerada um aperfeiçoamento dos instrumentos de proteção dos menores, a lei 12.318/10 apresenta divergências quanto a sua eficácia, dentre esses pontos será discorrido sobre a possibilidade da sua aplicação de forma errônea em casos de denúncias de abusos sexuais.

É crescente os debates por ONGS e entidades sobre essa temática, tendo por base que os abusos sexuais praticados contra os menores são difíceis de constatação, por consequência, as denúncias feitas pelo responsável, uma vez não comprovadas, pode vir a caracterizar atos de alienação, possibilitando a manutenção do contato com os abusadores e até mesmo a reversão da guarda a seu favor.

Como ponto central, no último capítulo é verificada a constatação da alienação feita pela equipe multidisciplinar, prevista na lei 12.318/10, a qualificação exigida pelos peritos, os principais desafios da efetivação do trabalho dentro dos parâmetros estabelecidos na lei e quais critérios são utilizados para chegar em um laudo técnico conclusivo, uma vez que o magistrado irá formar seu convencimento e aplicar as medidas cabíveis com o auxílio desse laudo.

E por fim, para a investigação da ausência de pareceres conclusivos, reconhecendo a presença ou ausência da alienação parental, será estudado jurisprudências sobre o tema do Superior Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal Federal, verificando se o trabalho multidisciplinar foi realizado de forma consistente nos processos que já se encontram, até mesmo, em fase recursal.

O presente trabalho se faz importante para o ramo do Direito, ao passo que verifica possíveis lacunas existentes na Lei de Alienação Parental, buscando, dessa forma, um aperfeiçoamento na aplicação do instituto. A lei 12318/10 abriu precedentes para novas normatizações no ordenamento jurídico pátrio, devendo ser analisado quais os efeitos desses instrumentos na vida dos menores envolvidos.

1. O QUE É ALIENAÇÃO PARENTAL

1.1 Definição e importância

A alienação parental é definida como um conjunto de características comportamentais, apresentadas em âmbito familiar por filhos e pais que estejam em processos de separação. O alienador é um dos genitores que, por motivos pessoais e egoísticos, incute sentimentos negativos nos menores, visando afastar os filhos do genitor alienado.

Esse conjunto de comportamentos foi verificado pela primeira vez por Richard Gardner na década de 80. Richard era professor de psiquiatria clínica, e atuava no Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, nos Estados Unidos. Em seus estudos relatou que, em caso de separações conjugais, havia uma programação do menor por parte do genitor que exercia a guarda, para que odiasse o outro pai. (FIGUEIREDO, 2014 p. 49)

Dessa forma, a alienação parental se verificaria como um processo de “programar a criança para que odeie um dos genitores, sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor” (TRINDADE, 2008 p. 102).

Inicialmente, a alienação era definida como uma prática exercida, majoritariamente, pela mãe, que detinha os filhos sob sua guarda e praticaria a alienação contra o pai. Esse entendimento sofreu transformações, havendo uma concepção mais ampla quanto a sua abrangência, podendo ser praticada tanto pela mãe, quanto pelo pai, de forma unilateral ou recíproca.

Essa circunstância em que a mãe afasta os filhos do genitor, foi verificada também em outras situações comportamentais, como exemplo, temos a denominada Síndrome da Mãe Usurpadora, em que a mãe assume o papel do pai perante os filhos, para que não seja estabelecido o vínculo com o genitor, esse comportamento é comum em relacionamentos que findaram com os filhos ainda bebês.

Não se confunde com a alienação parental uma vez que “A mãe não pretende destruir o vínculo entre pai e filho, ela quer, simplesmente, que ele não se estabeleça, uma vez que ainda não foi construído” (MADALENO 2018 p. 43), a mãe simplesmente não considera o ex-companheiro como pai de seus filhos.

Por sua vez, apesar de ser verificada no âmbito doméstico, a alienação pode ser praticada, também, pelo genitor que não detém a guarda do menor, valendo-se dos momentos em que o menor passa com este. Os seus reflexos ultrapassam a figura do pai alienado, alcançando seus familiares. Há relatos, também, do exercício feito por avós, que mesmo não exercendo a guarda dos menores, se valem dos momentos que passam juntos aos netos para praticar a alienação.

Sua incidência é maior em divórcios litigiosos, em que há disputas patrimoniais e por guarda, mas pode ser verificada em outras situações, como quando um dos genitores constitui uma nova família. Assim o alienador começa a denegrir a imagem do outro pai e até mesmo de seus familiares, objetivando uma vingança pessoal, com o intuito de punir o pai alienado, e, para atingir esse objetivo, todos os argumentos serão usados, indo desde de afirmações de que o genitor não gosta dos filhos, até denúncias de falsos abusos. (XAXÁ, 2008, p. 13).

A alienação se inicia de forma sutil, com demonstração de insegurança e excesso de proteção por parte do alienador, como pedir para o menor ligar caso for preciso, quando ele fica sob a tutela do alienado, ou questionar se a criança foi bem cuidada, o que fez, o que comeu, procurando brechas para uma possível negligência. Nessa fase, a criança começa a ter insegurança em ficar com outro genitor e sua família, entendendo que só um dos pais cuida dele da forma correta, mas ainda tem os laços afetivos estreitos com ambos os pais. (MADALENO, 2018 p. 32)

Posteriormente, a alienação evolui para relato de falsos acontecimentos em que o pai alienado fez algo de ruim para a criança ou para o alienador, acompanhado de críticas e comentários maldosos, plantando assim falsas memórias no menor que, com o tempo, passa a se recordar de acontecimentos que não presenciou. Nesse momento a criança começa a demonstrar mudança comportamental, acompanhada de confusão sentimental, enquanto está com o alienador diz não ter interesse no outro genitor, mas quando está com o pai alienado volta a corresponder ao afeto recebido.

E, por fim, com a repetição da prática, o alienador passa a transmitir seus sentimentos de ódio e repúdio para a criança, que compra o discurso e o reproduz como se dela fosse, nessa altura, a criança pode apresentar comportamento agressivo, com demonstração de raiva e estresse em relação ao outro pai. Por consequência, há o rompimento dos vínculos afetivos com o genitor alienado e seus

familiares, criando uma relação de dependência e cumplicidade com o alienador. (SILVA, 2010 p.11)

A justificativa para a prática da alienação parental é que os processos que envolvem separação, definição de guarda e divisão de bens, são carregados de animosidade, os seus reflexos se estendem a toda família. Maria Berenice Dias elucida que, “quando um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, surge o desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição do ex-parceiro”. (DIAS 2010 p.455) refletindo diretamente nos filhos.

Compelido por motivos afetivos, o alienador pode desenvolver esse comportamento e praticar a alienação de forma consciente, em que objetiva usar a prole como moeda de troca ou para ferir o ex-cônjuge, ou inconscientemente, motivado por sentimento de rejeição, insegurança, ciúmes e inconformismo e até mesmo depressão. Em casos extremos, o genitor ameaça tirar a vida, caso o menor se relacione com o alienado e seus familiares, dentre outras chantagens emocionais.

Como efeito, a criança submetida a alienação pode vir a desenvolver distúrbios psicológicos como ansiedade, depressão, *déficit* de atenção, dentre outros. Acompanhados de dificuldade em criar novos relacionamentos, de estabelecer confiança em outras pessoas, que perduram até a vida adulta. A evolução da alienação pode, até mesmo, resultar em tentativa de suicídio. (MADALENO, 2018 p.47)

A perda do vínculo afetivo e familiar com o genitor alienado pode ser definitiva, e mesmo que o filho descubra posteriormente que foi vítima de alienação, dificilmente conseguirá reestabelecer o amor e o afeto com ambos os pais e seus familiares.

Por sua vez, muito embora a criança seja a principal vítima da Alienação Parental, os pais podem, também, sofrer com os seus efeitos, precisando também de auxílio médico e psicológico. Se, por um lado, o alienador pode ser motivado a praticar a alienação por estar acometido de doenças emocionais, o pai alienado pode vir a sofrer os mesmos transtornos, compelido por sentimento de culpa, remorso, seja por ter desfeito a união conjugal ou por ter constituído uma nova família, atribuindo o

comportamento dos filhos a sua ausência ou resultado de suas ações. (PALERMO 2012 p. 26)

Assim, o reconhecimento da sua incidência é de suma importância para a psicologia e para o direito, uma vez que, estabelecido um padrão, poderá ser traçado os caminhos a serem tomados seja quanto o acompanhamento psicológico ou as medidas jurídicas cabíveis, para proteger os menores envolvidos. A verificação da ocorrência da alienação se mostrou necessária para coibir tais condutas, visando resguardar a integridade psicológica dos menores envolvidos em conflitos familiares e processos judiciais.

1.2 Alienação parental a luz da psicologia

Inicialmente, o trabalho desenvolvido por Gardner, definia a alienação parental como síndrome, e objetivava a sua inclusão no rol do DSM-IV (manual de diagnóstico e estatísticas de transtornos mentais), publicado pela Associação Psiquiátrica Americana, para que fosse facilitado seu diagnóstico e tratamento, e para isso, fez várias pesquisas dentro do campo para estabelecer os padrões que pudessem caracterizar a síndrome.

Gardner distinguia a Síndrome de Alienação Parental (SAP) da Alienação Parental (AP), enquanto a primeira é caracterizada com a ocorrência de sintomas que se manifestam em conjunto, mas que podem ser observados em graus diferentes, do mais leve ao mais severo. Já a segunda, ocorre quando um genitor tenta afastar o filho do outro genitor, por meio de uma campanha denegatória, mas não há a ocorrência dos mesmos sintomas da síndrome nos menores ou em seus genitores, muito embora, o objetivo final seja o mesmo.

Assim, a distinção de Alienação Parental para Síndrome de Alienação parental pode ser entendida como, enquanto a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado, via de regra, pelo titular da custódia, a síndrome da alienação parental é a seqüela emocional e comportamental de que vem a padecer a criança, vítima da alienação. (Fonseca, 2006, p.164)

Apesar das inúmeras tentativas de Gardner em incluir a SAP no rol do DSM-IV, isso não ocorreu no caso prático. Assim, havia uma grande expectativa da sua inclusão no DSM-V publicado em maio de 2013, defendido por vários profissionais

que continuaram a buscar a sua inclusão, o que também não ocorreu. (PERISSINI, 2015 p.9)

Por consequência, a sua terminologia como síndrome, SAP ou PAS do inglês, não é reconhecida na psicologia, uma vez que, não está incluída no manual de diagnóstico e estatísticas dos transtornos mentais e também por não apresentar características que possam ser diagnosticadas como uma síndrome, ocorrendo uma modificação do termo SAP (Síndrome de Alienação Parental) para AP (Alienação Parental). Em conformidade, no ordenamento jurídico brasileiro, é usado apenas a terminologia AP.

Porém, muito embora não seja reconhecida como síndrome, a AP ocorre no caso prático, e a sua verificação é feita por um trabalho multidisciplinar, entre profissionais da psicologia, que realizam uma avaliação entre os menores e seus pais. E, mesmo não sendo uma ciência exata, a Psicologia, a Psicanálise e demais áreas formam uma interdisciplinaridade com o Direito, para a construção dos indícios identificadores da alienação, auxiliando os operadores envolvidos, sejam eles juízes, promotores, advogados, peritos, na identificação e gradação da alienação, objeto da ação. (FREITAS, 2015 p.18)

Dessa forma, será analisado se as alegações feitas por um dos genitores são verídicas, se há a ocorrência de maus-tratos, negligência ou imprudência, ou se objetiva apenas o afastamento dos filhos do outro genitor, delineando a partir desse ponto quais medidas devem ser tomadas.

A atuação de um psicólogo é de extrema importância, uma vez que a AP é de difícil constatação, e dela podem decorrer outros transtornos psicológicos. O tempo para sua verificação e seu tratamento varia em cada caso, e, para a sua identificação, o profissional de psicologia irá analisar alguns pontos, dentre eles podemos superficialmente destacar:

A reprodução pelo menor da campanha feita pelo alienador, ele mesmo deprecia o genitor e o ataca como se um estranho fosse, a quem deve ser odiado e agredido. A ofensa não tem um motivo aparente, e, quando tem uma fundamentação, há um excesso nos relatos feitos pelo menor (MADALENO, 2018 p. 30)

A demonstração de opinião dúbia quando estar na presença do alienador, o menor relata não gostar ou não querer ficar com o outro genitor, mas, quando está sozinho, diz que ainda gosta do outro pai, que sente saudades e que ainda quer ter contato com ele e seus familiares. Muitas vezes, confessa que age dessa forma a pedido do alienador.

É possível observar declarações falsas feitas pela criança, como por exemplo, quando ela diz: eu te amo, enquanto na verdade sente raiva, havendo uma “dissonância entre a expressão e o sentimento” (FIORELLI, 2017 p. 309) que pode ser percebida pelo interlocutor durante uma conversa.

É verificado também o desenvolvimento de uma linguagem não verbal, como a dificuldade de contato visual com o pai alienado, comportamento introvertido ao visitá-lo, ou ao ficar na sua presença, demonstrando desconforto e falta de familiarização com o ambiente, apesar de ter tido em momentos anteriores um bom relacionamento com o genitor.

Há à ausência de ambivalência no ódio demonstrado frente ao genitor. O que se mostra controverso, uma vez que os seres humanos são ambivalentes por natureza, e conseguem perceber que coisas positivas em situações negativas, que ninguém é absolutamente bom ou ruim. Mas a criança vítima de alienação não consegue demonstrar ambivalência, em conformidade, Madaleno exemplifica:

“O ódio demonstrado pelo filho em relação ao pai alienado é equiparado ao fanatismo terrorista, não existem brechas, não há espaço para diálogo ou concessões. De outro modo, o genitor alienador é visto como um indivíduo totalmente bom, imaculado e sem falhas, onde qualquer reprovação à sua conduta é prontamente refutada, em defesa visceral, como se fosse um ataque à sua própria pessoa”. (MADALENO, 2018 p. 31).

Há também a ocorrência de falsas lembranças, em que a reprodução dos fatos se mostra desconexa ou diverge da idade dos menores, em que relatam os fatos com imprecisão ou que aconteceram quando ele ainda não tinha idade para presenciar. Por outro lado, pode ocorrer a perda de memória dos momentos bons vividos com o pai alienado e seus familiares, mesmo que tenha tido uma boa convivência com eles antes da alienação.

Desta feita, todos esses pontos serão analisados juntamente com outras técnicas aplicadas pelos profissionais da área da psicologia, que irão verificar a

ocorrência da AP em cada caso, respeitando a suas peculiaridades e o tempo necessário.

Outro ponto delicado, em que se mostra indispensável o acompanhamento do psicólogo, são os casos em que há denúncias de abuso sexual. É verificada uma grande ocorrência dessas denúncias nos conflitos em que AP está presente, em que, o alienador convence o filho de que ele foi ou está sendo molestado sexualmente, após afirmar isso, por várias vezes, a criança confirma as alegações, seja por acreditar ou para satisfazer o alienador. (CLARINDO, 2011 p. 2)

Em contrapartida, há a possibilidade de o genitor realmente abusar sexualmente do menor, e alegar que as acusações feitas contra ele são decorrentes da AP, objetivando a impunidade dos atos praticados.

Ocorre que, as provas nos casos de abusos sexuais são de difícil obtenção, o crime ocorre sem testemunhas, os depoimentos das vítimas são desconexos e na maioria das vezes não resulta em ferimentos, o material genético, caso exista, deve ser colhido em até 24 horas, o que é muito difícil de ocorrer no caso prático. Abrindo brechas para que os abusadores aleguem que nesses casos, as acusações são falsas e frutos de alienação parental.

Marcia Ferreira Amendola, psicóloga, afirma que uma criança pode mentir para proteger uma pessoa que possui vínculos mais estreitos ou para agradar um adulto, não havendo uma segurança absoluta perante os seus depoimentos. O que comprova a necessidade da verificação da ocorrência de abusos sexuais de forma segura e consistente por uma equipe multidisciplinar. (AMENDOLA, 2009 p. 7)

Por isso, nenhuma denúncia de abuso sexual deve ser minimizada. E dentre as medidas a serem tomadas, além do acompanhamento de um profissional da saúde, não poderá haver, antes da verificação do abuso sexual, decisão judicial que determine a mudança de guarda ou suspensão de visitas, que devem ser feitas, nesses casos, sempre de forma assistida.

1.3 Evolução Histórica no Brasil e nos Estados Unidos

O surgimento da instituição familiar sempre foi permeado de conflitos, refletindo diretamente sobre a prole. Por consequência, os filhos sempre foram alvo

de disputa entre os pais ou moeda de troca em brigas familiares, brigas, em sua grande totalidade, relacionadas a dissolução conjugal entre os seus genitores.

A primeira definição de família como instituição organizada hierarquicamente entre homem mulher e filhos, foi verificada no direito romano. O denominado Patriarcado consistia na família voltada para a figura do pai, que exercia total poder sobre os filhos, podendo vendê-los, castigá-los ou excluí-los da entidade familiar. É caracterizado pela “concentração exclusiva de poderes nas mãos do marido, tanto em relação à esposa quanto aos filhos” (NADER, 2015 p. 8)

Já na idade média, as relações familiares começaram a ser regidas pelo direito canônico. O imperador Constantino introduziu o conceito cristão de família no séc. IV, que delineava também os papéis dos filhos e da mãe, perante a igreja como membros da família. Como as relações se mostravam injustas, durante o patriarcado, essa modalidade foi perdendo força (RAMOS, 2015 p.31)

O conceito de família regido pelo direito canônico, que ainda mantinha grande enfoque sob o papel paterno, sofreu mudanças com a Revolução Industrial no séc. XVIII, em que, por necessidades econômicas, as mulheres ingressaram no mercado de trabalho e o homem deixou de ser o único provedor da família. (GAGLIANO, 2017 p. 56)

Com a evolução histórica e jurídica da instituição familiar, passou-se a ter uma maior definição nos papéis a serem exercidos pelos genitores perante os filhos, havendo a distribuição de obrigações e responsabilidades sobre a prole. Os filhos passaram a ter seus direitos protegidos, sejam quanto ao patrimônio no que tange a herança, seja quanto a sua integridade em dissoluções conjugais.

O casamento passou a não ter mais o caráter perpétuo promulgado pela igreja, aumentando, com o passar do tempo, o número de divórcios, refletindo diretamente sobre a prole, surgindo as problemáticas no tocante guarda e desenvolvimento saudável dos filhos, em contextos de conflitos ocasionados pela separação dos pais.

Assim, inicialmente, havendo o rompimento do casamento, a guarda dos menores era, primariamente, definida como unilateral, em que “promove, praticamente, a concentração do exercício da autoridade parental em um dos titulares,

deixando o outro, com quem fica o direito de visitas, em ampla isenção” (ALMEIDA, 2012 p. 466). Porém, essa modalidade de guarda se mostrou ineficiente, uma vez que a figura do outro genitor se distanciava dos menores, diminuindo vínculos e laços afetivos.

Por sua vez, apesar da guarda unilateral ser conferida ao genitor que possuir melhor condição de criar e educar os filhos, comumente era exercida apenas pela mãe, que amamentava e possuía maior vínculo afetivo com a criança desde a gestação. Ao analisar a necessidade da convivência e participação do pai na criação dos filhos, passou-se a ter o entendimento que ambos os genitores devem exercer o poder familiar sobre os menores, as responsabilidades devem ser divididas e as decisões tomadas em conjunto.

Nascendo assim o instituto da guarda compartilhada para o ordenamento jurídico brasileiro, e a *Joint Custody* para o Estados Unidos da América. Essa modalidade de guarda visa a obtenção de um crescimento saudável para a criança com a cooperação mútua de ambos os pais (CABRAL, 2012 p.2)

Nos Estados Unidos, a guarda conjunta poderá ser definida como custódia física conjunta, que além da cooperação mútua para a criação, os menores vivem nas duas residências, de ambos os genitores, ou custódia legal conjunta em que ambos os pais exercem o poder familiar sobre os filhos, podendo tomar as decisões inerentes a sua criação, como matrícula de escola ou autorização para viagem, não sendo estabelecido, nesse caso, duas residências.

Respectivamente, no nosso ordenamento jurídico é adotada atualmente a guarda compartilhada, que se assemelha a custódia legal conjunta americana, em que ambos os pais possuem responsabilidade sobre a prole. “A guarda compartilhada é exercida em conjunto pelos pais separados, de modo a assegurar aos filhos a convivência e o acesso livre a ambos” (LOBO, 2008 p. 175). Assim, ambos os pais possuem de forma igualitária o exercício dos direitos e deveres inerentes a autoridade parental.

Nessa modalidade, não há uma alternância de lar, como da guarda alternada, em que o menor mora por um período com o pai e outro com a mãe, mas sim, uma cooperação mútua entre os genitores na criação e educação dos filhos. A

guarda compartilhada pode ser definida por ambos os pais no momento da dissolução conjugal, ou por determinação judicial.

Ocorre que, para um bom exercício da guarda compartilhada, é imprescindível o convívio saudável entre os genitores, que devem ter uma relação amigável e estável, para que sejam tomadas as decisões inerentes aos filhos da melhor forma possível, o que na prática é de difícil constatação. Havendo, assim, críticas pela doutrina na imposição dessa modalidade de guarda por determinações judiciais, como dispõe Daniele Ganancia;

“A autoridade parental conjunta não é uma obrigação jurídica sancionada, mas um estado de espírito que implica respeito mútuo, tolerância, diálogo, cooperação e, sobretudo, o reconhecimento de cada um dos pais do lugar do outro” (GANANCIA, 2001 p.9).

Assim, a guarda compartilhada seria eficaz e atingiria plenamente seus objetivos, se os pais mantivessem um bom relacionamento.

É justamente nesse contexto conflituoso, com o aumento das separações judiciais acompanhadas de animosidade, disputas por guarda e patrimônio, que começou a ser verificado a ocorrência da AP nos tribunais. Um dos países pioneiros na constatação da AP fora os Estados Unidos, pois, ao passo que foi aumentando as pesquisas sobre a AP, os tribunais norte-americanos desde 1980, passaram a coibir a AP por meio das suas decisões.

Um dos primeiros casos norte-americanos sobre a temática, amplamente documentado, foi o caso Karen B. contra Clyde M., em que visava a guarda da filha Mandi M. Inicialmente, as partes celebraram um acordo conferindo a guarda em favor da mãe, com direito a visitas ao pai. Ocorre que, em setembro de 1990, Karen B. buscou o judiciário para rever o direito de visitas, sob a alegação de que Mandi M. estaria sofrendo abusos sexuais praticados por Clyde M. Atendendo os pedidos, as visitas ao pai passaram a ser feitas de forma assistida e, após uma avaliação de médicos e psicólogos, foi concluído que não houve a prática do abuso sexual. (BALUTA, 2014 p.2)

Como resultado, a justiça norte-americana reverteu a guarda de Mandi M. em favor de seu pai Clyde M., enquanto sua mãe teve o direito a visitas suspenso, uma vez que não era possível prever se ela continuaria a praticar a alienação. Karen

B. foi submetida a um acompanhamento psicológico, para que, posteriormente, fosse tentada a reaproximação entre mãe e filha.

Assim, com a aplicação da AP nos tribunais norte-americanos, começaram a nascer leis com o intuito de coibir a prática da alienação. A exemplo, nos estados da Califórnia e da Pensilvânia, caso o possuidor da guarda legal dos menores impeça, de forma maliciosa, o direito do outro genitor de visitas, poderá ser punido com prisão de até um ano e multa, além de outras penas restritivas de direito, como a suspensão da carteira de habilitação para dirigir. Já no Estado do Texas, o genitor alienador poderá ter penas mais severas caso provoque, intencionalmente, o desequilíbrio emocional nos filhos menores. (FIGUEIREDO, 2012 p. 13)

Por sua vez, no Brasil os debates sobre a temática iniciaram-se em 2003, a sua incidência passou a ser discutida e divulgada com as pesquisas realizadas por institutos, como a APASE – Associação dos Pais e Mães Separados e IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. A verificação da AP no ordenamento jurídico foi atribuída, também, com o crescimento das participações das equipes interdisciplinares nos processos que tramitavam nas varas de família. (FREITAS, 2015 p.14)

Desta feita, o primeiro caso levado ao Superior Tribunal de Justiça, com embasamento sobre o tema, foi o agravo de instrumento “TJ-PR – AI: 5546107 PR 0554610-7”, jugado em 17 de junho de 2009. Na lide, os pais possuíam a guarda compartilhada dos filhos que fora homologada em acordo, porém, a genitora buscou o judiciário para suspender o direito de visitas do genitor, somada a destituição do poder familiar, sob a alegação de que os menores estariam sofrendo abuso sexual quando ficavam sob a tutela do pai. Atendendo os pedidos, as visitas foram suspensas até que fosse verificado se estaria ocorrendo alienação parental por parte da mãe ou abuso sexual por parte do pai. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de instrumento n. AI: 554610-7. Relator: Clayton Camargo. Relator designado RAFAEL AUGUSTO CASSETARI. Paraná, 17 de junho de 2009. 2 Vara da Infância e da Juventude e Adoção. P. 11-12).

Durante a instrução processual, a mãe mudou-se para Minas Gerais – MG com os filhos menores, enquanto o pai continuou a residir em Curitiba- PR, a genitora não atendeu as determinações judiciais para que retornasse com os filhos, uma vez

que não tinha autorização para mudar de residência com eles, era necessário a realização do trabalho multidisciplinar com os menores, para a comprovação das alegações de abuso, no local em que o processo estava tramitando.

Por fim, ao verificar que o comportamento da mãe era contraditório, o acórdão determinou a modificação da guarda compartilhada, tendo em vista a impossibilidade de ser exercida pelos genitores, dado o grau de animosidade existente na relação, revertendo, inicialmente, a guarda unilateral em favor do pai com a determinação do retorno imediato dos menores para Curitiba-PR. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de instrumento n. AI: 554610-7. Relator: Clayton Camargo. Relator designado RAFAEL AUGUSTO CASSETARI. Paraná, 17 de junho de 2009. 2 Vara da Infância e da Juventude e Adoção. p. 14)

Como exposto, em decorrência do crescimento dos relatos de AP nos processos brasileiros, foi promulgada a Lei de Alienação Parental em 2010, que traz além da definição de alienação parental, quais medidas devem ser tomadas havendo a sua ocorrência no caso prático.

2. OS INSTRUMENTOS NORMATIVOS DECORRENTES DA ALIENAÇÃO PARENTAL

2.1 - Peculiaridades na lei de alienação parental

Para coibir a prática da Alienação Parental no ordenamento jurídico brasileiro, foi promulgada em 26 de agosto de 2010 a Lei 12.318, dispondo desde o conceito até as medidas que devem ser tomadas pelo poder judiciário no caso da sua constatação. A criação da referida lei, observou disposições legais e princípios norteadores voltados para a defesa da criança e adolescente, já usuais pelo Direito.

Historicamente, um dos primeiros instrumentos jurídicos que estabelecia o direito a proteção da criança, foi a Declaração de Genebra de 1924. Em seu princípio 2, elenca a proteção especial da criança para o seu desenvolvimento saudável. Em 1969 a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, determinou em seu art.19, a proteção da criança pelo Estado, pela família e sociedade. Sendo recepcionado em nosso ordenamento jurídico em 1992 pelo decreto lei n. 678. (BRASIL. Dec. N. 678, 06 nov. De 1992)

Por sua vez, no ordenamento jurídico pátrio, está disposto na Constituição Federal em vigor, em seu artigo 227, o princípio da Prioridade Absoluta, em que o Estado, a sociedade e família, deverá, com absoluta prioridade, assegurar os direitos fundamentais dos menores. (MADALENO, 2018 p.72).

Esse princípio é, também, denominado Princípio do Melhor Interesse da Criança, e corresponde ao entendimento de que, em casos de litígios, processos que versem sobre guarda ou denúncias de abusos sofridos, o poder judiciário sempre deverá observar o que melhor atende as necessidades dos menores envolvidos, em cada caso prático.

Outro direito fundamental resguardado pela lei brasileira, e que seve como viés para a Lei de Alienação Parental, é o direito à convivência familiar, previsto no capítulo III do Estatuto da Criança e do Adolescente, que diz que é direito da criança a convivência com ambos os pais. Esse princípio é reafirmado

no artigo 3 da lei, falando que a alienação parental fere esse direito fundamental. (GONÇALVES, 2017 p. 297).

Todos esses dispositivos legais foram conquistas adquiridas ao longo do tempo, desde o Tratado de Genebra, até a Constituição Federal de 1988, a proteção dos menores foi institucionalizada em nosso ordenamento jurídico. Todavia, essa proteção deve ser inerente aos responsáveis, como elucida Paulo Nader;

“A proteção aos filhos é uma tendência natural, espontânea. Como regra geral, a lei exerce função complementar, orientando os pais, seja quando lhes falte discernimento, seja quando ocorre dissídio na relação do casal. A proteção não é um dever que dimana da lei, mas diretamente da moral”

Em conformidade ao disposto, os dispositivos legais devem ser usados como norteadores da proteção dos menores e não como imposição de comportamento a ser seguido. A intervenção do poder judiciário, se faz necessária somente nos casos em que se torna imprescindível, dado o grau de complexidade da lide.

Esse entendimento visa diminuir a judicialização nas relações familiares, em que conflitos que poderiam ser dirimidos no âmbito familiar, são levados para serem solucionados pelo Poder Judiciário, “Como se houvesse uma manipulação do sistema, que na realidade tem como finalidade garantir e efetivar a proteção da pessoa, o direito é então utilizado para perpetuar o litígio, se desvirtuando de sua função original” (OLIVEN, 2010 p.57-58) o que resulta em processos dolorosos para os envolvidos.

Nessa seara de conflitos familiares judicializados, surge a Lei de Alienação Parental, que apesar de ser um instrumento jurídico voltado para a proteção da criança e do adolescente, demonstra óbices quanto a sua efetividade.

A definição de AP está preceituada em seu art. 2º, sendo considerada a interferência na formação psicológica da criança e adolescente, ocasionada por aquele que tenha os menores sob a sua autoridade, guarda ou vigilância com o intuito de prejudicar os vínculos com seu genitor. (BRASIL. Lei 12.318 de 26 de ago. De 2010).

Pela redação do dispositivo, podemos observar que a definição de alienador é bem mais ampla, indo desde os genitores até quem não possua vínculo sanguíneo, desde que tenha a criança sobre a sua guarda ou vigilância, não sendo necessário a ruptura do vínculo conjugal para a sua instalação.

Apesar da figura do alienado citado pelo legislador, ser apenas o genitor, “pode ser evidenciado em muitos casos que quem sofre com a alienação parental é outro parente próximo desse menor” (FIGUEIREDO, 2014 p.51) como os avós que possuem direito de convivência com os netos, ampliando mais ainda sua abrangência.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 2º elenca em seus incisos, as condutas que podem ser enquadradas como ato de alienação;

- I- Realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II- Dificultar o exercício da autoridade parental;
- III- Dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV- Dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V- Omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI- Apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL. Lei 12.318, 26 ago. 2010)

Esse rol não é taxativo, sendo possível a verificação da alienação pela prática de outros atos a serem analisados pelo magistrado.

Ocorre que, em conflitos familiares, principalmente em separações conjugais, poderá ocorrer a prática de atos definidos pelo artigo, principalmente dos incisos I, II, III ou IV, o que nos faz questionar em como distinguir a Alienação Parental de situações ocasionadas apenas pelo momento conflituoso pós-divórcio, e que irá se resolver com o tempo.

A lei dispõe que a verificação da ocorrência da AP poderá ser feita pelo magistrado de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública, ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, em qualquer fase do processual. Assim, as denúncias da prática da alienação, poderão ser feitas de forma incidental em processos que já tramitam, que versem sobre divórcios,

guarda, alimentos ou regulamentação de visitas. O que facilitaria a utilização do instrumento jurídico como mecanismos para punir o ex-companheiro.

Havendo indícios da prática da alienação, o juiz poderá tomar medidas de ofício para coibir o ato, e ordenará por meio de um trabalho multidisciplinar a realização de perícia psicológica ou biopsicossocial, para ser alcançado um laudo técnico. (BRASIL. Lei 12.318 de 26 de ago. De 2010.)

Esse trabalho multidisciplinar está previsto no art. 5º da lei, a necessidade dessa realização se dá porque os atos de alienação são de difícil constatação e as dificuldades aumentam quando envolve alegações de abusos sexuais ou físicos e o magistrado precisa de auxílio técnico para compreender e aplicar a medida cabível. Não se confunde com delegar competência, o perito não irá jugar a lide, e por sua vez, o juiz não está obrigado a fazer seu convencimento sobre o caso com base apenas na perícia técnica. (MADALENO, 2017 p. 166)

Após a fase probatória, o juiz verificando a ocorrência da AP, ele poderá aplicar as medidas definidas no art. 6º da lei de acordo com o grau da alienação. Sendo de grau leve, haverá a aplicação do inciso I, advertência ao alienador e orientação quanto às consequências da sua conduta e do inciso II, ampliando a convivência, entendido como período de visitas, da criança com o genitor alienado.

Sendo de grau médio, poderá ser determinado acompanhamento psicológico e o arbitramento de multa, que pode ser alternativa ou cumulativa, com as demais medidas previstas no artigo 6º, devendo ser observado a capacidade econômica do alienador, para que não seja ineficaz, mas que também não resulte em seu empobrecimento. Um exemplo de aplicação cumulativa são as *astreintes*, (multas diárias), podendo ser impostas pelo não comparecimento, injustificado, do genitor ou do menor às sessões ou terapias psicológicas determinadas pelo juiz (FREITAS, 2015 p.72)

Nos casos mais graves, onde se verifique um alto grau de AP, poderá haver alteração de guarda, até mesmo a perda do poder familiar sobre os menores. Essa medida é a mais severa, e deverá ser tomada somente quando nenhuma outra for eficaz, sendo certo que interfere de modo direto na

vida dos filhos, que terá mudança em seu âmbito familiar e de convivência social, com a alteração da residência e até mesmo de escola.

Insta ressaltar que o parágrafo único do art. 4º da lei, determina que a suspensão de visitas ou modificação de guarda liminarmente não poderá ser feita, devendo ser realizada primeiro a perícia para verificar a veracidade das alegações. A convivência do menor com ambos os genitores deve ser priorizada, sendo realizada de forma assistida em casos de denúncias. A exceção ao disposto só ocorrerá se houver provas substanciais das afirmações contra o alienador. (FREITAS, 2015 p.60)

Por consequência, as sanções previstas na Lei de Alienação Parental não impedem ação autônoma de indenização por dano moral, ocasionado pelo abalo psíquico, ou material, visando ressarcir prejuízos econômicos sofridos. Figurando no polo ativo, os filhos e o genitor, vítimas da prática de AP. Poderá, também, haver a responsabilização na esfera penal, quando há em conjunto com a alienação, o cometimento de crimes, como calúnia injúria e difamação, ou apreensão dos filhos, dentre outros.

2.2 - Considerações no tramite do projeto de lei nº 4053/08

A Lei de Alienação Parental teve início com o projeto de lei 4053/2010, em 07 de outubro de 2008, de autoria do Deputado Regis de Oliveira. Sua redação original sofreu algumas alterações até a sua promulgação.

Na justificativa anexada ao projeto de lei, com embasamento doutrinário, foi argumentado que a alienação parental deve ser reprimida pelo Estado, por caracterizar abuso no exercício do poder familiar, ferindo direitos de personalidade da criança, o que envolve questões de interesse público. Ao trazer a definição legal de Alienação Parental, bem como um rol exemplificativo da sua ocorrência, a lei objetiva um aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro. (BRASIL. PEC n. 4053, 07 de out. De 2008).

A redação original trazia em seu art. 9º, a possibilidade das partes, seja por orientação do magistrado, Ministério Público ou por vontade própria, fazerem uso da mediação para a solução do litígio, antes ou durante o processo judicial. No entanto, o direito da criança e do adolescente à convivência familiar é um direito indisponível,

preceituado no artigo 227 da Constituição Federal. Dessa forma, é inviável a sua apreciação por mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos.

Além do direito fundamental, o disposto contraria o Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê o princípio da intervenção mínima, no qual a proteção da criança e do adolescente deverá ser feita de forma exclusiva pelas autoridades competentes. O ECA dispõe em seu art. 21, que o poder familiar será exercido por ambos os pais em conjunto, e que em caso de divergências entre os genitores, o poder judiciário que deverá solucionar a lide. (MADALENO, 2018 p. 137).

O veto ao dispositivo legal foi criticado por alguns autores, que defendiam a inclusão da mediação nesses processos, sobre a temática Renata Barbosa de Almeida se posicionou:

“Por meio da mediação as partes tornam-se os principais responsáveis por seus próprios destinos, no âmbito do conflito, passando de meramente sujeitos à posição de intérpretes, elaboradores e aplicadores do direito por eles construído. Isso é mais do que inclusão social, é uma inclusão à cidadania, compreendendo-se cidadania como a participação na vida política do Estado, na qualidade de sujeito de direitos e deveres legitimados” (ALMEIDA, 2012 p. 476)

Dessa forma, o entendimento da autora é de que a mediação traria maior autonomia para as partes solucionarem em conjunto os conflitos oriundos da Alienação Parental. Todavia, a animosidade entre os pais no contexto da AP, se mostra distante da ideia de cooperação, e se formos analisar os reflexos sobre os menores, que se encontram nesse contexto, os prejuízos de uma decisão mal tomada poderão ser imensuráveis.

Outro dispositivo que foi vetado no projeto original da lei, foi o art. 10, que previa a inclusão no artigo 236 do ECA em seu parágrafo único, a possibilidade de incorrer na mesma pena do artigo (detenção de 02 meses a 06 anos), quem apresentasse relato falso ao agente indicado ou à autoridade policial, cujo teor possa ensejar restrição à convivência de criança ou adolescente com genitor.

O motivo do veto, é que já possuímos mecanismos para punição contra AP, a responsabilização na esfera penal se mostra prejudicial para os menores envolvidos, do qual são objetos de proteção pelo projeto de lei. A condenação penal poderia acarretar remorso e sentimento de culpa nos filhos, por terem contribuído, de alguma

forma, para que o genitor fosse condenado criminalmente por praticar a alienação. (MADALENO, 2018 p.139).

Os incisos vetados estão de acordo com o nosso ordenamento jurídico. A mediação, em casos de conflitos familiares que versem sobre direito da criança ou adolescente, não deve ser aplicada, uma vez que se trata de direitos indisponíveis e inalienáveis não sendo passíveis de transação.

Por sua vez, o cumprimento de pena na esfera criminal resultaria em danos para os menores, que são o principal alvo de proteção pelo instrumento normativo, dado o remorso que poderia resultar, bem como a dificuldade em reestabelecer o convívio familiar com o genitor, se este fosse preso, além de uma sobrecarga no sistema penal brasileiro, que já se encontra com excesso de demandas.

2.3 - Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e cidadania no projeto de lei 4053/2008

O parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, quanto ao projeto de lei da Alienação Parental, foi feito no dia 01 de dezembro de 2009, sendo analisado os aspectos constitucionais do projeto, a sua admissibilidade e mérito, e teve como relatora, a deputada Maria do Rosário, sendo muito favorável para o projeto de lei.

Em sua exposição que foi analisada no parecer, o projeto de lei teria como objetivo a definição legal de Alienação Parental, com um rol exemplificativo da sua caracterização, trazendo ao magistrado uma maior autonomia para atuação e medidas a serem tomadas para inibir ou atenuar a sua prática. (Brasil. CCJC 2009, p. 222)

No voto proferido pela relatora, foi declarado que após análise não foi constatado vícios materiais, nem formais. E no mérito foi elucidado que com o projeto de lei haveria um aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro, sendo possível a atuação estatal para coibir os atos de alienação. Dado que a AP representa abuso no exercício do poder familiar, ferindo os direitos de personalidade dos menores, cabendo ao estado exigir uma maternidade e paternidade responsável.

Foi verificado, também, que a referida lei complementar as demais normas de proteção da criança já existente no corpo legislativo do país, havendo assim, uma

especificidade sobre o tema, estando em consonância ao Estatuto da Criança e Adolescente e com a Lei da guarda compartilhada. (Brasil. CCJC 2009, p. 223)

Foi defendido no parecer, a possibilidade de permitir ao juiz fixar, cautelarmente, o domicílio da criança ou adolescente, para coibir o distanciamento geográfico, nacional ou internacional, entre os menores e o genitor alienado, tendo em vista que depois que a mudança domiciliar injustificada seja efetuada, muitas vezes, se torna impossível a sua reversão.

Muito embora, a relatora, tenha amparado a realização da mediação para a solução do litígio, a criminalização da AP foi, desde logo, alvo de objeção pela comissão, tendo como fundamento que não estaria sendo criado um novo tipo penal, mas sim um aperfeiçoamento dos já existentes no ordenamento jurídico, analisando também a situação prática dos menores envolvidos, observando os seus interesses que devem prevalecer. Esse foi o único ponto que houve dissonância entre a comissão e o projeto de lei. (Brasil. CCJC 2009, p. 224)

No que lhe concerne, apesar da criminalização que constava na redação original da lei tenha sido vetada do texto promulgado, não foi o suficiente para finalizar o debate sob a temática. Havendo em momentos posteriores defensores da condenação do alienador na esfera penal. A exemplo, temos o projeto de lei 4488/2016 de autoria do deputado Arnaldo Faria, que objetivava incluir na Lei de Alienação Parental, em seu artigo 3º a seguinte redação;

§ 1º. - Constitui crime contra a criança e adolescente, quem, por ação ou omissão, cometa atos com o intuito de proibir, dificultar ou modificar a convivência com ascendente, descendente ou colaterais, bem como àqueles que a vítima mantenha vínculos de parentalidade de qualquer natureza.

Pena – detenção de 03 (três) meses a 03 (três) anos

§ 2.º O crime é agravado em 1/3 da pena:

I – Se praticado por motivo torpe, por manejo irregular da Lei 11.340/2006, por falsa denúncia de qualquer ordem, inclusive de abuso sexual aos filhos;

II – Se a vítima é submetida a violência psicológica ou física pelas pessoas elencadas no § 1.º desse artigo, que mantenham vínculos parentais ou afetivos com a vítima;

III – se a vítima for portadora de deficiência física ou mental; § 3.º Incorre nas mesmas penas quem de qualquer modo participe direta ou indiretamente dos atos praticados pelo infrator. (Brasil. PL 4488 23 de fevereiro de 2016)

Sobre o referido projeto, a Comissão de Seguridade Social e Família, se posicionou impugnando a inclusão, sob várias fundamentações, dentre elas que a Lei 12.318/10 já possui mecanismos de sanção, que essa concepção de impunidade não

é verídica, somada a nítida ineficiência do dispositivo, e os prejuízos que ocasionaria aos menores envolvidos.

Em seu voto, a Relatora Shéridan elucidou que, só em 2014, “o Brasil registrou 341.100 divórcios, se em 80% dos casos, como afirmado na justificativa da proposta, ocorre algum grau de alienação, isto significa afirmar que, estaremos sujeitando a um processo criminal cerca de 272.880 pessoas por ano” o que se mostra inviável. (Brasil. CSSF, 2016 p.2)

A alienação é majoritariamente praticada pela mãe, quem possui maior vínculo afetivo com os menores, carecendo assim de um acompanhamento psicológico, a sua condenação criminal se mostra ineficiente. Por consequência, o projeto de lei acabou sendo indeferido dado a inviabilidade legal e prática, da inclusão do seu texto, na Lei de Alienação Parental. Sendo mantida as sanções já existentes na Lei 12.318/10.

2.4 Análise do Projeto de Lei n. 10639/2018 que visa revogar a Lei de Alienação Parental

Encontra-se em tramitação, o projeto de 10639/2018, apresentado em 01 de agosto de 2018, da autoria do deputado Flávio Augusto da Silva, que tem por objetivo a revogação total da Lei de Alienação Parental.

Na justificativa anexada ao projeto, de forma sucinta, é defendido a revogação da lei, considerando a possibilidade de a mesma estar sendo usada para acobertar atos de abusos sexuais, praticados pelo genitor que alegaria estar sendo vítima de Alienação Parental. O abusador teria na lei, um amparo para a manutenção do convívio familiar, mesmo havendo denúncias de abusos sexuais contra ele. (Brasil. PL 10639/2018 p.1)

Tendo em vista que a lei de alienação foi promulgada com o intuito de proteger os direitos da criança e do adolescente, havendo o risco de que esta esteja trazendo maiores prejuízos aos menores envolvidos, deverá ser reavaliada. Assim, o objetivo principal do PL 10639/2018 é abrir debate sobre esse tema.

A discussão já é feita por diversas organizações, como pelo CAODH (Centro de Apoio Operacional dos Direitos Humanos), que possui um projeto denominado Direitos Humanos em Pauta e, recentemente, promoveu um evento denominado

Alienação Parental: Os dois lados da mesma moeda, com a participação da promotora de Justiça do Ministério Público de São Paulo (MPSP), Valéria Scarance Fernandes, que defende a verificação da aplicação correta da lei de alienação em casos que contém denúncias de abusos. (Miranda, MPBA, 2018 p.1)

Em conformidade, o enunciado 35 da Comissão Nacional de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, determina que “A absolvição do réu, por falta de provas em processo por violência doméstica ou estupro de vulnerável, não configura, por si só, alienação parental”, (COPEVID, 2017 enunciado 02), elucidando os promotores de justiça sob a efetiva aplicação dos dispositivos legais.

Por sua vez, o Conselho Nacional dos direitos da Criança e do Adolescente, emitiu em 30 de agosto de 2018, uma nota pública, sugerindo a revogação do inciso VI do artigo 2º, que define como ato de alienação as falsas denúncias contra o genitor ou seus familiares, sob a fundamentação de que o referido dispositivo estaria desestimulando os responsáveis de comunicar às autoridades as suspeitas de ocorrências de abusos contra os menores, sob o receio de serem caracterizados como alienadores.

Foi sugerindo também, na mesma nota, a revogação dos incisos V, VI e VII do artigo 6º. As medidas de alteração de guarda e suspensão do poder familiar, contidas nos incisos, se mostra uma intervenção desproporcional nas famílias e pode resultar no agravo de violações, “possibilitando a convivência da criança ou adolescente com seu abusador, em detrimento do convívio com o suposto alienador” (CONANDA, 2018 p.3)

Clara Sottomayor, juíza do Tribunal Constitucional Português, é contrária, a alegação de que denúncias de abuso sexual, feitas no contexto de conflitos familiares, são majoritariamente frutos de Alienação Parental, havendo uma descredibilidade das imputações. Ela afirma que, “o direito de denúncia ou de queixa, faz parte do dever de proteção das crianças, que integra o conteúdo das responsabilidades parentais”. Aquele que denuncia a suspeita de crime às autoridades, ainda que este não se comprove, não deve ser punido como litigante de má-fé. (Centro de Estudos Judiciário - CEJ, 2018 p.24)

Em uma rápida pesquisa jurisprudencial, por processos que tenham os termos “abuso sexual e alienação parental” em site que contém julgados dos tribunais

brasileiros, aparecem 769 resultados. Observando que os processos de conhecimento com esses termos, não aparecem no somatório, o número tende a ser bem maior. Demonstrando que há em um nível considerável, a correlação entre os termos (Jusbrasil, 2018 p.1)

Sendo assim, muito embora, a Lei de Alienação Parental tenha representado um avanço frente a proteção dos direitos da Criança e do Adolescente, é nítido o crescimento dos questionamentos, por órgãos e ONGS, quanto a sua correta aplicação no nosso ordenamento jurídico em casos de denúncias de abusos sexuais, surgindo cada vez mais a necessidade de debates sobre essa temática.

3. APLICAÇÃO DA LEI 12.318/10 AO CASO PRÁTICO

3.1 - Dilação probatória e configuração da alienação parental

A configuração da Alienação Parental será constatada por laudo técnico de uma equipe multidisciplinar. No entanto, é necessário analisar como esse laudo é concluído e o quanto ele é preciso, dado o grande número de demandas judiciais sobre o tema e a complexidade de cada caso.

A Lei 12.318/10, em seu artigo 5º, determina que para a comprovação da ocorrência da alienação parental, deverá ser realizado um trabalho multidisciplinar, sendo comprovado a prática, o juiz aplicará as medidas cabíveis. A designação do parecer técnico não é obrigatória, o juiz poderá tomar medidas de ofício, requerendo o laudo específico em casos de necessidade. (BRASIL. Lei 12.318, 2010)

A trabalho multidisciplinar é a atuação entre várias áreas profissionais, que irá realizar perícias sociais, psicológicas e médicas necessárias para formar a convicção da decisão judicial. Esse trabalho consiste, desde entrevista pessoal com as partes, análise de documentos juntados ao processo, do histórico de relacionamento do casal, da forma que a separação ocorreu, da cronologia de incidentes antes de durante o processo, exames médicos se forem necessários e avaliação da personalidade dos envolvidos e do comportamento do menor. (FIGUEIREDO, 2014 p. 72).

A Lei da Alienação Parental exige profissionais especializados na área que irão periciar, entretanto, existe diferença entre os laudos produzidos. Inicialmente, o laudo pericial exige técnica quanto a sua elaboração na busca de respostas aos quesitos do processo de perícia. Já o estudo social, realizado por assistentes sociais, ou psicológico, realizado por psicólogos, baseiam-se em estudos elaborados pelas áreas, e com base nos resultados, poderão emitir pareceres.

Freitas define a perícia multidisciplinar como um conjunto probatório da ação:

“A produção da perícia como prova processual possui um caráter objetivo e outro subjetivo. O primeiro se dá pelo fato de que o instrumental apresentará nos autos da ação um instrumento hábil e verificável, que tem por finalidade demonstrar a existência de um fato. O segundo é a influência psíquica que a perícia produz, pois, retratar – documentar – uma realidade fática traz às partes envolvidas na ação a possibilidade de apreciação da prova produzida, para que seja corroborada ou contestada”. (FREITAS, 2015 p. 120)

Assim, as abordagens realizadas são extremamente importantes na decisão judicial, tendo em vista que o magistrado formará seu convencimento com auxílio dos laudos apresentados, no entanto, os laudos nem sempre serão conclusivos, haja vista que não se trata de matérias exatas, “havendo pressão significativa para que os profissionais cheguem a um diagnóstico conclusivo” (MOTEZUMA, 2017 p.1216). Porém, não existem ferramentas suficientes para elaboração do diagnóstico, há também percepções diferentes sobre o mesmo tema, entre a psicologia e a psiquiatria, e mesmo assim, os laudos produzidos por peritos possui status de ciência e peso de verdade.

Por sua vez, dado o conteúdo das denúncias, é necessário chamar a atenção para laudos periciais emitidos de forma precipitada, como em casos de acusações de abuso psicológico e sexual. Os profissionais precisam ter capacitação e treinamento específico para o exercício de sua função, para que não haja erros. Porém, existe uma deficiência na qualificação dos peritos, que muitas vezes baseiam seu convencimento, de forma unilateral, pelas narrativas apresentadas pela criança e pelo alienador, definindo um perfil do genitor alienado sem conhecê-lo. (MADALENO, 2018 p. 118).

Sob o mesmo prisma, existe a possibilidade de que as alegações de abusos sofridos sejam amenizadas no contexto de AP, havendo um descrédito no depoimento do genitor e do menor se, concomitantemente, outra parte alegar que as denúncias, são decorrentes da alienação parental, passando a parte acusada a ser vítima. Assim, o ideal é que todas as partes sejam ouvidas por um profissional, que irá analisar em conjunto os depoimentos e formar sua convicção de forma sólida, a escuta de forma unilateral se mostra ineficiente.

A perícia feita pelos profissionais deverá observar várias perspectivas, dentre elas a possibilidade de os menores elaborarem mentiras sem a interferência direta dos genitores. Para Adrados, há vários motivos que levam uma criança a elaborar mentiras, podendo ser consequência de imitação das atitudes de genitores, ou pessoas próximas da convivência, do resultado de mecanismos de defesas, por vaidade proveniente da necessidade de se valorizar, por carência afetiva, e por fim por implementação de falsas memórias. (ADRADOS, 1983 p.75-76)

Outrossim, dado as inúmeras possibilidades de a criança fazer declarações fantasiosas, é necessário que o profissional que for realizar a perícia técnica, possua

preparo e experiência para verificar a veracidade dos fatos, evitando que seja realizado o laudo conforme está disposto na lei, mas ainda assim apresentem vícios quanto ao seu conteúdo.

Outro ponto que merece ser analisado é o prazo processual. O artigo 5º, em seu § 3º, determina que o laudo deverá ser concluído no prazo de 90 dias, sendo possível a prorrogação do prazo a ser deferido pelo juiz, se houver uma justificativa circunstanciada. Esse prazo, em muitos casos, pode se mostrar insuficiente, dado a animosidade das partes, a idade dos menores, e as alegações feitas, sendo necessário um prazo maior em casos mais complexos, ou de difícil verificação das alegações. (BRASIL. Lei 12.318, 2010)

A título de exemplo, a abordagem terapêutica encontra dificuldades com a dilação estabelecida na lei, “a gente tem as limitações, por exemplo, o tempo que a gente tem para estar com as partes, é o tempo da justiça, é o tempo do processo”, e por não se tratar de matéria exata, evidencia a dificuldade da elaboração de um laudo conclusivo, dentro de um prazo já pré-definido. (MOTEZUMA, 2017 p.1217)

Por seu turno, o laudo técnico previsto na lei, deve ser realizado por profissional técnico habilitado e com aptidão profissional para comprovar os atos de alienação, essa aptidão é contestada, uma vez que não há um padrão de critérios para a verificação da AP. (BRASIL. Lei 12.318, 2010)

Para verificar a aptidão profissional, frente o trabalho multidisciplinar feito em processos com alegações de alienação parental, foi realizado um estudo por um grupo de psicólogos da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, entre Varas de Família e Sucessões, o Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre e Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do RS. Sendo disponibilizado para o estudo, 14 processos judiciais, com suspeita de alienação parental, sentenciados ou em andamento entre 2009 a 2015. (FERMMAN, 2017 p. 39-40)

Com base nas análises realizadas, foi possível verificar a ausência de mecanismos eficientes para a constatação da Alienação Parental. Apesar de existir uma lei que defina a AP, ainda não existe consenso quanto aos critérios usados para sua identificação, pelos profissionais da área. Foi verificado harmonia entre juízes e psicólogos apenas em metade dos casos. Existindo uma falta de definição operacional para verificação da AP, para uma melhor atuação dos profissionais. O

estudo concluiu que há necessidade de uma maior especialização dos psicólogos que atuam no contexto forense. (FERMMAN, 2017 p. 45)

Maria Berenice Dias, jurista, faz sugestões para a identificação de forma precisa da ocorrência da alienação em casos mais graves, em que há relatos de abuso sexual ou físico, afirmando que, em casos de denúncias, é necessário impedir que as vítimas sejam ouvidas por conselheiros tutelares ou policiais. A polícia, pode instaurar o inquérito policial, mas não deve colher o depoimento dos menores na delegacia e o conselheiro, diante da denúncia, deve comunicar a assistente social. Berenice defende, também, a adoção em todas as comarcas, do programa Depoimento sem Dano. (BERENICE, 2012 p. 5)

Criado pela 9 vara criminal de Porto Alegre no Rio Grande do Sul, o Depoimento sem Dano, é uma forma alternativa de ouvir menores vítimas, ou testemunhas de abuso sexual, o depoimento é colhido em ambiente equipado, perante um psicólogo ou assistente social. Sendo acompanhado por vídeo na sala de audiência e as perguntas são feitas ao interlocutor, por escuta colocada em seu ouvido, sendo anexado ao processo a gravação do interrogatório, demonstrando uma forma mais segura de verificação de abusos e por consequência de alienação.

Essa modalidade de oitiva, foi reafirmada na Lei 13.431/2017, que dispõe sobre as garantias e direitos da criança e adolescente, vítimas ou testemunhas de violência. Em seu artigo 4, § 1º determina que os menores em situação de violência devem ser ouvidos por meio de escuta especializada, que consiste em entrevista restrita para sua finalidade, e depoimento especial (Depoimento sem Dano) que é a oitiva dos menores perante autoridade policial ou judiciária, mediante equipe multidisciplinar. O Capítulo III da lei, em seus artigos, determina que o depoimento dos menores será feito em ambiente seguro, com infraestrutura e deverá ser colhido apenas uma vez, salvo em caso de imprescindibilidade. (BRASIL. Lei 13.431/2017)

Outro ponto da lei que merece enfoque, é a definição da Alienação Parental como violência contra a criança e adolescente em seu artigo 4º Alínea “b”;

Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência:

b) o ato de alienação parental, assim entendido como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por quem os tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, que leve ao repúdio de genitor ou que cause prejuízo ao

estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este; (BRASIL lei 13.431/2017).

Em complementação, o artigo 6º parágrafo único dispõe que o menor vítima, ou testemunha de violência, pode requerer por intermédio de seu representante legal, as proteções previstas na Lei Maria da Penha e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Tal instrumento normativo faz uma reafirmação dos dispositivos legais já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, reunidos em um instrumento legal, não havendo inovação quanto ao seu conteúdo ou sua aplicabilidade.

Entretanto, juristas defendem que com a nova lei, surge a possibilidade de responsabilização na esfera criminal dos perpetradores da alienação parental. Nesse ponto, Maria Berenice Dias reitera que o instituto normativo é uma grande novidade no ordenamento jurídico pátrio, ao passo que reconhecida a alienação parental como violência psicológica, poderá o juiz aplicar as medidas protetivas da Lei Maria da Penha, caso sejam descumpridas, além da prisão preventiva, o alienador comete crime de desobediência podendo responder na esfera penal. (BERENICE, 2018 p.2).

Ocorre que, não havendo a caracterização da AP de forma consistente, como poderá o ordenamento jurídico aplicar medidas mais severas nesse contexto? A responsabilização penal dos genitores tidos como alienadores, deve ser vista com ressalva, dado a gravidade dos resultados frente aos menores envolvidos.

O Depoimento sem Dano, assim como a Lei 13.431/17, dentre outros instrumentos utilizados pelo poder judiciário, objetiva a obtenção de provas técnicas de forma efetiva e segura, para que possam ser utilizadas nos processos que tramitam no ordenamento jurídico Brasileiro de forma precisa, resguardando os direitos e protegendo os menores envolvidos.

Desta feita, a perícia técnica deverá resultar na convicção sobre a realidade dos fatos litigiosos, porém é apenas uma das provas que o magistrado irá analisar para formar seu convencimento, não estando o juiz vinculado a decidir no sentido do laudo juntado ao processo. Podendo formar seu convencimento por outros elementos. Nesse caso, optando pela não observação do laudo, deverá fundamentar de forma consistente o porquê da contrariedade, uma vez que o trabalho realizado por profissionais de outras áreas não está abarcado pelo seu conhecimento técnico.

Por fim, muito embora a Lei 12.318/10 elucida sobre um rol taxativo do que é alienação parental, bem como as medidas que podem ser tomadas pelo magistrado diante da sua ocorrência, há uma discrepância entre a previsão legal e o trabalho multidisciplinar realizado, o que pode resultar em prejuízos para as partes envolvidas, principalmente nos direitos dos menores que devem ser resguardados.

3.2 - Análise Jurisprudencial sobre a verificação da Alienação Parental feita por trabalho multidisciplinar

A análise jurisprudencial do presente trabalho, consistiu em analisar os julgados do Superior Tribunal de Justiça no último ano, entre novembro de 2017 a novembro de 2018, mais precisamente entre 13/11/2017 a 07/11/2018.

Foi buscado julgados que versassem total ou parcialmente sobre Alienação Parental e que fizessem referência a realização de perícia técnica, para comprovar a presença ou ausência da Alienação Parental. A consulta sobre os termos foi feita com base na ementa, uma vez que, os processos que contém alegação de alienação parental, são processos que detém interesse de menores e tramitam sob sigilo de justiça.

Entre o período mencionado, foram analisados 46 julgados que versavam sobre a temática, dos quais apenas 17 faziam menção da realização do trabalho multidisciplinar, (perícia técnica, laudo psicológico, parecer assistência social) para a verificação das alegações de Alienação Parental, que atestaram o resultado de forma conclusiva. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça)

Os demais mencionavam a necessidade da realização de perícia, mesmo já estando em fase recursal, ou não fazia menção alguma ao trabalho multidisciplinar, o que demonstra que, apesar do grande número de processos, há uma grande dissonância entre as determinações previstas na Lei 12.318/2010 e processos que tramitam nos tribunais brasileiros.

Em conformidade, ao analisar processos levados ao Superior Tribunal Federal temos as seguintes decisões sobre a temática;

Decisão: Trata-se de agravo cujo objeto é a decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça de Goiás, assim ementado (e DOC 14, p. 39): AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITA. **PRÁTICA DE ATOS TÍPICOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL PELA GENITORA GUARDIÃ. CONSTATAÇÃO**

MEDIANTE PERÍCIA PSICOLÓGICA. INVERSÃO DA GUARDA EM FAVOR DO GENITOR. POSSIBILIDADE. PRIMAZIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DA MAGISTRADA DA CAUSA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. 1. Nos termos do art. 2º, incisos I, II, III, IV e VI, da Lei nº 12.318/2016, pratica alienação parental a genitora guardiã que realiza campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade, dificulta o seu contato com a criança e, ainda, apresenta denúncia infundada contra ele, no intuito de obstar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar do pai com a filha. 2. **Evidenciado por meio de prova técnica** e demais elementos de convicção já produzidos nos autos que a mãe tem se valido do poder de guarda para interferir negativamente na formação psicológica da filha, fazendo com que ela passe a repudiar a figura paterna, situação que denota início de instalação da Síndrome de Alienação Parental, não merece censura a decisão singular que, com amparo no art. 6º, V, da Lei nº 12.318/2010, determina a inversão da guarda em favor do pai, de modo a atender ao melhor interesse da infante. 3. A jurisprudência uníssona desta Corte orienta-se no sentido de que a concessão ou denegação de tutelas de urgência fica ao prudente arbítrio do juiz a quo, só podendo ser reformada a decisão, pelo Tribunal, no âmbito restrito do agravo de instrumento, em casos excepcionais de manifesta ilegalidade ou teratologia, o que não é a hipótese do presente caso. (...) argumenta a Requerente que o Relator ignorou completamente os fortes indícios de agressões à menor durante as visitas com o recorrido (e DOC 14, p. 110) (...) assim sendo, constato que eventual divergência em relação ao entendimento adotado pelo juízo a quo, tal como posta na lide, **demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos (existência ou não de alienação parental)**, o que inviabiliza o processamento do apelo extremo. Incidente, portanto, o óbice da Súmula 279 do STF RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, POR MAIORIA DE VOTOS. (BRASIL. Superior Tribunal Federal. Agravo em Recurso Especial: 1098062 GO - GOÍAS 5233258-47.2016.8.09.0000, Relator: Ministro EDSON FACHIN, Brasília 06 de junho de 2018, Superior Tribunal Federal p.2)

No julgamento proferido pelo STF, apesar da demonstração da Alienação Parental praticada pela genitora comprovada por meio de perícia técnica, pelo juízo de origem, o que resultou na inversão da guarda em favor do pai alienado, a própria decisão reconhece que houve divergência na decisão do juízo *a quo*, uma vez que a requerente, considerada alienadora, relatou indícios de agressões feitas pelo pai contra o menor que não foram observadas, o que demandaria o reexame do conjunto probatório, para verificar a existência ou não de alienação parental.

Desta feita, o tribunal reconhece que há dissonância entre as provas constantes nos autos e estas são justamente as que caracterizam a alienação parental. Insta ressaltar que a comprovação da ocorrência da Alienação praticada pela mãe, resultou na inversão da guarda em favor do pai, mesmo ela alegando ocorrência de agressões contra os menores, carecendo de objetividade e segurança as decisões tomadas na esfera jurídica. A inversão da guarda aplicada ao caso é uma das penalidades mais graves previstas na lei.

Sobre o mesmo contexto temos mais o seguinte jugado:

Decisão: Trata-se de agravo cujo objeto é a decisão que não admitiu recurso extraordinário em face de acórdão da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, assim ementado (e DOC 21, p. 47): APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR C/C GUARDA. DENÚNCIA DE ABUSO SEXUAL DE MENOR. PERDA DO PÁTRIO PODER PELOS PAIS. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. ACOLHIMENTO. **AUSÊNCIA DE AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA PRECISA DA PARTE AUTORA, DOS RÉUS E DA INFANTE.** PROVA FUNDAMENTAL PARA APURAÇÃO DA VERACIDADE DA DENÚNCIA DE ABUSO SEXUAL DA MENOR. **INDÍCIOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL.** PERDA DO PÁTRIO PODER. MEDIDA EXTREMA. **NECESSIDADE DE PROVAS CONTUNDENTES. CONTROVÉRSIA ENTRE O LAUDO MÉDICO PARTICULAR E PERÍCIA DO IML.** SENTENÇA ANULADA. **CONTINUIDADE DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA.** RECURSO PROVIDO. A destituição do pátrio poder é medida extrema, pois consiste na perda definitiva do poder dos pais sobre seus filhos, devendo ser deferida ser deferida em último caso, quando esgotado todos os meios de provas possíveis para apurar a verdade real dos fatos. **No caso, as perícias psicológicas realizadas não foram conclusivas, devendo ser reiteradas, a fim de apurar a sanidade mental das partes envolvidas, diante da possibilidade de o menor estar sofrendo alienação parental.** Deve ser acolhida a preliminar de nulidade da sentença, a fim de que seja os autos devolvidos ao Juízo de origem para prosseguimento da instrução probatória. (...) . Por não ter se desvencilhado do ônus de fundamentar necessária e suficientemente a preliminar de repercussão geral suscitada, com fulcro no art. 102, § 3º, da Constituição Federal e no art. 932, III, do CPC, deixo de conhecer do recurso extraordinário com agravo. Publique-se. Brasília, 26 de outubro de 2017. Ministro Edson Fachin Relator Documento assinado digitalmente (BRASIL. Superior Tribunal Federal. Agravo em Recurso Especial: 1039521 BA 0149748-16.2008.8.05.0001, Relator: Ministro. EDSON FACHIN. Brasília 26 de outubro de 2017, Superior Tribunal Federal p. 1-2)

Por sua vez, o presente Recurso Especial foi indeferido por não cumprir com o requisito da repercussão geral, exigida no artigo 102 parágrafo 3º da CF/88. No entanto, foi citado que houve ausência de perícia psicológica conclusiva, devendo esta ser reiterada, para que fosse apurado a sanidade mental das partes envolvidas, uma vez que havia a possibilidade de o menor estar sendo vítima de alienação parental. O que demonstra, mais uma vez, a correlação entre a comprovação da alienação parental por meio de perícia técnica de forma efetiva.

Pelo demonstrado, foi possível verificar que a comprovação da alienação parental, por meio da perícia técnica, como determina o artigo 5º da Lei 12.318/10, é de difícil constatação nos casos práticos, a perícia apesar de ser essencial, não possui viés de ser majoritariamente conclusiva, pois abarca um aglomerado de disciplinas que não são exatas, que divergem entre si e que são, em poucos casos, consistentes ao ponto de embasar com segurança a motivação do magistrado no julgamento da lide.

A ausência de comprovação da ocorrência da AP de forma consistente, põem em xeque todo o contexto de proteção dos menores envolvidos, uma vez que estes são atingidos de forma direta pelas determinações provenientes da Lei.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, foi possível analisar os principais efeitos que o reconhecimento da Alienação Parental ocasionou no ordenamento jurídico brasileiro. A sua adesão por meio da Lei 12.318/10, abriu precedentes para criação de novos instrumentos normativos, incluindo os que objetivam criminalizar os alienadores, no entanto, a constatação da ocorrência ou não da alienação, de forma efetiva, ainda encontra obstáculos.

Desde a sua concepção na década de 80, até os dias atuais, a definição de AP sofreu inúmeras transformações, foi descartado a sua caracterização como síndrome, praticada de forma unilateral pela genitora em contexto de divórcio litigioso. Atualmente, a alienação pode ser praticada por qualquer pessoa que detenha o menor sobre sua guarda ou autoridade, não só em contexto de dissoluções familiares, mas em diversas situações, tornando extremamente abrangente o seu campo de atuação e possibilitando, cada vez mais, a judicialização das relações familiaristas.

Desta feita, surgindo como um instrumento de proteção dos direitos da criança e adolescente, a lei de alienação parental pode resultar no efeito contrário, se for aplicada de forma ineficiente. As determinações previstas na referida lei interferem de forma direta na vida dos menores envolvidos, que podem ter desde o rompimento do convívio saudável com um dos genitores e seus familiares, até a mudança de residência com a inversão da guarda, resultando em uma alteração direta no contexto social em que o menor esteja inserido.

Uma das problemáticas apresentadas pelo instrumento legal é a relação entre acusação de alienação parental e acusação de abuso sexual. As falsas alegações de abusos sexuais, praticadas por um dos genitores contra os menores é uma das formas de AP que merece ser coibida, porém, a comprovação da ausência dos abusos deve ser feita de forma concreta, evitando que os abusadores possam a vir se beneficiar com a Lei 12.318/10, usando a hipótese da alienação para amenizar as acusações.

Em busca por decisões judiciais em que há a correlação entre abuso sexual e alienação parental, há um número considerável de processos que tramitam com esses dois temas, o que demonstra mais ainda a necessidade de um cuidado maior frente a proteção dos menores. As denúncias de abusos não podem ser relativizadas, nem os

responsáveis punidos por recorrer ao judiciário, o direito à queixa é um dever, cabendo a justiça comprovar ou não a veracidade das acusações.

Se a Lei de Alienação Parental tem por objetivo a proteção da integridade física e psicológica dos menores envolvidos, o instituto não pode ser aplicado de forma ineficiente, dado o prejuízo que poderá resultar para a criança e adolescente frente a seus direitos a desenvolvimento saudável, convívio familiar e proteção integral previstos na nossa Carta Magna.

Assim, para uma eficiente aplicação do instrumento normativo, se mostra imprescindível a realização de um trabalho multidisciplinar por uma equipe de profissionais capacitados. Todavia, é perceptível a dificuldade de estabelecer um padrão confiável para a caracterização da alienação no caso prático.

Para a verificação da hipótese de pesquisa, foi realizada a revisão doutrinária, que demonstrou as possíveis lacunas frente ao trabalho multidisciplinar realizado, como a falta de capacitação dos profissionais que atuam nessa área, divergência entre as várias disciplinas que compõe o laudo e o prazo estabelecido na lei 12.318/10, que em alguns casos se mostra inábil pela complexidade, demonstrando assim, a ausência de mecanismos eficientes.

A constatação da ausência de laudo técnico comprovando a ocorrência da alienação parental foi frutífera, com base na análise jurisprudencial dos tribunais superiores, sendo observado ausência de parecer técnico em grande parte das demandas processuais que continham alegações da prática de alienação parental. A esse respeito, com enfoque no STF, foi possível presenciar demandas que se encontravam em fase recursal, mas que ainda carecia de objetividade quanto a comprovação da AP.

Por resultado a pesquisa realizada pelo presente trabalho se mostra conclusiva, pois evidencia que, em algum nível o trabalho multidisciplinar exigido na lei 12.318/10, pode estar sendo realizado de forma ineficaz, devendo haver uma maior efetividade nos pareceres técnicos produzidos e, por consequência, uma maior segurança na aplicação das medidas previstas na lei.

Por fim, o debate sobre os efeitos do reconhecimento do instituto da Alienação Parental deve ser ampliado, tendo em vista que, uma vez aderido no ordenamento

jurídico brasileiro, novas normas serão elaboradas, produzindo efeitos legais na vida dos envolvidos. A evolução do Direito familiarista é constante, a discussão sobre suas vertentes também deve ser.

Referências Bibliográficas

ADRADOS, Isabel. **Orientação infantil**. Petrópolis: Ed. Vozes, 1983

AMENDOLA, Marcia Ferreira. **Analisando e (des)construindo conceitos: pensando as falsas denúncias de abuso sexual**. In: estudos e pesquisas em psicologia URJ. Rio de Janeiro: 2009. Disponível em: <<http://www.revispsi.uerj.br/v9n1/artigos/pdf/v9n1a16.pdf>> Acesso em 14 out 2018

ALMEIDA, Renata Barbosa; WALDIR Edson Rodrigues Junior. **Direito civil: famílias**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BALUTA Maria Cristina; KOMAY Maristeli dos Santos **Alienação Parental: Compensar ou Prevenir?** In: XIII Encontro Nacional do CONPEDI/UFSC. Florianópolis: 2014

CABRAL, Bruno Fontenele; CANGUSSU, Débora Dadiani Dantas. **Child custody: o estudo da concessão de guarda no direito de família norte-americano**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3298, 12 jul. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22197>>. Acesso em: 22 out. 2018.

CENTRO de Estudos Judiciário **O Fenômeno "Alienação Parental" - Mito (s) e Realidade (s)** ISBN: 978-989-8908-25-4. Série: Formação Contínua Edição: Centro de Estudos Judiciários Largo do Limoeiro 1149-048 Lisboa, 2018

CLARINDO, Aniêgela Sampaio. **Acusações de abuso sexual no âmbito da alienação parental**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9220>. Acesso 18 out 2018>

CONANDA Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, **Nota Pública sobre a lei 12.318/10**. Brasília 30/08/2018. Disponível em: <<http://www.direitosedacrianca.gov.br/documentos/notas-publicas-dos-conanda/nota-publica-do-conanda-sobre-a-lei-da-alienacao-parental-lei-ndeg-12-318-de-2010-30-08-2018>>. Acessado em: 01 nov. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação Parental e Suas Consequências**. 2012.

Disponível em:

<[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_500\)alienacao_parental_e_suas_consequencias.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_500)alienacao_parental_e_suas_consequencias.pdf)> Acessado em: 12 nov. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Agora Alienação Parental dá Cadeia!** 2017. Disponível em:

<[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13105\)Agora_alienacao_parental_da_cadeia.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13105)Agora_alienacao_parental_da_cadeia.pdf)> acessado em: 10 nov. 2018.

FERMANN, I. L.; Chambart, D. I.; Foschiera, L. N.; & Bordini, T. C. P. M.; Habigzang, L. F. 2017. **Perícias psicológicas em processos judiciais envolvendo suspeita de alienação parental**. Psicologia: Ciência e Profissão, doi:10.1590/1982-3703001202016 Porto Alegre: 2016. P.35-47. disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v37n1/1982-3703-pcp-37-1-0035.pdf>> acessado em 11 de nov. de 2018.

<<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v37n1/1982-3703-pcp-37-1-0035.pdf>> acessado em 11 de nov. de 2018.

FIGUEIREDO, Ana Paula Faria **Alienação Parental**. 2012. 46 f. Monografia Universidade Candido Mendes, Pós-graduação “Lato Sensu” AVM faculdade integrada. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em:

<http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K220801.pdf> acessado em 20 out 2018

FIGUEIREDO, Fábio Vieira / Georgios Alexandridis: **Alienação parental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Ragazzoni. **Psicologia Jurídica, 8ª edição**. São Paulo: Atlas, 2017.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa. **Síndrome da alienação parental**. São Paulo: 2006, p. 162-168. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32874-40890-1-PB.pdf>> Acesso em 13 out 2018

FREITAS, Douglas Phillips **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. 4.ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLINA Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, v. 6 – Direito de família**, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GANANCIA, Danièle. **Justiça e Mediação Familiar: uma parceria a serviço da coparentalidade**. Revista do Advogado. n. 62. São Paulo, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. 6:** Direito de família, 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf; Ana Carolina Carpes **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção,** aspectos legais e processuais. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MONTEIRO, Washington Barros; SILVA, Regina Beatriz da. **Curso de direito civil: direito da família.** Volume 2, 43 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEZUMA Márcia Amaral; Pereira Rodrigo da Cunha; Melo Elza Machado. **Abordagens da alienação parental: proteção e/ou violência?** Physis Revista de Saúde Coletiva, 27 ed. Rio de Janeiro: 2017, p.1205-1224

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Vol. 5 -** Direito de Família, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEN, Leonora Roizen Albek **Alienação Parental: a família em litígio.** 2010. 162 p. Digitado Original Dissertação (Mestrado) – Universidade Veiga de Almeida, Mestrado Profissional em Psicanálise, Saúde e Sociedade, Rio de Janeiro: 2010.

PALERMO, Roberta **Ex-marido, pai presente: dicas para não cair na armadilha da alienação parental.** São Paulo: Mescla, 2012.

PERISSINI, Denise Maria da Silva: **Alienação Parental no DSM-5** 2015 disponível em: <<https://psicologado.com.br/atuacao/psicologia-juridica/alienacao-parental-no-dsm-5>> Acesso em 19 out 2018.

RAMOS, Patricia Pimentel de Chambers. **Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família,** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Denise Maria Peressinida. **Guarda Compartilhada e Síndrome da Alienação Parental (SAP): O que é isso?** São Paulo: Editora Autores Associados, 2010.

TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental**. São Paulo: RT, 2008 p. 102.

VIEIRA, Rhayne Kerllen Pereira. Alienação parental. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4136, 28 out. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29822>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

XAXÁ, Igor Nazarovicz. **A síndrome de alienação parental e o Poder judiciário**. 2008. 77 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais) - Universidade Paulista – UNIP, 2008

Brasil, Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher., **Enunciado nº 36 (007/2016)**. Aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH em 09/11/2016 e pelo Colegiado do CNPG em 15/02/2017. Disponível em: <<https://www.cnpq.org.br/index.php/gndh/6627-enunciado>> acessado em: 04 out 2018.

Brasil, Declaração Genebra de 29 de novembro de 1929. **Câmara dos Deputados**. Brasília. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>> acessado em: 03 nov. 2018

Brasil, Decreto n. 678 de 06 de novembro de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06/11/92. 171º da Independência e 104º da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> acessado em: 01 nov. 2018

Brasil, Lei n12.318 de 26 de agosto de 2010. **Diário Oficial da União**. Brasília, 26/08/2010. 189º da Independência e 122º da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm> acessado em 23 outubro 2018

Brasil, Lei 13.431 de 04 de abril de 2017, **Diário Oficial da União** Brasília, 04/04/17. 196º da Independência e 129º da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm>. Acessado em 02 novembro 2018

Brasil, MP promove evento para discutir lei da alienação parental e violência doméstica. **Ministério Público da Bahia**. Redator: Milena Miranda DRT Ba 2510 Bahia 22/05/2018. Disponível em: <<https://www.mpba.mp.br/area/caodh/noticias/42484>> acessado em 31 out. 2018

Brasil, Projeto de Lei 4053/2008 07 de outubro de 2008. **Câmara dos Deputados**, Brasília 07/10/08. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=411011>> acessado em: 23 out 2018.

Brasil, Projeto de Lei 10639/2018 de 01 de agosto de 2018. **Câmara dos Deputados**, Brasília 01/08/18. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2182126>> acessado em: 31 out. 2018

Brasil, Publicação do Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania 01 dezembro de 2009. **Diário da Câmara Dos Deputados**, 67800. Brasília 01/12/09. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD01DEZ2009.pdf#page=222>> acessado em: 29 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudências Alienação Parental** Brasília, 2018

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Especial**: 1039521 BA 0149748-16.2008.8.05.0001, Relator: Ministro. EDSON FACHIN. Brasília 26 de outubro de 2017, Superior Tribunal Federal.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Especial**: 1098062 GO - GOÍAS 5233258-47.2016.8.09.0000, Relator: Ministro EDSON FACHIN, Brasília 06 de junho de 2018, Superior Tribunal Federal.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo de instrumento** n. AI: 554610-7. Relator: Clayton Camargo. Relator designado: RAFAEL ALGUSTO CASSETARI. Paraná, 17 de junho de 2009. 2 Vara da Infância e da Juventude e Adoção.