

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 905

(Ano XI)

(11/05/2019)

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

COLUNISTA DA SEMANA



06/05/2019 Alexandre Santos Sampaio
» [O aluguel devido na ação renovatória, eis a questão](#).....04

ARTIGOS

10/05/2019 Isabela Nóbrega Diniz Valença » Competência do Procurador-Geral da República para dirimir conflito de atribuições envolvendo Ministério Público Estadual e Ministério Público Federal	16
10/05/2019 Graciella da Silva Ruviere » Políticas públicas: prevenção da violência contra a mulher	46
10/05/2019 Vanessa Gouveia Beltrão » Fraudes à regra da cota gênero e os mecanismos jurídicos para defesa da representatividade feminina na política	68
10/05/2019 Laize Maria Silveira Cardoso de Oliveira » Homeschooling e a Posição do STF	95
10/05/2019 Valeria Domingos Machado » Psicopatia e Direito Penal	99
10/05/2019 Júlio César Barros da Silva » Aborto: Direito ou Crime	121
09/05/2019 Vanessa Gouveia Beltrão » Direito ao esquecimento: proteção da vida privada e intimidade e preservação da dignidade da pessoa humana perante a sociedade da informação	134
09/05/2019 Antonio Sérgio Paulino Junior » Análise sistêmica do crime de lavagem de dinheiro e o instituto da delação premiada sob a ótica da Lei 9.613/98	159

09/05/2019 Ana Beatriz Berneculli Borges Abra	
» A ineficácia do Estatuto do Desarmamento na redução da criminalidade	192
09/05/2019 Isadora Conidi	
» Multiparentalidade	217
08/05/2019 Laize Maria Silveira Cardoso de Oliveira	
» A Constitucionalidade do Sacrifício de Animais em Cultos Religiosos	230
08/05/2019 Lanna Gabriela Bruning Simoni	
» A aplicação da teoria da disregard doctrine com o advento do novo Código de Processo Civil	235
08/05/2019 Amanda Monteiro Rocha	
» Trabalho doméstico infantil e infantojuvenil em lares de terceiros: formação e efeitos decorrentes da invalidação do vínculo	270
08/05/2019 Lidiane Dutra Dias	
» Novo Código de Processo Civil e os desafios da autocomposição em demandas previdenciárias	295
08/05/2019 Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová	
» Autonomia do paciente em face da legislação	309
07/05/2019 Vagner Luciano de Andrade	
» Abordagens interdisciplinares em ecologia, geografia e história no turismo escolar: Potencial pedagógico do Parque Estadual Vale do Sumidouro - MG, berço do Homem de Lagoa Santa e da paisagem cárstica adjacente	315
07/05/2019 Lanna Gabriela Bruning Simoni	
» Reflexões acerca da responsabilidade jurídica administrativa por atos de corrupção	344
07/05/2019 Cássia Rafaelle Amorim Travassos	
» A fauna como finalidade cultural sob a ótica da Constituição da República	376
06/05/2019 Hebert Henrique de Oliveira Melanias	
» A responsabilidade consumerista das instituições de ensino privado nos casos de bullying	398

06/05/2019 Lara Oliveira Braga

» [Multiparentalidade: reconhecimento e seus principais efeitos jurídicos](#)..... 417

06/05/2019 Lanna Gabriela Bruning Simoni

» [Pertinência subjetiva passiva da lide de improbidade administrativa](#).....442

06/05/2019 Cinthia Steffane Bento de Oliveira

» [Aspectos gerais sobre Previdência Complementar do servidor público](#).....461

06/05/2019 Silmara Marcela da Silva Araújo

» [Das diversas formas de família](#).....468

MONOGRAFIA

10/05/2019 Eriverton Felipe de Souza

» [Entre a ministocracia e o judicial review individual: um breve estudo sobre a "monocratização" da jurisdição constitucional do STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade](#).....582

O ALUGUEL DEVIDO NA AÇÃO RENOVATÓRIA, EIS A QUESTÃO

ALEXANDRE SANTOS SAMPAIO:

Advogado. Mestre em Direito pelo UniCEUB - Centro Universitário de Brasília. Especialista em Direito Público pela Associação Educacional Unyahna. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Bacharel em Administração pela Universidade do Estado da Bahia.

1 Introdução

No ramo civilista, a regra é a liberdade contratual^{1[1]}. Assim, as partes podem livremente, de maneira consensual, realizar as tratativas que melhor lhe aprouver, nos limites da função social do contrato e observados os princípios da probidade e da boa-fé^{1[2]}.

Na locação de imóveis urbanos, o contrato é regido pela lei 8.245/91, salvo nos casos de locação de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas ou de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos, conforme prevê o parágrafo único do art. 1º da lei 8.245/91, que são regidos pelo Código Civil e leis especiais.

Nesse contexto, uma locação comercial, ou não residencial, na dicção legal, observará as regras que foram estipuladas no contrato (prazo, aluguel, forma de reajuste do valor pago pelo locatário, destinação do imóvel, etc.) e o arcabouço normativo acerca do tema, notadamente a lei 8.245/91, a denominada lei de locações.

Enquanto vigente, o contrato não deixa dúvidas qual o aluguel deverá ser pago, periodicidade e índice de reajuste. Porém, quando se aproxima do final do prazo avençado, na renovação do imóvel empresarial, pode surgir conflito na definição do valor devido a título de aluguel.

Como é cediço, o mercado imobiliário é variável e pode sofrer oscilações nos valores cobrados de aluguéis. Demais disso, a inflação pode contribuir para variações, positivas ou negativas, no seu valor. Após determinado período, não é incomum que o valor pactuado originalmente esteja defasado ou acima do praticado no mercado, para imóveis com as mesmas características.

Diante de impasse na estipulação amigável do valor dos aluguéis, a lei de locações faculta ao locatário de bem imóvel não residencial – atendidas as exigências cumulativas do art. 51 da lei de locações – mover ação renovatória com a finalidade de garantir o seu direito à renovação do contrato por igual período.

Com o ingresso da ação renovatória, após o transcurso da vigência da locação e apresentada a contestação, o juízo deve arbitrar os aluguéis provisórios, com fulcro no parágrafo 4º do art. 72 da Lei 8.245/1991^{1[3]}, atendendo pedido do locador, não superior a oitenta por cento do valor que fora pedido.

A dúvida surge, justamente, quando findo a vigência do contrato de locação e o juízo não estipula a tempo os aluguéis provisórios. Qual o valor devido na ação renovatória? É essa indagação que este breve artigo pretende tratar e solucionar.

2 A ação renovatória e o impasse do aluguel

Dispõe a lei de locações que o locatário tem direito à renovação do contrato, atendidos determinados requisitos, cumulativos, conforme se observa do art. 51:

Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente:

I - o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado;

II - o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos;

III - o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos.

Se, na negociação, não houver consenso entre as partes, não existe acordo qual o valor do aluguel que irá vigorar na renovação da locação não residencial. Ainda que as partes tenham interesse na continuidade da locação do imóvel, o aluguel pode ser motivo de controvérsia.

Cumpridas as exigências acima, deve o locatário, sob pena de decadência, propor ação renovatória “no interregno de um ano, no máximo, até seis meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do prazo do contrato em vigor”^{1[4]}. Por isto, deve o inquilino empresarial atentar para o prazo mencionado ao buscar renovar e negociar com o locador a renovação da relação locatícia.

Se a solução amigável não lograr êxito, ao propor a ação renovatória, deve o locatário instruir a petição inicial com o seguinte:

I - prova do preenchimento dos requisitos dos incisos I, II e III do art. 51;

II - prova do exato cumprimento do contrato em curso;

III - prova da quitação dos impostos e taxas que incidiram sobre o imóvel e cujo pagamento lhe incumbia;

IV - indicação clara e precisa das condições oferecidas para a renovação da locação;

V – indicação do fiador quando houver no contrato a renovar e, quando não for o mesmo, com indicação do nome ou denominação completa, número de sua inscrição no Ministério da Fazenda, endereço e, tratando-se de pessoa

natural, a nacionalidade, o estado civil, a profissão e o número da carteira de identidade, comprovando, desde logo, mesmo que não haja alteração do fiador, a atual idoneidade financeira; (Redação dada pela Lei nº 12.112, de 2009)

VI - prova de que o fiador do contrato ou o que o substituir na renovação aceita os encargos da fiança, autorizado por seu cônjuge, se casado for;

VII - prova, quando for o caso, de ser cessionário ou sucessor, em virtude de título oponível ao proprietário.

Enquanto vigente o pacto, os valores negociados devem ser adimplidos até o esgotamento do prazo do contrato, até para provar o “exato cumprimento do contrato em curso”, requisito necessário para procedência da ação renovatória.

Por outro lado, se arbitrado aluguel provisório, deve ser este o valor a ser pago até decisão definitiva sobre qual será o aluguel definitivo.

Impende destacar que, em discussão na ação renovatória, não raro existem diversos valores distintos, com viés revisional, por exemplo: a) ofertado pelo locatário, b) apresentado pelo locador, c) aluguel originário atualizado pelos índices inflacionários, d) valor de mercado de outros imóveis com características semelhantes.

Afinal, qual o valor devido a título de aluguel? Esta questão percorre diversas ações renovatórias em curso no país. Esta indagação surge quando findo a vigência do contrato de locação e o juízo não estipula a tempo os aluguéis provisórios. Qual o valor devido na ação renovatória neste lapso de tempo?

Rigorosamente, encerrada a vigência do contrato de locação, com o seu cumprimento integral, e sem arbitramento dos aluguéis provisórios pelo juízo, não há valor definido do aluguel a ser pago.

Nessa toada, com o fim da vigência do contrato de locação e do conflito judicial instaurado, enquanto não arbitrados os aluguéis provisórios, com fulcro

no parágrafo 4º do art. 72 da Lei 8.245/1991, o locatário não está obrigado a realizar qualquer pagamento. Todavia, o valor devido dos aluguéis será, após apreciação judicial, no mínimo, o valor proposto pelo inquilino empresarial, se a ação for julgada totalmente procedente.

Contudo, não é razoável, tampouco aderente a boa-fé e a vedação do enriquecimento sem causa, que o locatário permaneça em imóvel de terceiro sem qualquer contraprestação após o fim de vigência do contrato primitivo.

Nesse sentido, já decidiu, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, no Resp 1.528.931 - SP (2015/0097366-2), de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, que “a locação pressupõe a entrega de um bem mediante contraprestação. Assim, enquanto o locatário estiver na posse do imóvel, é devida a retribuição pelo seu uso, ainda que findo o contrato, sob pena de enriquecimento sem causa, circunstância defesa à luz do art. 884 do CC/02, e violação da boa-fé objetiva, insculpida no art. 422 do CC/02” [\[15\]](#).

Por outro lado, cabe ponderar que o valor pedido pelo locador, ou, ainda, o valor atualizado do aluguel que vigia no contrato vencido, não é a melhor medida para se definir o valor devido.

Com efeito, o inquilino empresarial não é obrigado a aceitar o novo valor da locação proposto pelo locador sem o necessário consenso, bem como prova de compatibilidade do preço com o mercado. Bem por isso que é facultado a ele o manejo da ação renovatória para garantir, dentre outras questões, a locação com preço de mercado.

Depreende-se na ação renovatória que existe valor incontroverso, qual seja, o valor proposto pelo locatário. Este é o patamar mínimo que será arbitrado, a título de aluguel, na renovatória.

O próprio aluguel provisório, arbitrado pelo juízo, por força do art. 72, § 4º, da lei 8.245/91, não pode ultrapassar o valor “não excedente a oitenta por cento do pedido” pelo locador.

Desse modo, enquanto não haja decisão judicial a respeito do valor devido de locação, ainda que provisório, e após o fim do prazo contratual da locação, o locatário deve realizar os pagamentos pelo valor ofertado na ação renovatória, valor este incontroverso e que não está em discussão na disputa judicial.

Isso porque, acima do valor ofertado pelo locatário, não há consenso e está em contenda para ser dirimida pelo juízo, inclusive com, em muitos casos, perícia judicial, além dos laudos particulares, por vezes elaborados a pedido das partes. Sobre o tema, já houve decisão^{1[6]}:

ACÇÃO RENOVATÓRIA DE ALUGUEL - DISCUSSÃO RESTRITA À FIXAÇÃO DO VALOR DO ALUGUEL - DISCREPÂNCIA EXAGERADA ENTRE OS LAUDOS DOS ASSISTENTES-TÉCNICOS - APROVEITAMENTO DO LAUDO OFICIAL, POR MAIS ADEQUADO À REALIDADE DITADA PELO MERCADO. Havendo exagerada discrepância entre os laudos dos assistentes-técnicos, mais preocupados, com isso, a satisfazerem os interesses das respectivas partes, deve ser acolhida a sugestão indicada no laudo oficial, por parecer mais adequada à realidade ditada pelo mercado.

Feito o pagamento dentro do valor proposta na renovatória pelo locatário, estar-se-á mantendo o pagamento a título de aluguel, evitando enriquecimento sem causa, além de não ter que arcar com valores acima do que proposto.

Se o inquilino empresarial não lograr êxito na sua proposta, se por acaso estiver aquém do efetivamente praticado no mercado, anote-se que eventuais diferenças, após a apreciação judicial, serão cobradas nos próprios autos, com os encargos devidos por eventual atraso^{1[7]}. Além disso, deverá arcar com o ônus de sucumbência (despesas judiciais e honorários advocatícios).

Por oportuno, cabe anotar que a jurisprudência^{1[8]} entende que a existência de ação renovatória em curso é prejudicial à ação de despejo, cabendo a suspensão desta enquanto não dirimida a ação prejudicial. Nesse sentido:

DESPEJO POR DENÚNCIA VAZIA - SUSPENSÃO DO DESPEJO - PENDÊNCIA DE AÇÃO RENOVATÓRIA- RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE -RECONHECIMENTO - RECURSO IMPROVIDO. Havendo prejudicialidade entre ação renovatória de locação e ação de despejo por denúncia vazia e não tendo sido reunidos os feitos para julgamento conjunto, afigura-se recomendável a suspensão do despejo até o julgamento definitivo da causa prejudicial, nos termos do art. 265, inciso IV, alínea a, do CPC.

Até mesmo o deferimento de liminar para despejo é obstado^{1[9]}, enquanto não decidida a ação renovatória:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE DESPEJO - LOCAÇÃO COMERCIAL - EXISTÊNCIA DE AÇÃO RENOVATÓRIA PENDENTE DE JULGAMENTO - MEDIDA LIMINAR DE DESPEJO - INDEFERIMENTO - DECISÃO MANTIDA. - O ajuizamento de ação renovatória pelo locatário obsta, momentaneamente, o deferimento da liminar de despejo de imóvel não residencial, ainda que o locador tenha cumprido todos os requisitos previstos no art. 59 da Lei nº 8.245/91.

É relevante destacar, ainda, que, na contenda travada, o locatário não é obrigado a realizar oferta igual ou superior ao valor do contrato locatício atual, mas sim apresentar proposta que corresponda ao valor locativo real do imóvel na época da renovação. Nesse sentido^{1[10]}:

(...) autora que ajuizou demanda de renovação de locação, apresentando proposta que contém valor de aluguel inferior ao atualmente praticado pelo locador. Petição inicial a atender aos requisitos do art. 71, do CPC, dentre os quais a "indicação clara e precisa das condições oferecidas para a renovação da locação". Nada impede a parte autora de, ao ajuizar a demanda renovatória, propor valor de aluguel inferior ao atualmente praticado pela parte locadora. Assim, não há falar-se em ajuizamento simultâneo de ação

renovatória de locação e demanda de revisão de aluguel e incompatibilidade de ritos, assomando-se acertado o ato judicial atacado, ao rejeitar a preliminar de extinção do feito, suscitada pela recorrente.

É até mesmo ilógico eventual ingresso de ação de despejo enquanto a ação renovatória está em curso, justamente buscando a manutenção da locação e a definição dos aluguéis devidos. Neste caso, é observável que o inquilino não está a descumprir o contrato pactuado ou se negando a pagar aluguéis, motivo de despejo, mas garantir sua permanência no imóvel com preço aderente ao praticado em locações da espécie.

O próprio art. 62 da Lei 8.245/1991 estipula como causa para a ação de despejo o inadimplemento do aluguel provisório “nas ações de despejo fundadas na falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação, de aluguel provisório, de diferenças de aluguéis, ou somente de quaisquer dos acessórios da locação (...)”, o que denota que o despejo somente pode ocorrer se houver descumprimento ou do aluguel pactuado, durante a vigência do contrato, por evidente, ou do aluguel provisório.

Tal solução, por óbvio, é possível, de maneira precária, apenas para manter o pagamento dos alugueis enquanto não definido o valor pelo juízo, a título de alugueis provisórios, ou ocorra sentença acolhendo a renovação da locação. Todas as diferenças porventura devidas, frisa-se, devem ser adimplidas nos próprios autos da renovatória.

Não se pode olvidar também que, com ação renovatória em curso, o aluguel provisório é admitido apenas quando pleiteado pelo locador, sendo de caráter subjetivo, dependendo, portanto, da faculdade e apreciação judicial.

Nesta situação, o pedido do aluguel provisório é admitido no prazo que o locador possui para contestar a renovatória e não será superior a 80% do pedido, sendo o aluguel provisório devido a partir do primeiro mês do contrato a ser

renovado, conforme estabelece o parágrafo 4º do artigo 72 da Lei nº 8.245/1991, como mencionado.

Nessa linha, eventuais diferenças, após a apreciação judicial, serão cobradas nos próprios autos da ação renovatória, com os encargos devidos por eventual atraso, bem como, a depender do caso, com o ônus de sucumbência.

Por outro lado, cabe ponderar que, como o valor pleiteado pelo locador não é utilizado nem no aluguel provisório, visto que neste o juiz irá arbitrar em até oitenta por cento do pedido, não se pode utilizá-lo após a vigência do contrato.

Nem se argumente que se deve utilizar como parâmetro o valor atualizado do contrato vencido neste interim, pois o contrato antigo estará sendo, justamente, discutido quanto a pertinência do aluguel na ação renovatória. Basta imaginar que, se o locador pede o aluguel anterior atualizado, o valor do pagamento durante o "vácuo" contratual estará maior até mesmo que o aluguel provisório. Não parece, pois, este parâmetro o mais adequado durante a ação renovatória, salvo se ele for patamar de consenso entre as partes.

3 Conclusão

À luz de todo exposto, existe plausibilidade jurídica para defender que, ante a indefinição do aluguel na ação renovatória, em razão do contrato ter atingido o termo final e não existir decisão judicial arbitrando os aluguéis provisórios, os pagamentos, neste interim, devem se pautar pelo incontroverso, qual seja, o proposto pelo locatário.

Definido o aluguel, seja o definitivo ou o provisório, cabe o pagamento das diferenças devidas, nos próprios autos, conforme autoriza o art. 73 da lei de locações.

Por fim, cabe registrar que nada obsta que as partes venham, posteriormente, mesmo com a ação renovatória em curso, chegar em um consenso e renovar amigavelmente a relação locatícia em comento, comunicando tal fato ao juízo para encerramento da ação judicial em curso.

NOTAS:

[1\[1\]](#) Art. 421 do Código Civil: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

[1\[2\]](#) Art. 113 do Código Civil: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” e Art. 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

[1\[3\]](#) Art. 72, § 4º, da lei de locações: “Na contestação, o locador, ou sublocador, poderá pedir, ainda, a fixação de aluguel provisório, para vigorar a partir do primeiro mês do prazo do contrato a ser renovado, não excedente a oitenta por cento do pedido, desde que apresentados elementos hábeis para aferição do justo valor do aluguel”.

[1\[4\]](#) Art. 51, § 5º, da lei de locações.

[1\[5\]](#) STJ - REsp: 1528931 SP 2015/0097366-2, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 13/11/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/11/2018.

[1\[6\]](#) TJ-MG 2825789 MG 2.0000.00.282578-9/000(1), Relator: JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES, Data de Julgamento: 29/03/2000, Data de Publicação: 11/04/2000.

[1\[7\]](#) Art. 73 da Lei 8.245/91: “renovada a locação, as diferenças dos aluguéis vencidos serão executadas nos próprios autos da ação e pagas de uma só vez”.

[1\[8\]](#) TJ-SP. AI: 2700846220118260000. Relator: Renato Sartorelli. 26ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 06/02/2012.

[1\[9\]](#) TJ-MG. AI: 10024120831441001. Relator: José de Carvalho Barbosa. 13ª Câmara Cível. Data de Publicação: 14/06/2013.

[11101](#) TJ-RS. Décima Sexta Câmara Cível. Agravo 70044628030, Data do Julgamento: 29/09/2011.

COMPETÊNCIA DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA PARA DIRIMIR CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENVOLVENDO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL: O PROBLEMA DA INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA OU SUBORDINAÇÃO ENTRE OS DOIS RAMOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO FRENTE À RECENTE MUDANÇA DE POSICIONAMENTO DO STF

ISABELA NÓBREGA DINIZ VALENÇA:

Bacharela em Direito, advogada, especialista em Direito Processual Civil.

RESUMO: Esta pesquisa apresenta os diferentes pontos de vista sobre a lacuna legislativa quanto à competência para dirimir conflito de atribuições entre membros de Ministério Público Estadual e de Ministério Público Federal ou entre membros de Ministérios Públicos de diferentes entes federativos, bem como uma análise crítica sobre a mudança de posicionamento que o Supremo Tribunal Federal adotou na Ação Civil Originária 924 de Minas Gerais de Relatoria do Min. Luiz Fux, julgado em 19 de maio de 2016.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo, de início, a análise sucinta da instituição do Ministério Público, demonstrando sua natureza jurídica e princípios informativos. Não que se queira esgotar o assunto, mas se faz necessário trazer um breve embasamento para a compreensão da sua divisão em ramos diversos e independentes entre si.

Além disso, temos a intenção de demonstrar noções básicas sobre conflito de atribuições, recorrendo à matéria que disciplina o conflito de competência para trazer algum embasamento legal. Com isso, cumpre-nos demonstrar as diferentes correntes doutrinárias que divergem a respeito da competência para dirimir tal conflito quando se tratar de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual ou entre Ministérios Públicos de diferentes Unidades Federativas.

Ademais, pretende-se esmiuçar as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal: a antiga posição, que vinha sendo mantida nos últimos dez anos; bem

como a recente mudança de posicionamento, adotada pelo plenário, segundo a qual se estabeleceu que compete ao Procurador Geral da República tal atribuição.

Por fim, em análise conclusiva a este trabalho, buscaremos as possíveis justificativas que possam nos levar ao entendimento sobre tão extremada mudança na Corte Maior sobre o tema.

2 MINISTÉRIO PÚBLICO

Inicialmente, cumpre-nos fazer uma breve explanação trazendo a doutrina que estuda o Ministério Público e seus princípios regentes.

Essa parte inicial se revela necessária à compreensão do problema da competência para dirimir conflito de atribuição entre órgãos de diferentes Ministérios Públicos – que é o foco deste trabalho – tendo em vista a complexidade da divisão do Ministério Público.

Conforme veremos adiante, tal explicação possibilitará uma visão mais abrangente do embasamento teórico que ambas as correntes doutrinárias utilizam para sustentar seus pontos de vista.

2.1 Ministério Público na Constituição

O tema do Ministério Público tem como primeiro pilar a Constituição da República Federativa do Brasil que, entre os artigos 127 e 130-A, estabeleceu o estatuto jurídico básico do Ministério Público, inseriu-o como órgão que integra as "*funções essenciais à justiça*" e enumerou os direitos, garantias e deveres de seus membros.

2.1.1 Definição

O Ministério Público está definido na Constituição Federal (CF, art. 127), como "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Na lição de **Gilmar Ferreira Mendes (2014, p. 1720)**,

O Ministério Público na Constituição de 1988 recebeu uma conformação inédita e poderes alargados. Ganhou o desenho de instituição voltada à defesa dos interesses mais elevados da convivência social e política, não apenas perante o Judiciário, mas também na ordem administrativa. A instituição foi arquitetada para atuar desinteressadamente no arrimo dos valores mais encarecidos da ordem constitucional.

Isso quer dizer que o Ministério Público tem papel de destaque na Constituição Federal de 1988, que o alçou a condição de “instituição permanente”, bem como lhe atribuiu como funções institucionais a defesa dos mais relevantes valores previstos na própria Carta Magna.

O ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, em decisão tomada no Recurso Extraordinário (RE) 332545, ressalta essa função de defesa dos valores constitucionais mais relevantes, quando diz ser legítima a competência do Ministério Público Estadual (São Paulo) para propor ação civil pública para questionar na Justiça aumentos abusivos nas mensalidades escolares. Segundo afirma em sua decisão,

“cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal”.

2.1.2 Natureza jurídica

Apesar da previsão Constitucional no capítulo que trata “Das funções essenciais à justiça” há divergência quanto à natureza jurídica da instituição do Ministério Público. Por um lado, se for considerada um órgão, ter-se-ia que se admitir a existência de um órgão completamente autônomo, sem subordinação a

nenhum dos poderes. Por outro lado, também não há como pensar em considerar o Ministério Público um poder sem que a própria Constituição o preveja como tal.

Conforme dicção da obra de **Marcelo Novelino (2016, p. 736)**,

A Constituição de 1967 situava o Ministério Público no capítulo referente ao Poder Judiciário. Com a Emenda Constitucional nº 1/1969, apesar da independência para desempenho de suas funções, o Ministério Público passou a ser localizado entre os órgãos do Poder Executivo. A atual Constituição o coloca em um capítulo autônomo (“Das funções essenciais à justiça”), ao lado da Advocacia (Pública e Privada) e da Defensoria Pública.

Conforme foi dito, o Ministério Público é instituição que foi dotada de “poderes alargados” por lhe competir a defesa dos interesses mais relevantes da convivência social e política. Apesar disso, não está elencado no texto constitucional como um quarto poder.

Ainda, respeitável doutrina (**José Afonso da Silva**) defende que, devido às atribuições administrativas das quais o Ministério Público é dotado, seria um órgão vinculado ao poder executivo e, por isso, não poderia ser considerado um quarto poder do Estado.

Todavia, esta não é a posição mais aceita. **Marcelo Novelino (2016, p. 736)** afirma que,

A natureza do Ministério Público não deve ser analisada somente a partir da natureza de suas atribuições, devendo-se levar em conta sua finalidade institucional e os dispositivos constitucionais que o regem. Por essa razão, o Ministério Público não deve ser considerado um poder autônomo, tampouco uma instituição vinculada a outro poder. Trata-se de uma *instituição constitucional autônoma* que desempenha uma função essencial à Justiça.

Desse modo, de acordo com o que ressaltou o eminente autor, no atual arranjo constitucional, seria inconcebível pensar no Ministério Público como um

órgão vinculado ao Poder Executivo, tendo em vista que a própria Constituição dotou esta instituição do dever de proteção de seus valores mais elevados. Por conseguinte, torná-la um órgão subordinado a um poder contraria a independência necessária na persecução dessa função institucional.

2.1.3 Princípios institucionais

A Constituição da República Federativa do Brasil, no seu artigo 127, § 1º, diz:

São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

2.1.3.1 Princípios e regras como espécies do gênero norma jurídica

A ideia de que princípios são distintos das normas encontra-se superada. Hoje, é pacífico que os princípios – assim como as regras – são espécies do gênero norma jurídica.

Em sua obra, **Marcelo Novelino (2016, p. 111)** esclarece que

O caráter normativo dos princípios, hoje algo trivial, não era plenamente reconhecido até meados do século XX, quando eram considerados meras proclamações políticas, sem caráter vinculante para os poderes públicos. (...) Os aportes teóricos determinantes para o reconhecimento definitivo da normatividade dos princípios foram formulados por Ronald Dworkin (1977) e Robert Alexy (2008b).

Nesse sentido, conforme esclarece **Novelino (2016)**, sobre a concepção de Dworkin: por um lado, se considerarmos os princípios como normas, ao aplicá-los, os juízes estariam impondo o cumprimento de direitos e deveres preexistentes; por outro lado, ao negar obrigatoriedade aos princípios, ao aplicá-los, o juiz estaria criando uma norma discricionária *ex post facto*, o que seria inadmissível.

Já na concepção de Alexy, os princípios e as regras têm características em comum: "I) ambos dizem o que deve ser; II) ambos podem ser formulados com a ajuda de expressões deônticas básicas (ordem, permissão, proibição); e III) ambos

são razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de tipo diferente” (Alexy, 2008, p. 200).

Podemos falar, ainda, em critérios distintivos entre regras e princípios, que estabelecem as diferenças entre essas duas espécies normativas.

O eminente **Robert Alexy (2008, p. 203)** defende que se trata de uma distinção estrutural dos direitos consagrados nas duas espécies normativas

Diversamente das regras, que veiculam um padrão específico de conduta, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, ordenando que algo seja realizado, na melhor medida possível, com o fim de implementar os valores que albergam.

Dessa forma, entende-se que os princípios podem ser cumpridos em distintos graus. A medida do seu cumprimento varia de acordo com as possibilidades reais e jurídicas.

Além disso, depreende-se que os princípios institucionais não podem ser utilizados para restringir a atuação do Ministério Público, mas apenas para a otimizar. Pois, conforme entendimento acima transcrito, os princípios são “mandamentos de otimização”.

2.1.3.2 Princípios em espécie

2.1.3.2.1 Princípio da unidade

O princípio da unidade é de fundamental importância para o presente trabalho, pois é um dos principais complicadores que sustentam a divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à competência para dirimir o conflito de atribuições entre Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual.

A Constituição de 1988, em seu art. 128, considerou que o Ministério Público abrange o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados.

A princípio, unidade significaria que o “Ministério Público é uma instituição única, sob o comando de um só chefe” (LENZA, 2014, p. 1.983). Ocorre que, considerando que os Ministérios Públicos Estadual e Federal são autônomos entre

si nos planos administrativo, financeiro e funcional, diverge-se sobre como compatibilizar essa autonomia com a unidade institucional.

Nesse sentido, esclarecendo esse choque entre os princípios da unidade e da independência funcional, Marcus Paulo Queiroz Macêdo e Anderson de Castro Ogrizio (2015, p. 53) asseveram que

“deve ser assentado que o princípio da unidade foi concebido para o Ministério Público Francês, onde não há princípio da independência funcional, vigorando, ao contrário, o princípio hierárquico. Como consequência, resulta disto certa tensão entre os princípios da unidade e da independência funcional.”

“É possível afirmar que a unidade referida no texto constitucional pode projetar-se sobre três referenciais de análise: (1) a Instituição; (2) a atuação funcional dos membros; e (3) a influência exógena.” (GARCIA, 2014, p. 246). Aqui, nos interessa mais a institucional e a relativa à atuação funcional dos membros.

Quanto à unidade institucional, diferente do que acontece com o Poder Judiciário, que possui vários níveis de escalonamento e hierarquização, o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados são autônomos entre si, sem que, necessariamente, haja um órgão superior em comum. Nesse sentido, defende **Emerson Garcia (2014, p. 249)**, no seguinte trecho:

“(…) a unidade do Poder Judiciário brasileiro, que se desenvolve em um plano de verticalidade, de modo que, principiando pela base, há sempre um órgão superior capaz de rever as decisões proferidas pelo órgão inferior, até que, alcançado o plano mais elevado, ocupado pelo Supremo Tribunal Federal, as decisões não são passíveis de ser revertidas por qualquer outro órgão. (...) o Ministério Público brasileiro é caracterizado por uma unidade horizontalizada, em que Ministério Público da União e Ministérios Públicos dos Estados não mantêm qualquer relação entre si, cada qual exercendo, nos limites estabelecidos pela ordem jurídica, as atribuições que lhes foram outorgadas.”

A unidade no plano da atuação funcional dos seus membros, por sua vez, consiste, em regra, na atuação do Ministério Público Estadual perante a Justiça Estadual enquanto que ao Ministério Público Federal compete atuar na ocasião da proposição dos Recursos Especial e Extraordinário junto ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

Trata-se da “unidade se compatibilizando com a divisão de atribuições estabelecida pela legislação infraconstitucional, de modo que cada Instituição atue perante setores específicos do Poder Judiciário, maximizando a sua eficiência” (GARCIA, 2014, p. 250).

A exceção fica por conta da possibilidade de atuação dos Ministérios Públicos Estaduais perante os referidos Tribunais Superiores, na defesa de suas atribuições institucionais.

Nesse sentido, resume Hugo Mazzilli **(2013, p. 418)** que:

“Há uma certa liberdade em sustentar a unidade do Ministério Público Brasileiro quando sabemos que, em cada estado membro, o Ministério Público tem carreira própria e autonomia funcional e administrativa, e esses diversos Ministérios Públicos unidade alguma mantêm entre si ou com os vários ramos do Ministério Público da União. Assim, somente será possível admitir a unidade do Ministério Público nacional no que diz respeito à sua função, abstratamente considerada diante da lei.”

2.1.3.2 Princípio da indivisibilidade

Este princípio possui estreita relação com o princípio da unidade analisado acima. Porém, devido a sua especificidade, o constituinte decidiu tratá-lo como princípio autônomo.

Nesse sentido, a definição de Emerson Garcia **(2014, p. 267)**, que diz:

“Da ideia de unidade institucional deriva o princípio da indivisibilidade, também previsto no art. 127, § 1º, da Constituição, o qual erige-se como óbice à cisão da

Instituição – que não pode ser subdividida em outras estruturas organizacionais, dotadas de idêntica autonomia e não subordinadas à Chefia da Instituição – ou de seus membros em compartimentos estanques e dissociados entre si.”

Por outro lado, Hugo Nigro Mazzilli (MAZZILLI, 2013, p. 417), considera que “indivisibilidade quer dizer que seus membros podem ser substituídos uns pelos outros; não de forma arbitrária, mas na forma estabelecida pela lei.”

2.1.3.3 Princípio da independência funcional

Outro ponto de fundamental importância para este trabalho, o princípio da independência funcional tem significado oposto ao de hierarquia funcional.

Dessa forma, conforme traz a lição de Hugo Mazzilli **(2013, p. 418)**,

“(…) o Ministério Público só conhece a hierarquia em sentido administrativo, pois detém autonomia funcional (autonomia em face de outros órgãos do Estado) e tanto seus órgãos como seus membros gozam de plena independência funcional (independência em face de outros órgãos do mesmo Ministério Público).”

Como decorrência disso, chega-se às seguintes conclusões:

“a) o Ministério Público exerce seu ofício sem ater-se a ordens ou injunções de outras instituições ou órgãos do Estado, quaisquer que sejam, subordinando-se apenas à Constituição e às leis; b) seus membros exercem os misteres que lhe são próprios, sem ater-se a ordens ou injunções funcionais de outros membros da própria instituição, nem mesmo do procurador-geral ou dos demais órgãos de administração ou execução.”

Nesse sentido é a posição consolidada no Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “a pretensão de um órgão do Ministério Público não vincula os demais, garantindo-se a legitimidade para recorrer, em face do princípio da

independência funcional.” [ARE 725.491 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 26-5-2015, 1ª T, DJE de 15-6-2015.]

Inclusive, reforçando a ideia de autonomia do Ministério Público, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal ressaltou sua importância. O plenário acompanhou por maioria o voto do relator da ação, ministro Gilmar Mendes, que diz:

“a vedação ao exercício de cargos públicos por membro do Ministério Público, prevista expressamente no artigo 128, artigo 5º, inciso II, “d”, da Constituição Federal, serve para fortalecer a instituição e garantir a sua autonomia, a qual é derivada do próprio princípio da separação entre os Poderes. O dispositivo coloca como exceção apenas a atuação no magistério. (...) a participação de membros do MP na administração, em cargos sob influência política e sujeição a hierarquia no Poder Executivo, pode comprometer os objetivos da instituição, como a fiscalização do poder público.

Ao exercer cargo no Poder Executivo, o membro do Ministério Público passa a atuar como subordinado ao chefe da administração. Isso fragiliza a instituição, que pode ser potencial alvo de captação por interesses políticos e de submissão dos interesses institucionais a projetos pessoais de seus próprios membros”.

Vale lembrar, porém, conforme o própria princípio já sinaliza, trata-se de independência no exercício das atribuições funcionais. Dessa forma, não há impedimento à existência de subordinação administrativa ao chefe da instituição.

3. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES

Para entendermos o conflito de atribuições que possa vir a existir entre dois membros do Ministério Público precisamos recorrer aos conceitos de competência e conflito de competência previstos no Código de Processo Civil de 2015, à falta de legislação que disponha sobre aquela matéria em específico.

O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 42, define que “as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz no limite de sua competência”. Ademais, completa o artigo 44, dispondo que, “obedecidos os limites estabelecidos pela Constituição Federal, a competência é determinada pelas normas previstas neste Código ou em legislação especial, pelas normas de organização judiciária e, ainda, no que couber, pelas constituições dos Estados.”

Ainda assim, o artigo 66 do Código de Processo Civil de 2015 traz as hipóteses de conflito de competência, dispondo que

“há conflito de competência quando: I – 2 (dois) ou mais juízes se declaram competentes; II – 2 (dois) ou mais juízes se consideram incompetentes, atribuindo um ao outro a competência; III – entre 2 (dois) ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos.”

Porém, a Daniel Neves (2016, p. 1.353) doutrina que, na verdade, “o inciso III do art. 66 do Novo CPC é tão somente uma especificação dos outros dois incisos antecedentes, existindo apenas duas espécies de conflito de competência: (a) positivo; e (b) negativo”.

Seguindo essa premissa, Hugo Mazzilli (2013, p. 421) define que o conflito de atribuições entre membros do Ministério Público resta caracterizado quando:

“a) dois ou mais deles manifestam, simultaneamente, atos que importem a afirmação das próprias atribuições, em exclusões às de outro membro (conflito positivo); b) ao menos um membro negue a própria atribuição funcional e a atribua a outro membro, que já tenha se recusado (conflito negativo).”

Além disso, no parágrafo único do artigo 66, afirma que “o juiz que não acolher a competência declinada deverá suscitar o conflito, salvo se a atribuir a outro juízo.” Portanto, conforme afirma Daniel Neves (2016, p. 1354), “o conflito somente passará a existir a partir do momento em que dois ou mais juízes tenham proferido nos autos determinações divergentes”, sendo exigido que haja “imputação recíproca de competências”.

3.1. Legitimidade

A legitimidade para suscitar o conflito de competência vem prevista no artigo 951, *caput*, do Novo Código de Processo Civil, segundo o qual, podem suscitar o conflito as partes, o Ministério Público como fiscal da ordem jurídica e o juiz de ofício. Segundo leciona Daniel Neves (2016, p. 1355), “apesar da omissão legal, também o defensor público tem legitimidade para suscitar o conflito, sempre que participar de algum dos processos envolvidos no conflito”.

Quanto ao conflito de atribuição, defende Hugo Mazzilli que pode ser provocada a decisão do conflito através da “iniciativa de qualquer um dos membros do Ministério Público envolvido ou por iniciativa de legítimo interessado”.

3.2. Competência para decidir o conflito de atribuições

A competência para decidir conflito de atribuições entre membros do Ministério Público vêm definida pela respectiva lei orgânica.

Dessa forma, a Lei Complementar n. 75 de 1993, em seu artigo 26, inciso VII, define que “são atribuições do Procurador-Geral da República, como Chefe do Ministério Público da União, dirimir conflitos de atribuição entre integrantes de ramos diferentes do Ministério Público da União”.

Já a competência para dirimir conflito de atribuições entre membros dos Ministérios Públicos Estaduais vêm prevista na lei 8.625 de 1993 que, em seu artigo 10º, inciso X, determina que “compete ao Procurador-Geral de Justiça dirimir conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público, designando quem deva officiar no feito.”

3.3. Competência para dirimir o conflito de atribuições entre membros de Ministérios Públicos de estados diferentes ou entre este e o Ministério Público Federal

A legislação é omissa quanto a quem cabe dirimir o conflito de atribuições ente membros de Ministérios Públicos diversos, seja Ministérios Públicos de Estados diversos, seja Ministério Público Estadual face ao Ministério Público da Federal.

Daí surge a grande batalha doutrinária e jurisprudencial para definir qual seria a melhor solução para este problema, que é foco do presente estudo.

Ocorre que a jurisprudência do STF vinha sendo, reiteradamente, no sentido de que era sua a competência para dirimir o conflito de atribuições entre Ministério Público Estadual e Ministério Público da União ou entre Ministérios Públicos Estaduais de diferentes Estados da Federação. Essa jurisprudência era firme, desde o julgamento da PET 3.528/BA de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em 28 de setembro de 2005.

Até muito recentemente, através da argumentação do Relator Min. Celso de Melo, na AOC 2.739, de 02 de outubro de 2015, que, mesmo se tratando de decisão monocrática, traz à baila grande parte do entendimento jurisprudencial que vinha sendo adotado pelo STF em questões semelhantes, conforme se vê:

DECISÃO: Trata-se de *conflito de atribuições* instaurado entre o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (1ª Promotoria de Investigação Penal – 3ª Central de Inquéritos) e o Ministério Público do Estado de São Paulo (comarca de Cotia/SP).

Cabe verificar, *preliminarmente*, se a presente causa inclui-se, *ou não*, na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Como se sabe, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, **ao julgar a Pet 3.528/BA**, Rel. Min. MARCO AURELIO, **revendo** anterior orientação jurisprudencial, **reconheceu assistir a esta Suprema Corte competência originária** para dirimir conflito de atribuições instaurado **entre** o Ministério Público Federal, *de um lado*, e o Ministério Público estadual, *de outro*.

Observo que esse julgamento *vem orientando* as decisões proferidas, **no âmbito** desta Corte, a propósito *de idêntica questão* (**ACO 852/BA**, Rel. Min. AYRES BRITTO – **ACO**

889/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **ACO 911/SP**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **ACO 1.041/SP**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **ACO 1.079/SP**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **ACO 1.193/PI**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – **ACO 1.239/DF**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, *v.g.*).

Não obstante a minha pessoal convicção *em sentido contrário* (**ACO 946/RR – ACO 947/RR – Pet 3.101/RJ**, *v.g.*), devo ajustar o meu entendimento a? diretriz jurisprudencial prevalecte nesta Suprema Corte, *em respeito e em atenção ao princípio da colegialidade*.

Cabe destacar, *ainda em caráter preliminar*, que **o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade jurídico-processual de membros do Ministério Público estadual atuarem, embora**

excepcionalmente, perante esta Corte Suprema, notadamente quando se instaurar litígio que possa afetar o normal desenvolvimento e a prática regular de atribuições funcionais cometidas ao "Parquet" estadual, como sucede, *p. ex.*, nas hipóteses de ajuizamento de reclamação ou, *ate? mesmo*, de impetração de "*habeas corpus*":

"MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE ATIVA PARA AJUIZAR RECLAMAÇÃO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (...).

– *O Ministério Público dos Estados-membros dispõe de legitimidade ativa 'ad causam' para ajuizar, originariamente, perante o Supremo Tribunal Federal, reclamação destinada a fazer prevalecer a autoridade de enunciado constante de súmula vinculante, cujo teor normativo tenha sido concretamente desrespeitado por ato emanado do Poder Executivo ou do Poder Judiciário.*

– **Inexiste qualquer relação de dependência ou de subordinação entre o Ministério Público dos Estados-membros e o Procurador-Geral da**

República, considerada a **prerrogativa de autonomia institucional** de que também se acha investido, por efeito de **explícita outorga constitucional**(CF, art. 127, § 1o), o 'Parquet' estadual.

– Inadmissível, desse modo, exigir-se que a atuação processual do Ministério Público local se faça por intermédio do Procurador-Geral da República, que não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do 'Parquet' estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (CF, art. 128, § 1o), a Chefia do Ministério Público da União."(Rcl 8.907-MC/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

"Recurso de 'habeas corpus'. Impetração pelo Ministério Público. Impetração de 'habeas corpus' como qualquer pessoa e como promotor público. Garantia constitucional da liberdade, tem o Ministério Público o direito de impetra?-lo e, conforme as circunstâncias, o dever de faze?-lo, se tem conhecimento de coação ilegal. Recurso de 'habeas corpus' conhecido e provido para que o Tribunal de Justiça aprecie o mérito do pedido."

(RT 603/432, Rel. Min. OSCAR CORRE?A – grifei)

"'Habeas corpus'. Impetração, pelo Ministério Público, em favor do réu. Legitimidade ativa 'ad causam' em qualquer grau de jurisdição. Inteligência do art. 654 do CPP. (...) O Ministério Público, em qualquer grau de jurisdição, tem legitimidade ativa 'ad causam' para impetrar 'habeas corpus' em favor do réu, por força do disposto no art. 654 do CPP."

(RT 764/485, Rel. Min. MOREIRA ALVES – grifei)

"'HABEAS CORPUS' – IMPETRAC?A?O
ORIGINA?RIA, PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL, POR MEMBRO DE PRIMEIRA INSTA?NCIA DO
MINISTE?RIO PU?BLICO DO DISTRITO FEDERAL E
TERRITO?RIOS – LEGITIMIDADE ATIVA
RECONHECIDA – DOCTRINA – JURISPRUDE?NCIA – (...)
– PEDIDO DEFERIDO."

(HC 84.279/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

"– O representante do Ministério Público Militar de primeira instância dispõe de legitimidade ativa para impetrar 'habeas corpus', originariamente, perante o Supremo Tribunal Federal, especialmente para impugnar decisões emanadas do Superior Tribunal Militar. Precedentes."

(HC 94.809-MC/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Não tem sentido, por **implicar ofensa manifesta a? autonomia institucional do Ministério Público dos Estados-membros**, exigir-se que a sua atuação processual se faça por intermédio do Senhor Procurador-Geral da República, que não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do "Parquet" estadual, pois lhe incumbe, **unicamente**, por expressa **definição constitucional** (CF, art. 128, § 1o), a **Chefia do Ministério Público da União**.

É importante assinalar, *porque juridicamente relevante*, que o **postulado da unidade institucional (que também se estende ao Ministério Público dos Estados-membros) reveste-se de natureza constitucional** (CF, art. 127, § 1o), a **significar que o Ministério Público estadual não é representado – muito menos chefiado – pelo Senhor Procurador-Geral da República, eis que é plena a autonomia do "Parquet" local em face do eminente Chefe do Ministério Público da União**.

Mostra-se fundamental insistir na asserção de que o Ministério Público dos Estados-membros não está vinculado nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere *ampla possibilidade* de postular, *autonomamente*, em sede originária, perante o Supremo Tribunal Federal.

Tais são as **razões pelas quais também não compete ao eminente Senhor Procurador-Geral da**

República o poder para dirimir conflitos de atribuições entre membros de Ministérios Públicos estaduais entre si (como na espécie) ou, *ainda*, **entre integrantes do Ministério Público da União e agentes do Ministério Público dos Estados-membros**, eis que, *em referidas situações de antagonismo*, a **atribuição originária para resolver eventuais conflitos (positivos ou negativos) pertence ao Supremo Tribunal Federal.**

Assinalo, *por necessário*, que esse entendimento *tem sido acolhido*, mesmo implicitamente, *em inúmeras decisões* de Ministros desta Suprema Corte proferidas *em sede de conflito de atribuições*, cujos julgamentos, *por isso mesmo*, têm examinado *o próprio fundo da controvérsia* (ACO 852/BA, Rel. Min. AYRES BRITTO – ACO 1.079/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – ACO 1.193/PI, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – ACO 1.281/SP, Rel. Min. CA?RMEN LU?CIA – ACO 1.607/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – ACO 1.673/RJ, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – ACO 1.720/ES, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Definida, *assim*, a competência originária deste Tribunal para processar e julgar a presente causa e reconhecida, *ainda*, a legitimidade ativa do representante do Ministério Público estadual, *passo a examinar* o litígio ora suscitado.

Como se vê, o entendimento explicitado na decisão acima respaldava-se no mesmo fundamento que sustenta a possibilidade de o Ministério Público Estadual, mesmo que excepcionalmente, postular autonomamente perante o Supremo Tribunal Federal nas hipóteses de reclamação constitucional e de *habeas corpus. ofensa manifesta* a? autonomia institucional do Ministério Público *dos Estados-membros*.

Ademais, seu conteúdo também se refere ao Ministério Público como Órgão, sendo, por isso, impossível a ingerência de um órgão sobre o outro. Assim,

tratando-se de conflito entre órgãos, tinha como fundamento para a fixação da competência do Supremo Tribunal Federal para o dirimir o artigo 102, I, "f", da Constituição Federal, que diz:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

f) as causas e os conflitos entre *a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;*

Na PET 3528/BA, a orientação fixada pelo Supremo foi no sentido de que, "diante da inexistência de previsão específica na Constituição Federal a respeito, empresta-se maior alcance à alínea f do inciso I do art. 102 da CF", sob o argumento de que estariam envolvidos no conflito órgãos da União e de Estado-membro.

A título de enriquecimento, podemos colacionar trecho desta decisão que se tornou um marco durante certo período, conforme se segue:

"Também não é possível assentar-se competir ao Procurador-Geral da República a última palavra sobre a matéria. A razão é muito simples: de acordo com a norma do § 1º do artigo 128 do Diploma Maior chefia ele o Ministério Público da União, não tendo ingerência, considerados os princípios federativos, nos Ministérios Públicos dos Estados. Todavia, diante da inexistência de disposição específica na Lei Fundamental relativa à competência, o impasse não pode continuar. Esta Corte tem precedente segundo o qual, diante da conclusão sobre o silêncio do ordenamento jurídico a respeito do órgão competente para julgar certa matéria, a ela própria cabe a atuação:

CONFLITO DE JURISDIÇÃO – 1. No silêncio da Constituição, que não estabelece o órgão para decidir conflitos de Jurisdição entre Tribunais Federais e Juízes, a competência cabe ao Supremo Tribunal Federal.

2. É competente o Tribunal Regional Eleitoral para processar e julgar mandado de segurança contra atos de sua presidência ou dele próprio (Conflito de Jurisdição nº. 5.133, relator ministro Aliomar Baleeiro, Diário da Justiça de 22 de maio de 1970).

C.J. – I. Compete ao S.T.F., no silêncio da C.F., na redação da Emenda nº 1/69, decidir conflitos de jurisdição entre um Tribunal e um juiz.

II. Cabe à justiça Federal, nos termos do art. 110 da C.F. e Emenda nº 1/69, processar e julgar reclamações trabalhistas contra o INPS (Conflito de Jurisdição nº 5.267, relator ministro Aliomar Baleeiro, Diário da Justiça de 4 de maio de 1970).

Esse entendimento é fortalecido pelo fato de órgãos da União e de Estado membro estarem envolvidos no conflito, e aí há de se emprestar à alínea "f" do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal alcance suficiente ao afastamento do descompasso, solucionando-o o Supremo, como órgão maior da pirâmide jurisdicional.

Aliás, pela propriedade, cumpre ressaltar o que citado na manifestação do Ministério Público do Estado da Bahia, na óptica proficiente do ex-Subprocurador de Justiça e professor da Faculdade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ – Dr. Paulo César Pinheiro Carneiro:

O juiz quando determina o encaminhamento dos autos do inquérito para outro órgão do Ministério Público, o faz exercitando unicamente atividade administrativa, como chefe que é dos serviços administrativos de cartório... O despacho de encaminhamento tem natureza simplesmente administrativa... Não existe nenhuma atividade jurisdicional e mesmo judicial na hipótese. Uma vez que, na prática, existe um despacho administrativo, lacônico que seja, não podemos transformá-lo, de uma penada, sem o exame mais cauteloso de cada hipótese em declinação da competência de um juízo, sob pena de subvertermos toda ordem

processual, além dos demais gravíssimos inconvenientes e ilegalidades que tal medida acarretaria.

Então, a seguir, em análise da problemática versada neste processo, o autor da consagrada obra "O Ministério Público no Processo Civil e Penal" – Rio de Janeiro – Forense, 5ª edição, 1995, página 212, observa:

(...)

Não há nada de estranho, de anormal, em conferir a órgão judiciário da nação o poder de dirimir conflitos de atribuições entre órgãos autônomos e independentes entre si. Pelo contrário, a relevância das questões em jogo exige que o órgão encarregado de dirimir estes conflitos tenham os predicados que atualmente só a magistratura tem, de sorte a garantir julgamento técnico e isenção total. Não é o STF que, originariamente, julga as causas judiciais entre Estados membros? Como, então, se poderia afirmar que haveria quebra de independência e autonomia dos Estados membros se a ele fosse também conferido o poder de decidir os conflitos de natureza administrativa entre estes mesmos entes? Não existe, até o momento, no nosso sistema constitucional, nenhum órgão ou ente superior que tenha o poder de decidir a que Estado competiria determinado tipo de atribuição.

Transporte-se o enfoque para o conflito de atribuições entre Ministério Público Estadual e Ministério Público Federal. A solução há de decorrer não de pronunciamento deste ou daquele Ministério Público, sob pena de se assentar hierarquização incompatível com a lei fundamental. Uma coisa é atividade do Procurador-Geral da República no âmbito do Ministério Público da União, como também o é atividade do Procurador-Geral de Justiça no Ministério Público do Estado. Algo diverso, e que não se coaduna com a organicidade do Direito Constitucional, é dar-se à chefia de um Ministério Público, por mais relevante que seja, em se tratando da abrangência de atuação, o poder de interferir no Ministério Público da unidade federada, agindo no campo

administrativo de forma incompatível com o princípio da autonomia estadual. Esta apenas é excepcionada pela Constituição Federal e não se tem na Carta em vigor qualquer dispositivo que revele a ascendência do Procurador-Geral da República relativamente aos Ministérios Públicos dos Estados. Tomo a manifestação do Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros Silva de Souza, contida à folha 130 à 137, não como uma decisão sobre o conflito, mas como parecer referente à matéria.

A competência para dirimir conflito de atribuições envolvendo o Ministério Público do Estado da Bahia e o Federal é realmente do Supremo, conforme decidido na Questão de Ordem no Mandado de Segurança nº 22.042-2/RR, relatado pelo ministro Moreira Alves, e assentado sem discrepância de votos:

MANDADO DE SEGURANÇA. QUESTÃO DE ORDEM QUANTO À COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

- Tendo sido o presente mandado de segurança impetrado, por ele se tratar de ato complexo, contra governador e o Tribunal do Estado de Roraima, bem como contra o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, e versando ele a questão de saber se a competência para a constituição da lista sêxtupla e do impetrante – o Ministério Público desse Estado – ou de um dos impetrados – o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios –, não há dúvida de que, nos termos da impetração da segurança, há causa entre órgão de um Estado-membro e órgão do Distrito Federal, configurando-se, assim, hipótese prevista na competência originária desta corte (artigo 102, I, “f”, da Constituição Federal), uma vez que o litígio existente envolve conflito de atribuições entre órgãos de membros diversos da Federação, com evidente substrato político.

- Correta a inclusão do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios no polo passivo do mandado de segurança,

pois, em se tratando de ato complexo de que participam, dentro da esfera de competência própria, órgãos e autoridades sucessivamente, mas que não estão subordinados uns aos outros, para a formação de ato que só produz efeito quando o último deles se manifesta, entrelaçando-se essa manifestação às anteriores, esses órgãos e autoridades, a partir daquele de que emanou o vício alegado, devem figurar, como litisconsortes, no polo passivo do mandado de segurança.

Reconhecimento da competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente o presente mandado de segurança, com fundamento na letra "f" do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal.

Considerada a data próxima das decisões, evidencia-se o tamanho da controvérsia que foi criada com a completa mudança da jurisprudência adotada mais recentemente.

É que, no dia 19 de maio de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que cabe ao procurador-geral decidir conflitos de atribuição entre MP Federal e estaduais. Ou seja: não cabe mais à Corte julgar conflitos de atribuição entre o Ministério Público Federal e os Ministérios Públicos dos estados.

Para direcionar nosso trabalho, trazemos o teor do informativo 826, que diz:

Compete ao PGR, na condição de órgão nacional do Ministério Público, dirimir conflitos de atribuições entre membros do MPF e de Ministérios Públicos estaduais. Com base nesse entendimento, o Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, não conheceu de conflito de atribuições suscitado pelo Ministério Público do Estado do Paraná em face do MPF, na hipótese em que investigado superfaturamento na construção de conjuntos habitacionais em município paranaense — v. Informativo 707. Na espécie, os valores para o financiamento das obras teriam sido disponibilizados pela Caixa Econômica Federal (CEF), oriundos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS),

e colocadas no mercado de consumo por meio do Sistema Financeiro de Habitação. A Corte afirmou que o PGR exerceria a posição de chefe nacional do Ministério Público. Essa instituição — apesar da irradiação de suas atribuições sobre distintos órgãos — seria una, nacional e, de essência, indivisível. Quando a disciplina prevista nos parágrafos 1º e 3º do art. 128 da CF distribui a chefia dos respectivos ramos do Ministério Público — da União e dos Estados, respectivamente — outra coisa não seria pretendida senão a ordenação administrativa, organizacional e financeira de cada um dos órgãos, o que reafirmaria a ausência de hierarquia entre os órgãos federais e estaduais do Ministério Público nacional. Contudo, assentada a obrigação constitucional de o PGR dirimir conflitos de atribuições, não se relevaria, com isso, sua atuação como chefe do MPU, mas sim a identificação do PGR como órgão nacional do “parquet”. Com efeito, em diversas passagens da Constituição seria observada, de modo decisivo, a atribuição de poderes e deveres ao PGR, os quais, especialmente por suas abrangências, não se confundiriam com as atribuições dessa autoridade como chefe do MPU. Nesse sentido, entre outras hipóteses, o art. 103, VI, da CF, fixa a competência do PGR para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF; o art. 103, § 1º, da CF, determina que o PGR seja previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência daquela Corte; o art. 103-B da CF atribui ao PGR a escolha do membro do Ministério Público estadual que integra o CNJ, dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual. O órgão nacional, portanto, encontrar-se-ia em posição conglobante dos Ministérios Públicos da União e dos Estados-Membros. Por outro lado, as competências do STF e do STJ deteriam caráter taxativo, e em nenhuma delas estaria previsto dirimir os conflitos de atribuições em questão. Por fim, não se

extrairia dessa situação conflito federativo apto a atrair a competência do STF. O Ministro Roberto Barroso reajustou seu voto. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que conhecia do conflito e estabelecia a atribuição do MPF para proceder à investigação aventada.

ACO 924/PR, rel. Min. Luiz Fux, 19.5.2016. (ACO-924)

Como se vê, o Tribunal Pleno definiu que a atribuição do Procurador Geral da República para dirimir esse conflito se dá em razão do princípio da unidade. O que poderia significar uma mitigação ao princípio da independência funcional ou, ainda, que, tratando-se de independência no exercício das atribuições funcionais, não há impedimento à existência de subordinação administrativa ao chefe da instituição.

4. CONCLUSÃO

Por um lado, não parece ser a intenção daquele Tribunal Constitucional mitigar o princípio da independência funcional do ministério público. Pois, conforme foi demonstrado nas diferentes recentes decisões trazidas à lume neste trabalho, o Supremo Tribunal Federal é uníssono no entendimento que reconhece a autonomia do Órgão Ministerial. Além disso, na decisão em comento, o Tribunal trouxe argumentos que destacam a ausência de hierarquia entre os diferentes órgãos.

Ocorre que, para sustentar a ideia de autonomia e, ao mesmo tempo, a atribuição do chefe do Ministério Público da União para dirimir conflito de atribuição no qual figure Órgão Ministerial Estadual, aquele Tribunal sustentou, além da tese da “unidade da instituição”, a de que a obrigação constitucional de o Procurador Geral da República dirimir conflitos de atribuições não relevaria sua atuação como chefe do MPU, mas sim a identificação do PGR como órgão nacional do “parquet”.

Para tanto, o acórdão citado demonstra situações nas quais “a própria Constituição traz atribuição de poderes e deveres ao Procurador Geral da República, os quais, especialmente por suas abrangências, não se confundiriam com as atribuições dessa autoridade como chefe do MPU”. Entre outras hipóteses, cita o art. 103-B da Constituição Federal, que atribui ao Procurador Geral da

República a escolha do membro do Ministério Público estadual que integra o Conselho Nacional de Justiça, dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual.

Sob essa perspectiva, em recente julgado em que se discutia a incumbência do Procurador Geral Eleitoral para designar os membros do Ministério Público estadual que atuarão junto à Justiça Eleitoral, esse Tribunal Superior destacou que não haveria violação à autonomia do Ministério Público. Para a maioria dos ministros, não era hipótese de interferência em suas atribuições ou organização, pois não incide sobre a esfera de atuação do parquet local, mas no Ministério Público eleitoral, um ramo diverso da instituição.

É o informativo 817, que traz a referida decisão na ADI 3802, julgada pelo plenário do STF. Vejamos:

O Procurador-Geral da República detém a prerrogativa, ao lado daquela atribuída ao Chefe do Poder Executivo, de iniciar os projetos de lei que versem sobre a organização e as atribuições do Ministério Público Eleitoral. Assim, a designação, de membro do Ministério Público local como promotor eleitoral, por Procurador Regional Eleitoral, que é membro do Ministério Público Federal, não afronta a autonomia administrativa do Ministério Público do Estado. Com base nessa orientação, o Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, reputou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face do art. 79 da LC 75/1993 (“Art. 79. O Promotor Eleitoral será o membro do Ministério Público local que officie junto ao Juízo incumbido do serviço eleitoral de cada Zona. Parágrafo único. Na inexistência de Promotor que officie perante a Zona Eleitoral, ou havendo impedimento ou recusa justificada, o Chefe do Ministério Público local indicará ao Procurador Regional Eleitoral o substituto a ser designado”) — v. Informativo 773. A Corte enfatizou que apesar de haver a participação do Ministério Público dos Estados na composição do Ministério Público Eleitoral, cumulando o membro da instituição as duas funções, elas

não se confundiriam, haja vista possuírem conjuntos diversos de atribuições, inclusive, de remuneração. Um recebe pelo Tesouro Estadual, em virtude da função estadual, e o outro, também recebe pelo Tesouro Federal, em razão da atribuição eleitoral. A subordinação hierárquico-administrativa não funcional do promotor eleitoral seria estabelecida em relação ao Procurador Regional Eleitoral, e não em relação ao Procurador-Geral de Justiça. Ante tal fato, nada mais lógico que o ato formal de designação do promotor eleitoral para a função eleitoral seja feita exatamente pelo Ministério Público Federal, e não pelo Ministério Público local. A designação do promotor eleitoral seria ato de natureza complexa, resultado da conjugação de vontades tanto do Procurador-Geral de Justiça, responsável por indicar um membro do Ministério Público estadual, quanto do Procurador Regional Eleitoral, a quem competiria o ato formal de designação. Dessa maneira, o art. 79, "caput" e parágrafo único, da Lei Complementar 75/ 1993, não teria o condão de ofender a autonomia do Ministério Público Estadual, porque não incidiria sobre a esfera de atribuição do "parquet" local, mas sobre ramo diverso da instituição, o Ministério Público Eleitoral. Por consequência, não interviria nas atribuições ou na organização do Ministério Público Estadual.

(...)

Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux que julgavam a ação procedente. Consideravam atípica e heterodoxa a designação de promotor estadual pelo procurador federal. Entendiam haver vício de iniciativa quanto ao disposto no parágrafo único do artigo 79 da LC 75/1993. Apontavam que a designação de membros para o exercício de atribuições seria tema típico de organização de cada Ministério Público e, por isso, não caberia ao Procurador-Geral da República a iniciativa de projeto de lei concernente a normas gerais de organização do "parquet"

nos Estados. Não obstante o vício formal, asseveravam também haver vício material, porque a norma questionada afrontaria a autonomia funcional e administrativa do Ministério Público dos Estados. Para o Ministro Marco Aurélio, o caráter unitário do Ministério Público não poderia servir como fundamento para permitir a ingerência administrativa do Chefe do Ministério Público da União nos quadros de órgão estadual, sob pena de violação ao princípio federativo. Apesar de inquestionável a existência de um Ministério Público nacional, composto por órgãos federais e estaduais, a unidade da instituição não se confundiria com a estrutura organizacional, garantida pela autonomia de cada unidade federada.

ADI 3802/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 10.3.2016. (ADI-3802)

Em que pese a substancial diferença entre as argumentações do julgado no qual se embasa o presente trabalho e o julgado acima transcrito, podemos tomar por base a decisão da ADI 3802 para ressaltar a atipicidade da divisão orgânica do Ministério Público.

Conforme trouxemos mais acima, o Parquet Estadual subordina-se administrativamente ao chefe local – o Procurador-Geral de Justiça. Por outro lado, o Ministério Público da União – cujo chefe central é o Procurador-Geral da República – se subdivide em Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e territórios.

Ressalte-se que, pela autonomia outorgada constitucionalmente aos Ministérios Públicos Estaduais, é certo que este não se subordina ao Ministério Público da União. Todavia, não existe uma autoridade central comum a todos os órgãos ministeriais estaduais.

Com isso, devemos advertir que, embora possua divisão orgânica criada para atender à estrutura federativa adotada no Brasil, respeitando a autonomia entre os entes federativos, existem situações excepcionais ou atípicas, resultantes das brechas deixadas pela norma, como é o caso que foi solucionado pelo Supremo

quanto à incumbência do Procurador Geral Eleitoral para designar os membros do Ministério Público estadual que atuarão junto à Justiça Eleitoral.

O que nos leva a questionar se representa tendência no STF de reconhecer algumas exceções ou atipicidades resultantes da formação incomum do Ministério Público.

Esse paradigma nos direciona ao problema da competência do Procurador-Geral da República para dirimir o conflito de atribuições entre membros de Ministério Público Estadual e Ministério Público Federal ou entre membros de Ministérios Públicos Estaduais de diferentes unidades federativas. Como pudemos perceber, aqui também estamos diante de uma situação que não foi prevista pelo Legislador Constitucional.

Ocorre que, assim como outrora sustentou sua competência com base na ideia de que haveria conflito federativo entre os diferentes órgãos, o STF esbarrou nos princípios constitucionais outorgados ao Ministério Público e na própria atipicidade da divisão orgânica desta instituição para defender a competência do Procurador Geral de Justiça.

Com isso, podemos pensar que o Pretório Excelso utilizou da técnica da ponderação, diante de um caso de difícil solução, sopesando os princípios em conflito, realizando um "malabarismo legislativo" para preencher a lacuna deixada pela norma.

Diante da falta de regra regulamentando a hipótese, aquele Tribunal Constitucional buscou fundamento em situações semelhantes, segundo as quais o Procurador Geral da República, por vezes, agiria como órgão nacional do "Parquet". Com isso, poder-se-ia dizer que foi realizada uma analogia para solucionar a lacuna.

Ocorre que, em seu antigo posicionamento, esse mesmo Tribunal admitia tratar-se tal conflito de um conflito entre entes federativos, para o qual aplicava-se a alínea "f", inciso I, do artigo 102 da Constituição Federal. Como pudemos observar, sem nenhuma necessidade de integração da norma para solucionar a questão.

Diante do quadro apresentado, poderíamos considerar que existe um desequilíbrio entre as diferentes posições tomadas. Sendo que, o Supremo Tribunal Federal decidiu abandonar posição já consolidada em sua jurisprudência, cujo embasamento se dava em norma constitucional, para assumir entendimento – no mínimo polêmico. Some-se a isso a necessidade de recorrer à analogia para criar uma nova figura que não foi prevista pelo Constituinte Originário: O Procurador Geral da República como órgão nacional do “Parquet”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARE 725.491 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 26-5-2015, 1ª T, DJE de 15-6-2015.

Pet 3528/BA, rel. Min. Marco Aurélio, 28.9.2005.

AOC 2.739,

ACO 924/MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 19/05/2016

ADI 3802/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 10.3.2016. Informativo 817

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >
. Acesso em: 10 dez. 2016

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >
Acesso em: 15 dez. 2016

BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Lei orgânica nacional do MP. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm > Acesso em 05 dez. 2016

BRASIL. Lei Complementar n. 75 de 1993. Lei Orgânica do Ministério Público da União. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm > Acesso em: 07 dez. 2016

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo, Saraiva, 2013.

MACEDO, Marcus Paulo Queiroz. OGRIZIO, Anderson de Castro. Manual do Promotor de Justiça teoria e prática. Salvador, Juspodvm, 2015.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. Salvador, Juspodvm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. Manual de Direito Processual Civil. Salvador, Juspodvm, 2016.

GARCIA, Emerson. Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico. São Paulo, Saraiva, 2014.

POLÍTICAS PÚBLICAS: PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

GRACIELLA DA SILVA RUVIERE: Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(Orientador)

RESUMO: A violência é reconhecida, mundialmente, como um relevante problema de saúde pública. A Organização Pan-Americana de Saúde (1993) afirma que isso ocorre em função do número de vítimas e da magnitude das sequelas orgânicas e emocionais. A violência contra as mulheres é uma violação dos seus direitos humanos. Os Estados têm deveres e compromissos, de acordo com instrumentos de direito internacional e políticas, no que se refere a enfrentar e prevenir essa violência. Em diversos países destacam-se os ciclos de conferências internacionais – regidas pelas Nações Unidas – que fortaleceram a luta dos movimentos sociais e contribuíram para o reconhecimento dos direitos das mulheres, fornecendo alicerces para a criação de políticas de enfrentamento à violência baseada em gênero. Contudo, a persistência da violência contra as mulheres em todo o mundo é uma prova de que os Estados não estão a cumprir esses deveres. Analisando as Políticas Públicas pela prevenção da violência contra a mulher, uma vez que a existência da violência contra as mulheres é um fenômeno generalizado e o fato de continuar a ser praticada com impunidade são claros indicadores da incapacidade revelada pelos Estados no que se refere a cumprir plenamente o seu dever de proteger as mulheres. Buscamos identificar a importância do debate sobre o tema e as possibilidades de melhoria quanto as Políticas Públicas no combate a violência contra a mulher. Abordando como metodologia a pesquisa bibliográfica, indispensável em função do aproveitamento de ideias já exibidas sobre o tema analisando a eficácia das Políticas Públicas pela prevenção da violência contra a mulher.

Palavras-chaves: Violência. Mulher. Políticas Públicas. Prevenção.

ABSTRACT: Violence is recognized worldwide as a relevant public health problem. The Pan American Health Organization (1993) states that this is due to the number

of victims and the magnitude of the patient's emotional and / or sequelae. Violence against women is a violation of their human rights. States have duties and commitments, in accordance with international law and political instruments, in dealing with and preventing such violence. In a number of countries, international conferences - led by the United Nations - have strengthened the struggle of social movements and have contributed to the recognition of women's rights, providing a foundation for policies to address gender-based violence. However, the persistence of violence against women around the world is proof that states are not fulfilling these duties. Analyzing the Public Policies for the prevention of violence against women, since the existence of violence against women is a widespread phenomenon and the fact that it continues to be practiced with impunity are clear indicators of the incapacity revealed by the States in respect to fulfill their duty to protect women. We seek to identify the importance of the debate on the subject and the possibilities of improvement as Public Policies in the fight against violence against women. Approaching as a methodology the bibliographical research, indispensable in function of the use of ideas already exhibited on the subject, analyzing the effectiveness of Public Policies for the prevention of violence against women.

Keywords: Violence. Woman. Public policy. Prevention.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. CAPÍTULO 1 – DEFINIÇÕES DE VIOLÊNCIAS. 1. VIOLÊNCIAS. 1.1 TIPOS DE VIOLÊNCIA. CAPÍTULO 2 – POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO A VIOLÊNCIA NO BRASIL. CONCEITO. 2.1 CONFERÊNCIAS E CONVENÇÕES VOLTADAS AO ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA. 2.2 LEGISLAÇÃO SOBRE VIOLÊNCIA. 2.3 POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA. CAPÍTULO 3 – MEDIDAS PROTETIVAS. CONCEITO. 3.1 DAS MEDIDAS PROTETIVAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA QUE OBRIGAM O AGRESSOR. 3.2 DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA À OFENDIDA. 3.3 DO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. CAPÍTULO 4 – INEFICÁCIA X FALHAS NA APLICABILIDADE DA LEI 11.340/2006. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A violência é reconhecida, mundialmente, como um relevante problema de saúde pública. A Organização Pan-Americana de Saúde (1993) afirma que isso é

devido ao número de vítimas e a magnitude das sequelas orgânicas e emocionais. Sendo assim, no domicílio ou fora dele a violência é considerada um problema de saúde pública e de violação dos direitos humanos, com profundas repercussões sociais.

A violência contra as mulheres é uma violação dos seus direitos humanos. Os Estados têm deveres e compromissos, de acordo com instrumentos de direito internacional e políticas, no que se refere a enfrentar e prevenir essa violência. Contudo, a persistência da violência contra as mulheres em todo o mundo é uma prova de que os Estados não estão a cumprir esses deveres.

Analisando as Políticas Públicas pela prevenção da violência contra a mulher, uma vez que a existência da violência contra as mulheres é um fenômeno generalizado e o fato de continuar a ser praticada com impunidade são claros indicadores da incapacidade revelada pelos Estados no que se refere a cumprir plenamente o seu dever de proteger as mulheres.

A violência entre parceiros íntimos está inserida na categoria interpessoal e apresenta naturezas diversificadas, podendo ser física, psicológica, sexual e de comportamento controlador. A forma mais comum experimentada por mulheres em todo o mundo é a violência física, considerada a ponta do "iceberg", visto que a pessoa em situação de violência provavelmente já sofreu os demais tipos.

Segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 2013 o Brasil já ocupava o 5º lugar, num ranking de 83 países onde mais se matam mulheres. São 4,8 homicídios por 100 mil mulheres, em que quase 30% dos crimes ocorrem nos domicílios. Além disso, uma pesquisa do DataSenado (2013) revelou que 1 em cada 5 brasileiras assumiu que já foi vítima de violência doméstica e familiar provocada por um homem. Os resultados da Fundação Perseu Abramo, com base em estudo realizado em 2010, também reforçam esses dados – para se ter uma ideia, a cada 2 minutos 5 mulheres são violentamente agredidas.

É indispensável pôr termo à violência e assegurar que os seus autores sejam responsabilizados pelos seus atos. É necessária uma ação concertada e imediata da parte dos governos. A ação destinada a acabar com a violência contra as mulheres exige uma clara demonstração de vontade política e de empenhamento bem como uma ação sistemática e sustentada, apoiada por recursos adequados.

CAPITULO 1 – DEFINIÇÕES DE VIOLÊNCIAS

1. VIOLÊNCIAS

A violência é definida como o uso intencional da força ou do poder em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação (Krug et. al. 2002).

A complexidade da violência para Hayeck (2009) aparece na polissemia do seu conceito, e deve-se tomar cuidado ao expor um conceito sobre violência, pois ele pode ter vários sentidos, como: ataque físico, uso da força física, ameaça ou até mesmo um comportamento ingovernável.

Já para Santos (1996) a violência configura-se como um dispositivo de controle aberto e contínuo, ou seja, a relação social caracterizada pelo uso real ou virtual da coerção, que impede o reconhecimento do outro, pessoa, classe, gênero ou raça, mediante o uso da força ou da coerção, provocando algum tipo de dano, configurando o oposto das possibilidades da sociedade democrática contemporânea.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) considera que há relação clara entre a intenção do indivíduo que apresenta ou se envolve num comportamento violento e o ato ou a ação praticada.

1.1 TIPOS DE VIOLÊNCIA

A tipologia proposta pela OMS indica três grandes categorias de violência, que correspondem às características daquele que comete o ato violento. Seriam:

- a) A violência coletiva, que inclui os atos violentos que acontecem nos âmbitos macrossociais, políticos e econômicos e caracterizam a dominação de grupos e do Estado. Nessa categoria estão os crimes cometidos por grupos organizados, os atos terroristas, os crimes cometidos por grupos organizados, os atos terroristas, os crimes de multidões, as guerras e os processos de aniquilamento de determinados povos e nações;
- b) A violência autinfligida, subdividida em comportamentos suicidas, e os autoabusos. No primeiro caso a tipologia contempla suicídio, ideação

suicida e tentativas de suicídio. O conceito de autoabuso nomeia as agressões a si próprios e as automutilações;

- c) A violência interpessoal, subdividida em violência comunitária e violência familiar, que inclui a violência infligida pelo parceiro íntimo, o abuso infantil e abuso contra os idosos. Na violência comunitária incluem-se a violência juvenil, os atos aleatórios de violência, o estupro e o ataque sexual por estranhos, bem como a violência em grupos institucionais, como escolas, locais de trabalho, prisões e asilos.

A maioria dos tipos de violência apresentados tem sua base, segundo Minayo (2006), na violência estrutural, que se refere aos processos sociais, políticos e econômicos que reproduzem a fome, a miséria e a desigualdades sociais, de gênero e etnia. Esse tipo de violência é entendido como aquele que oferece um marco à violência do comportamento e aplica-se tanto às estruturas organizadas e institucionalizadas da família como aos sistemas econômicos, culturais e políticos que conduzem à opressão de grupos, classes, nações e indivíduos, aos quais são negadas conquistas da sociedade, tornando-os mais vulneráveis que outros ao sofrimento e à morte.

CAPÍTULO 2 – POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO A VIOLÊNCIA NO

BRASIL

CONCEITO

De maneira simplificada, Políticas Públicas são ações e programas que são desenvolvidos pelo Estado para garantir e colocar em prática, direitos que são previstos na Constituição Federal e em outras Leis.

São medidas e programas criados pelos governos dedicados a garantir o bem estar da população.

Além desses direitos, outros que não estejam na lei podem vir a ser garantidos através de uma política pública. Isso pode acontecer com direitos que, com o passar do tempo, sejam identificados como uma necessidade da sociedade, como é das políticas públicas de enfrentamento a violência contra a mulher.

2.1 CONFERÊNCIAS E CONVENÇÕES VOLTADAS AO ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA

Parte essencial do processo histórico de construção dos direitos das mulheres tem como marco referencia a Conferencia Mundial do Ano Internacional da Mulher, patrocinada pela ONU, em 1975, na Cidade do México, os governos foram convocados a “promover a igualdade de homens e mulheres perante a lei, igualdade d acesso à educação, à formação profissional, além de igualdade de condições no emprego, inclusive salário e assistência social” (ONU, 2011, p.11).

Ainda na década de 1970 foi aprovada a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher que representou um novo marco histórico para o compromisso dos governos com a promoção e a proteção dos direitos das mulheres.

Com base em várias discussões em âmbito internacional e nacional, por meio de conferencias e convenções, o Brasil construiu políticas públicas hoje vigentes que abrangem a violência por parceiros íntimos.

No período de 1992 a 2012 muitas alterações institucionais e legais ocorreram no país, no que concerne às políticas de enfrentamento à violência contra as mulheres, o que é possível constatar através do Relatório sobre o Progresso das Mulheres no Brasil, entre os anos de 2003 e 2010 houve significativos avanços no enfrentamento à violência contra mulheres, que se traduzem na mudança da legislação, na produção crescente de estudos e dados estatísticos sobre a incidência da violência contra as mulheres, na criação d serviços públicos especializados de atendimento, e na adoção de planos nacionais para enfrentar o problema.

Outra conquista importante para as mulheres foi a Lei 10.886/04, que torna a lesão corporal um tipo especial de violência doméstica, a inovação dessa lei deu visibilidade ao crime de violência doméstica ao tipifica-la como um tipo de lesão corporal, bem como do aumento de pena (1/3) nos casos de lesão corporal de natureza grave e de lesão corporal seguida de morte, que seja praticada em circunstância de violência doméstica.

2.2 LEGISLAÇÃO SOBRE VIOLÊNCIA

Em 2006 o presidente da República sancionou a Lei Maria da Pena (BRASIL, 2006) – Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006, que vigor desde 22 de setembro de 2006 – que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

A Lei Maria da Pena define uma política nacional voltada para a promoção da equidade de gênero e para a redução das diferentes formas de vulnerabilidade social das mulheres. Aponta o dever do Estado em promover políticas públicas articuladas e capazes de incidir sobre o fenômeno da violência contra a mulher.

Na lei Maria da Pena a definição de violência contra a mulher está definida da seguinte forma:

“[...] configura violência doméstica contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral e patrimonial:

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como espaço de convívio permanente de pessoas [...];

II – no âmbito da família [...];

III – em qualquer relação íntima de afeto “independente da orientação sexual” (BRASIL, 2006, art.5º).

A criação da Lei Maria da Pena no Brasil foi um reconhecido avanço na área da violência contra a mulher. Apesar disso, ainda são necessários maiores esforços da sociedade para reduzir as desigualdades sociais que geram e reproduzem as diferenças entre homens e mulheres.

A aprovação de medidas legislativas que visem prevenir e combater a violência de gênero e a discriminação à mulher constitui passos importantes, mas essas medidas precisam ser substantivadas por meio de ações governamentais, no âmbito do Executivo e da atuação do Judiciário, além de estabelecerem o grande desafio de torná-las conhecidas da população e de garantir-lhes o acesso à Justiça (ROCHA, 2005 apud COELHO, 2018).

2.3 POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA

O Relatório sobre o Progresso das Mulheres no Brasil, entre os anos de 2003 e 2010 houve significativos avanços no enfrentamento à violência contra mulheres, que se traduzem na mudança da legislação, na produção crescente de estudos e dados estatísticos sobre a incidência da violência contra as mulheres, na criação de serviços públicos especializados de atendimento e a adoção de planos nacionais de enfrentar o problema.

Tratar a violência como um ato isolado, sem dar importância ao fato de que ela se cronifica, sendo difícil enfrenta-la sem uma rede de apoio, sobretudo de políticas públicas, é contribuir para a manutenção de formas de sociabilidade violentas no interior da família e sociedade.

A violência sofrida pela mulher é um problema social e público na medida em que impacta a economia do País e absorve recursos e esforços substanciais tanto do Estado quanto do setor privado: aposentadorias precoces, pensões por morte, auxílios-doença, afastamentos do trabalho, consultas médicas, internações etc. De acordo com o § 2º do art. 3º da [Lei Maria da Penha](#), é de responsabilidade da família, da sociedade e do poder público assegurar às mulheres o exercício dos “direitos à vida, à segurança, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária”. Além disso, desde 2012, por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), a [Lei Maria da Penha](#) é passível de ser aplicada mesmo sem queixa da vítima, o que significa que qualquer pessoa pode fazer a denúncia contra o agressor, inclusive de forma anônima. Achar que o companheiro da vítima “sabe o que está fazendo” é ser condescendente e legitimar a violência num contexto cultural machista e patriarcal. Quando a violência existe em uma relação, ninguém pode se calar.

A Política Nacional de Enfrentamento da Violência (2011) possui quatro eixos estruturantes para o enfrentamento e requer a ação conjunta dos diversos setores envolvidos com a questão (saúde, segurança pública, justiça, educação, assistência social, entre outros). De acordo com o Plano Nacional de Enfrentamento da Violência, é necessário o enfrentamento para que,

“[...] desconstruam as desigualdades e combatam as discriminações de gênero e a violência contra as mulheres;

interfiram nos padrões sexistas/machistas ainda presentes na sociedade brasileira; promovam o empoderamento das mulheres; e garantam um atendimento qualificado e humanizado àquelas em situação de violência.” (BRASÍLIA, 2011)

Os eixos estruturantes para o enfrentamento à violência contra as mulheres são a prevenção através de ações que desconstruam os mitos e estereótipos de gêneros que modifiquem os padrões sexistas, perpetuadores das desigualdades de poder entre homens e mulheres e da violência contra as mulheres. Através não apenas de ações educativas, mas também culturais que disseminem atitudes igualitárias e valores éticos de irrestrito respeito às diversidades de gênero, raça/etnia, geracionais e de valorização da paz. O eixo de combate à violência contra as mulheres através do estabelecimento e cumprimento de normas penais que garantam a punição e a responsabilização dos agressores/autores de violência contra as mulheres, especialmente a Lei 11.340/2006 – LMP. A assistência das mulheres em situação de violência, através da garantia de atendimento humanizado e qualificado, criação de serviços especializados como as casas abrigos. E o último eixo é a garantia de direitos humanos das mulheres, onde através de Políticas, deverá cumprir as recomendações previstas nos tratados internacionais na área de violência contra as mulheres (em especial aquelas contidas na Convenção de Belém do Pará e na CEDAW). No eixo da garantia de direitos, devem ser implementadas iniciativas que promovam o empoderamento das mulheres, o acesso à justiça e a o resgate das mulheres como sujeito de direitos. (BRASILIA, 2011)

Tanto a proteção das vítimas quanto a punição dos agressores são importantes no combate à violência. Mas isso não é suficiente, principalmente porque a violência doméstica e familiar contra as mulheres é um problema estrutural, ou seja, ocorre com frequência em todos os estratos sociais, obedecendo a uma lógica de agressões que já são mapeadas pelo [ciclo da violência](#). Daí surge a necessidade também de ações sequenciadas para o enfrentamento da violência de gênero, tais como inserir essa discussão nos currículos escolares de maneira multidisciplinar; criar políticas públicas com medidas integradas de prevenção; promover pesquisas para gerar estatísticas e possibilitar uma sistematização de dados em âmbito nacional; realizar campanhas educativas para a sociedade em

geral (empresas, instituições públicas, órgãos governamentais, ONGs etc.); e difundir a Lei Maria da Penha e outros instrumentos de proteção dos direitos humanos das mulheres.

O artigo 35 da lei nº 11.340/2006 – LMP, traz um rol de medidas que podem ser adotadas para tornar as Políticas Públicas de enfrentamento a violência contra a mulher mais eficaz, no entanto, tais medidas não possuem efetividade no país até o momento. Segue o texto na íntegra do referido artigo:

“Art. 35. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:

I - centros de atendimento integral e multidisciplinar para mulheres e respectivos dependentes em situação de violência doméstica e familiar;

II - casas-abrigos para mulheres e respectivos dependentes menores em situação de violência doméstica e familiar;

III - delegacias, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especializados no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar;

IV - programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar;

V - centros de educação e de reabilitação para os agressores.”

Fato é que muitas dessas medidas não foram adotadas pelo poder público, especialmente em pequenos municípios, o que é percebido em levantamentos de dados e pesquisas realizadas ao longo dos anos, que demonstra que o número de casos de agressão contra mulheres está continuamente crescendo. O Brasil é o 5º país no mundo – em um grupo de 83 – em que se matam mais mulheres, de acordo com o Mapa da Violência de 2015, organizado pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso).

2.3.1 Serviços da Rede de Atendimento à Mulher em situação de violência

s Centros Especializados da Mulher, através de uma equipe interdisciplinar, atuam desenvolvendo ações e oferecendo serviços de acolhimento/atendimento psicológico e social, orientação e encaminhamento jurídico à mulher em situação de violência, que devem proporcionar o atendimento e o acolhimento necessário à superação de situação de violência, contribuindo para o fortalecimento da mulher e o resgate de sua cidadania (Norma Técnica de Padronização – Centro de Referência de Atendimento à Mulher, SPM: 2006).

Os Centros Especializados da Mulher devem exercer o papel de articulador das instituições e serviços governamentais e não-governamentais que integram a Rede de Atendimento. Assim, os Centros Especializados devem, além de prestar o acolhimento e atendimento da mulher em situação de violência, monitorar e acompanhar as ações desenvolvidas pelas instituições que compõe a Rede. (BRASÍLIA, 2011).

De acordo com os dados da Central de Atendimento à Mulher da Secretaria de Políticas para as Mulheres, em 2015 havia 239 Centros Especializados da Mulher.

As casas abrigos tem o objetivo de oferecer asilo e atendimento a mulheres em situação de risco de vida iminente, em decorrência de violência doméstica. É um serviço de caráter sigiloso e temporário, onde as usuárias, que poderão estar acompanhadas dos filhos, adquirem condições necessárias para retomar suas vidas. Nesse período de permanência na Casam que vai de 90 a 180 dias, as usuárias têm acesso a serviços de atendimento integral.

Há 70 municípios brasileiros que possuem as Casas Abrigos, totalizando 77 locais para acolhimento, o município que possui o maior número de Casas é São Paulo, com 4 Unidades. As outras 65 cidades possuem apenas 1 Casa Abrigo cada.

As Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher – DEAMs – são unidades especializadas da Polícia Civil para atendimento às mulheres em situação de violência. As atividades das DEAMs têm caráter preventivo e repressivo, devendo realizar ações de prevenção, apuração, investigação e enquadramento

legal. Dentre suas funções está também expedir medidas protetivas de urgências ao juiz no prazo máximo de 48 horas. (Brasília, 2011).

Segundo a Lei 11.340/2006 - LMP – há previsão de criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, esses, poderiam contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e da saúde. Seriam Órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal que poderão ser criados pela União.

Há ainda a Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180, que foi criado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres em 2005 e conta com 80 atendentes que cobrem o período de 24 horas diárias, inclusive feriados e finais de semana e as ligações podem ser feitas gratuitamente de qualquer parte do território nacional.

CAPÍTULO 3 – MEDIDAS PROTETIVAS

CONCEITO

Esse é um dos mecanismos criados pela lei para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, assegurando que toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goze dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e tenha oportunidades e facilidades para viver sem violência, com a preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Trata-se de uma determinação judicial para proteger a mulher em situação de violência doméstica, familiar ou na relação de afeto, conforme a necessidade da solicitante. As medidas protetivas podem ser demandadas já no atendimento policial, na delegacia, e ordenadas pelo juiz(a) em até 48 horas, devendo ser emitidas com urgência em casos em que a mulher corre risco de morte. Além disso, a Lei n. 13.641/2018 altera dispositivos da Lei n. 11.340/2006, tornando crime o descumprimento de medidas protetivas de urgência expedidas em razão de violência doméstica.

A [Lei Maria da Penha](#) prevê dois tipos de medidas protetivas de urgência: as que obrigam o agressor a não praticar determinadas condutas e as medidas que são direcionadas à mulher e seus filhos, visando protegê-los.

3.1 DAS MEDIDAS PROTETIVAS PROTETIVAS DE URGENCIA QUE OBRIGAM O AGRESSOR

Estão elencadas no artigo 22 da Lei nº 11.340/2006 – LMP, as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor. E são elas:

“Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1o As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2o Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6o da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3o Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4o Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5o e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)" (BRASIL, 2006)

Acrescenta-se que, quando a lei prevê a proibição de qualquer tipo de contato com a mulher, com seus filhos e com testemunhas, veda-se também o contato por *WhatsApp*® ou *Facebook*®, bem como outras redes sociais.

Fica evidente que essas medidas são voltadas a quem pratica a violência doméstica, ficando a pessoa sujeita às obrigações e restrições conforme previsto em Lei.

3.2 DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA À OFENDIDA

As medidas para amparar e auxiliar a vítima de violência estão reguladas nos artigos 23 e 24 da LMP. Vejamos sua redação:

“Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. “Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.” (BRASIL, 2006)

Assim, o legislador estabeleceu o artigo 23 da referida lei como proteção à vítima e o artigo 24 em relação ao patrimônio do casal bem como bens

particulares da vítima. Para a efetividade dessa medida protetiva, é necessário que haja esses Programas de Proteção e Atendimento e esteja funcionando corretamente, estes Programas não precisam ser específicos para as vítimas de violência doméstica, e podem ser criados não somente através de ações de grupos de apoio à mulher ou organizações não governamentais, mas pode, porém, ser criado pelo Estado.

Nos Programas de Proteção e Atendimento deve haver uma estrutura para atendimento multidisciplinar, além de possuir devida segurança, já que as vítimas encontram-se em situação de risco.

Ao contrário do que expressa o inciso III do artigo 23, o legislador teve o intuito de sustentar a ideia que, a vítima pode ser afastada do lar, pelo juiz, sem prejuízo de seus direitos relativos aos bens, guarda dos filhos e até mesmo alimentos.

Segundo a doutora Maria Berenice Dias todas as medidas de ordem patrimonial são de natureza extrapenal, que podem ser formuladas perante a autoridade policial quando do registro da ocorrência. Desencadeiam o procedimento de medida protetiva de urgência a ser enviado a juízo. Tais pretensões podem ser veiculadas por meio das ações cautelares de sequestro, busca e apreensão, arrolamento de bens, ou mediante outras medidas provisionais. Ainda que se tratem de ações cíveis, como a causa de pedir é a ocorrência de violência doméstica, devem ser propostas perante o JVDPM. Nas comarcas em que esses juizados não estiverem instalados essas ações devem ser propostas pela vítima no juízo cível ou de família e não na Vara Criminal.

3.3 DO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA

Uma mudança na legislação ocorreu em 2018, incluído pela Lei 13.641 de 2018, que tipifica o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência, acrescentando o artigo 24-A à Lei 11.340/2006 – LMP. Trazendo em sua redação os seguintes dizeres:

“Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis." (BRASIL, 2018)

Dessa maneira, nota-se que caso haja o descumprimento da medida protetiva de urgência, além de ser possível a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 313, III, do [Código de Processo Penal](#), após a Lei nº 13.641/2018 o agressor pode, ainda, responder por CRIME, previsto e tipificado no art. 24-A da [Lei Maria da Penha](#).

CAPÍTULO 4 – INEFICÁCIA X FALHAS NA APLICABILIDADE DA LEI 11.340/2006

A Lei Maria da Penha foi criada com o intuito de proteger a vítima do seu agressor. Se por um lado é aplicada com eficiência, por outro, falham os órgãos competentes para executá-la mediante a falta de estrutura dos órgãos governamentais.

As medidas protetivas são justamente para proteger a vítima, reprimindo o agressor. No dia a dia isso não tem sido real, pois a mulher fica a mercê do seu companheiro violento.

A Lei Maria da Penha é eficaz e competente, porém, há falhas na sua aplicabilidade e isso se dá no Poder Executivo, Judiciário e no Ministério Público gerando impunidade na apuração do fato em si, conforme afirma o jurista Miguel Reale Júnior em entrevista realizada ao Jornal Recomeço, com a Tribuna do Direito.

TD — De quem é a falta de vontade para que a lei se cumpra?

Reale Jr. — Do Executivo, do Judiciário e do Ministério Público.

TD — Como resolver a situação?

Reale Jr. — Não adianta reformar a lei se não ocorrer uma mudança de mentalidade. Há uma resistência, especialmente na Magistratura, na adoção de novas medidas. Não é um fenômeno que ocorre só no Brasil, mas também em vários outros países, onde foram criadas as penas restritivas, que são fáceis de ser aplicadas, de ser controladas e cujo resultado no plano preventivo e também como punição é extraordinário. E se não se aplica gera-se a impunidade.

O relatório global 2019 da ONG internacional Humans Rights Watch (HRW – Observatório dos Direitos Humanos, em tradução livre), divulgado no dia 17 de janeiro de 2019, definiu que há uma “epidemia” de violência doméstica no Brasil. Com dados apurados no começo de 2018, o documento denuncia que há mais de 1,2 milhão de casos de agressões contra mulheres pendentes na Justiça brasileira.

A ONG considera que apesar de a Lei Maria da Penha ser uma das mais avançadas do mundo ela não está sendo aplicada com a eficácia necessária e alerta para a escalada do abuso doméstico não notificado. Em 2017, 4.539 mulheres morreram no Brasil, de acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, e, dentre essas mortes, 1.333 homicídios foram tipificados como feminicídio. Segundo o relatório o número real é, provavelmente maior, visto que a polícia não registra como feminicídio os casos em que não está clara a motivação.

O documento também denuncia a precariedade da rede de apoio às vítimas da violência de gênero. Segundo dados recolhidos pela ONG internacional, nos últimos anos, 23 casas que recebiam mulheres e crianças em necessidade foram fechadas por corte de gastos. O Brasil possui mais de 200 milhões de habitantes e atualmente, há apenas 74 abrigos abertos para atender essas mulheres vítimas de violência doméstica. A quantidade de delegacias de atendimento à mulher ou os núcleos especializados que existem em delegacias também caíram: passaram de 504 para 497 no período analisado pelo relatório.

A queda no orçamento é ainda mais drástica. Segundo a HRW, em 2014, R\$ 73 milhões foram utilizados pela Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres. Em 2017, foram R\$ 47,3 milhões e, até março de 2018, apenas R\$ 3,3 milhões

foram gastos pela pasta. Em entrevista o pesquisador César Muñoz, da Human Rights Watch afirmou que a “violência doméstica virou uma epidemia”, e as autoridades não estão priorizando a rede de proteção à mulher, isso é percebido pela diminuição da rede de apoio e pelos problemas de acesso à Justiça enfrentados pelas vítimas, César Muñoz considera que os 1,2 milhão de casos de violência doméstica pendentes no Judiciário são apenas uma pequena parte do enorme problema que é a violência de gênero. “Muitas mulheres que são agredidas não denunciam por vários motivos, entre eles, por não acreditar que a polícia vá, de fato, protegê-las”, explica o pesquisador da Human Rights Watch.

Segundo o Atlas da Violência 2018, são registradas 13 mortes violentas de mulheres por dia. Em 2016, 4.645 mulheres foram assassinadas no país. O número representa um aumento de 6,4% no período de dez anos.

Já em 2017, dois anos após a Lei do Feminicídio entrar em vigor, os tribunais de justiça de todo o país movimentaram 13.825 casos. Destes, foram contabilizadas 4.829 sentenças proferidas. Os dados são do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O Ministério dos Direitos Humanos (MDH) divulgou o balanço do Ligue 180 – Central de Atendimento à Mulher, com dados referentes ao período de janeiro a julho de 2018. Gratuito, o serviço de utilidade pública é oferecido pelo MDH e funciona 24 horas todos os dias, incluindo feriados e fins de semana.

De janeiro a julho de 2018, o Ligue 180 registrou 27 feminicídios, 51 homicídios, 547 tentativas de feminicídios e 118 tentativas de homicídios. No mesmo período, os relatos de violência chegaram a 79.661, sendo os maiores números referentes à violência física (37.396) e violência psicológica (26.527).

Entre os relatos de violência, 63.116 foram classificados como violência doméstica. Os dados abrangem cárcere privado, esporte sem assédio, homicídio, tráfico de pessoas, tráfico internacional de pessoas, tráfico interno de pessoas e as violências física, moral, obstétrica, patrimonial, psicológica e sexual.

Logo, faz-se necessário a celeridade na aplicabilidade da lei Maria da Penha em punir com rigor àqueles que promovem a violência, buscando condições e agilidade no cumprimento da lei contra os possíveis agressores no âmbito familiar.

Por isso, não há ineficácia na Lei Maria da Penha, vez que, está claro que a lei é muito bem assistida. As mulheres comparecem às delegacias e denunciam seus agressores. Entretanto, é verificado falhas na execução da lei, pois o Estado não dá suporte necessário, montando uma estrutura, como: preparar o agente policial, equipar viaturas, construir abrigos com profissionais competentes na área de psicologia, assistência social, etc, que possa amparar as vítimas, assegurando a elas uma vida livre de violência.

CONCLUSÃO

A violência doméstica cresce independente da modernidade e dos direitos iguais. Muitos homens ainda vêem as mulheres como objeto, também sexual; banalizando a relação, que conseqüentemente fica desgastada, causando a perda do respeito mútuo no seio da família.

O objetivo da criação da Lei 11.340/2006 – LMP, foi criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Com o surgimento da referida lei pode-se observar uma maior segurança às mulheres, visando punir rigorosamente o agressor, vez que, a pena máxima foi elevada, não sendo permitida a aplicação da Lei 9.099/95. Foi visando inibir condutas violentas praticadas pelo agressor, que a lei Maria da Pena elencou medidas de proteção, sendo possível a aplicação da prisão preventiva, espécie de prisão cautelar, desde que comprovado os indícios de autoria e materialidade.

As medidas protetivas servem justamente para proteger a vítima, mas isso não vem ocorrendo, uma vez que, elas não estão sendo usadas como manda a Lei 11.340/06.

Foi a partir daí que a eficácia da lei passou a ser questionada, vez que, a sua aplicação nos casos de violência doméstica vem gerando revolta na sociedade, mediante a impunidade dos sistemas policiais e jurídicos. É notável que parte das mulheres venceram o medo, e começaram agir com maior frequência nas delegacias apropriadas, buscando ajuda, porém as medidas de proteção não estão sendo aplicadas como determina a Lei.

Ao longo do estudo podemos observar através dos posicionamentos de diversos juristas que a Lei Maria da Penha dá diretrizes à proteção da vítima e a

punição do agressor, é eficaz, porém verificam-se falhas na sua aplicabilidade, vez que o poder público conjuntamente com o Judiciário e em especial o executivo, não criam mecanismos de proteção às vítimas como casas de abrigo em que elas possam ser assistidas por profissionais capacitados para uma possível reabilitação ao convívio social, assim como estabelecido nas Políticas Públicas de enfrentamento à violência contra a mulher.

Deve-se então, o poder público adotar medidas necessárias que dê suporte suficiente às vítimas, implantando ações voltadas ao combate à violência doméstica, com vista a garantir o exercício pleno da cidadania e o reconhecimento dos direitos humanos, através de ações que fortaleçam o vínculo entre os casais, preparando-os para a prevenção da violência no lar.

Enquanto o Judiciário aplica a lei, o poder público não consegue agilidade na ação policial para atender as ocorrências, dando proteção à mulher, vítima da violência doméstica.

Desse modo, a Lei 11.340/06 demonstra eficácia e competência, porém não sendo bem aplicada, gera impunidade e isso não está na deficiência da lei, está na deficiência em executá-la.

Sendo assim, devem os órgãos competentes executar adequadamente a Lei que ampara a mulher, vítima da violência doméstica.

REFERÊNCIAS

OPAS (Organização Pan-americana de Saúde). **Resolução XIX**. Violência e Saúde. Washington, DC: Opas, 1993.

KRUG, E. G, et al. (eds.) **World report on violence and health**. Geneva. World Health Organizations, 2002.

HAYECK, C. M. Refletindo sobre a violência. Revista Brasileira de Historia & Ciências Sociais – RBHCS, São Leopoldo, ano 1, n.1, jul. 2009.

OMS (Organização Mundial da Saúde). **Relatórios diversos**, 1998.

MINAYO, M. C. S. **Violência e Saúde**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006.

Relatório sobre o Progresso das Mulheres no Brasil. Disponível em: http://onumulheres.org.br/wp-content/themes/vibecom_onu/pdfs/progresso.pdf . Acesso em 05 nov. 2018.

ONU (Organização das Nações Unidas). Resposta à violência baseada em gênero no Cone Sul: avanços, desafios e experiências regionais, 2011. (Relatório regional) Disponível em: http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_crime/Publicacoes/Respostas_Violencia_Genero_Cone_Sul_Port.pdf Acesso em: 07 nov. 2018.

BRASIL, Lei nº10.886 de 17 de junho de 2004. Acrescenta parágrafos ao art. 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, criando o tipo especial denominado "Violência Doméstica" Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2004/Lei/L10.886.htm > Acesso em 07 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal... **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm > Acesso em 24 out. 2018

COELHO, E. B. S. et al. **Políticas Públicas no enfrentamento da violência por parceiro íntimo**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2018. Disponível em: <http://www.unasus.ufsc.br> Acesso em 26 out. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.641, de 3 de abril de 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2018/Lei/L13641.htm Acesso em: 14 jan. 2019.

SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA MULHERES. Ministério dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/> . Acesso em: 07 jan. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 91.

HUMANS RIGHTS WATCH. **Relatório global 2019**. Disponível em <https://www.hrw.org/pt/world-report/2019/country-chapters/326447#27f2ce> acesso em 25 jan 2019.

FRAUDES À REGRA DA COTA GÊNERO E OS MECANISMOS JURÍDICOS PARA DEFESA DA REPRESENTATIVIDADE FEMININA NA POLÍTICA

VANESSA GOUVEIA BELTRÃO: Advogada. Pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, Pós-graduada em Direito Administrativo pela Universidade Anhaguera-Uniderp. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba.

RESUMO: O presente ensaio tem a finalidade de analisar o histórico de sub-representação feminina nos parlamentos brasileiros, as medidas legislativas adotadas para mitigar este problema e as fraudes realizadas por partidos políticos para fugir da regra da reserva de cota de gênero na formação das coligações eleitorais. Além de se abordar a postura temática do Poder Judiciário também se propõe a solução da matéria por meio do ajuizamento de ação eleitoral específica.

Palavras-chave: Representatividade feminina na política, reserva de cota de gênero, candidaturas laranjas de mulheres, ação de impugnação ao mandato eletivo.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. A BAIXA REPRESENTATIVIDADE FEMININA NA POLÍTICA BRASILEIRA. O FRACASSO DA LEI N.º 12.034/2009 DIANTE DA MALÍCIA DOS PARTIDOS. A TENTATIVA FRUSTRADA DE MITIGAÇÃO DO PROBLEMA PELO JUDICIÁRIO. PROBLEMAS CONCRETOS DA BAIXA REPRESENTATIVIDADE FEMININA. O INSTRUMENTO PARA ENFRENTAMENTO DAS FRAUDES À COTA DE GÊNERO. CONSEQUÊNCIAS ATRIBUÍDAS À AIME QUE VISA A APURAR FRAUDE À LEI ELEITORAL NO QUE TANGE À REGRA DA RESERVA DE COTA DE GÊNERO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O estudo em comento tem por objetivo analisar *(i)* a baixíssima representatividade feminina na política brasileira e as consequências que tal fato tem na geração de políticas públicas temáticas para este gênero; *(ii)* o fracasso atual dos métodos legais que tentam garantir efetiva participação política das

mulheres no parlamento; *(iii)* a forma como a Justiça Eleitoral tem olhado para a sub-representação feminina na política e *(iv)* o ajuizamento de ação de impugnação ao mandato eletivo como o expediente processual adequado para o combate às burlas à regra da cota de gênero nas eleições.

Tem-se a pretensão de expor que, ao longo dos tempos, o Brasil viveu uma cultura de representatividade política quase que exclusivamente masculina, tanto em virtude de um atraso no desenvolvimento do pensamento no que se refere ao respeito às diversidades humanas, como também em virtude de uma legislação que não se preocupou em criar um ambiente plural para acesso aos parlamentos do país.

Além das causas e efeitos destes fatos, abordar-se-á a perspectiva jurídica das eleições, observando o desenvolvimento da legislação brasileira na última década, a resistência que os grupos políticos apresentam em respeitar o espaço feminino na formação de coligações eleitorais, bem como serão investigadas as abordagens que o direito eleitoral pátrio tem proposto para solucionar a questão.

Neste introito é oportuno registrar que qualquer debate sobre representatividade feminina na política não pode deixar de ter como principal motivação a crescente onda de fraudes nas cotas de gênero criadas pela Lei n.º 12.034, de 2009, que previu que cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada um dos sexos. Tal lei tinha em mente o objetivo de dar proteção à universalização das chances da postulação eleitoral entre brasileiros, tendo criado o que passou a ser chamado de “reserva de cota de gênero”.

Desde sua criação, no ano 2009, a cota de gênero nunca foi realmente cumprida. Contudo esse debate tinha pouca visibilidade, porque a lei não impunha uma consequência concreta para sancionar aquelas coligações que deixassem de cumprir materialmente o comando legal, bem como porque as consequências negativas eram adstritas apenas às mulheres que perdiam seu direito de representação pública, todavia tal conduta não tinha qualquer repercussão financeira com relação ao financiamento de campanha.

A partir das eleições de 2018 a problemática em tela entrou em forte evidência em razão da criação do financiamento público das campanhas eleitorais. Isto porque o Supremo Tribunal Federal determinou que, além de cada

sexo ter a reserva de cota de gênero de 30% das candidaturas, também deveria ter a reserva de gênero de 30% no momento do rateio dos R\$ 1.716.209.431,00 do Fundo Especial do TSE que foram destinados ao patrocínio das campanhas.

Visando o dinheiro e querendo garantir o recebimento de quotas-partes mais expressivas, partidos e coligações de todo o Brasil prontamente apresentaram inúmeras candidaturas fictícias – as chamadas “candidatas laranjas” – com o objetivo de preencher os requisitos normativos para poder receber recursos do financiamento público eleitoral. Nesse contexto, tais fraudes nas cotas de gênero das eleições vulneraram ainda mais o déficit representativo feminino na política.

A faceta do consagrado princípio constitucional da isonomia no direito eleitoral é o princípio da igualdade de oportunidades no prélio eleitoral. Sem que o problema das fraudes nas cotas de gênero seja enfrentado a democracia brasileira nunca será plena e a igualdade de oportunidades ao acesso aos mandatos eletivos encontrará óbice nos partidos que têm interesse em não oxigenar a composição das Casas Legislativas.

Para que haja efetiva universalidade de chances entre os que anseiam postular um espaço na política é preciso resguardar o espaço feminino, já que mulheres, historicamente, vêm sendo alvo de violências institucionais na cultura eleitoral brasileira, conforme será abordado e exposto neste artigo.

A BAIXA REPRESENTATIVIDADE FEMININA NA POLÍTICA BRASILEIRA

Em termos teóricos, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 aparenta ser revestida com ares de perfeição no que se refere à universalização do voto e à concepção de uma democracia plena, já que possui cláusulas expressas dotando o sistema pátrio com a previsão de representatividade política e social de minorias e majorias, sem quaisquer distinções. Logo, em tese, não deveríamos enfrentar obstáculos de sub-representação de gênero.

Além de toda carga democrática axiológica pulverizada de forma implícita na Carta Cidadã, quando o tema é sistema de representação eleitoral, pode-se

mencionar expressamente os seguintes trechos que materializam o espírito do legislador constituinte: "*Todo o poder emana do povo*", "*A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal*" e, como não poderia deixar de ser, "*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*".

No que atine à concretização da igualdade, o problema brasileiro não é a lacuna normativa constitucional, já que estamos guarnecidos com um modelo jurídico que tem nível de excelência ao prever métodos de materialização da soberania popular. No entanto, no campo fático, de forma dolorosa, há que se reconhecer o insucesso do arranjo democrático no que se refere à participação efetiva das mulheres na política, caracterizando-se como verdadeira chaga no aparelho brasileiro de representatividade social.

As mulheres vivem em um cenário de sub-representação. Suas aspirações não são debatidas nos parlamentos, bem como as políticas públicas femininas não conseguem ser desenvolvidas ou aprofundadas. E o fato é que sempre existiu um hiato de gênero identificado na representatividade política brasileira, que criou um distorcido ambiente sem lideranças femininas nos cargos eletivos.

A situação é tão grave que estudos da *União Parlamentar Internacional* apontam que o Brasil tem menos representatividade feminina na política que a Arábia Saudita^[1]. Em dezembro de 2018, por meio do levantamento "*Women in national parliaments*", a representatividade feminina na política brasileira correspondia a apenas 15,0% na Câmara Federal, enquanto, na Arábia Saudita, este patamar atingiu 19,9% de presença feminina. E isso porque apenas no ano de 2015 a Arábia Saudita permitiu a participação das mulheres na política.

Outro cotejo aterrorizante é comparar a representatividade política feminina do Brasil com o Afeganistão. Enquanto nosso Senado Federal é composto por 14,8% de mulheres, no referido país do Oriente Médio esta mesma Casa Legislativa tem 30,9% de representação feminina, também segundo o mesmo estudo "*Women in national parliaments*".

Saliente-se que o Afeganistão conseguiu o dobro da representatividade feminina brasileira mesmo vivendo sob o regime talibã, onde mulheres que mostram o tornozelo em público são açoitadas, adúlteras são apedrejadas em praça pública, e não há permissão de uso de cosméticos, salto alto ou calças. Ainda

assim, em meio a essa rígida cultura misógina, há proporcionalmente duas vezes mais senadoras na política afegã, do que no parlamento brasileiro. É estarrecedor.

A título de exemplo, mais um comparativo válido a se fazer é entre a participação das mulheres brasileiras e as sul-africanas na Câmara Federal. Historicamente, cabe registrar que apenas em 1994 houve a plena liberação da participação das mulheres sul-africanas na política, em virtude do fim do Apartheid. E, em 2018, a representação feminina na África do Sul já atingia o patamar de 42,7% dos acentos do parlamento. Já no Brasil, o sufrágio feminino teve início já em 1932, mas em 2018 (86 anos depois) apenas 15,0% da Câmara dos Deputados era composta por mulheres.

Na cultura eleitoral paraibana, o contexto de baixíssima efetividade constitucional é ainda pior do que os dados gerais do Brasil. Basta dizer que apenas 13,8% das cadeiras na Assembleia da Paraíba estão sendo ocupadas por deputadas estaduais durante a legislatura 2019-2022 e, por sua vez, a representatividade feminina na Câmara Federal atingiu apenas 8,3% dos parlamentares eleitos pela Paraíba, para o mesmo quadriênio 2019-2022.

No Estado da Paraíba a situação é tão grave que, segundo os dados do Repositório de Informações do TSE^[2], nas eleições de 2016, no Município de Maturéia-PB, um único voto foi destinado a mulheres, mesmo com essa cidade sertaneja contando com um eleitorado de 4.950 pessoas aptas a votar e tendo 12 candidatas formalmente inscritas na disputa^[3].

Os dados são impressionantes. Esse fenômeno de baixa representatividade feminina certamente é incompatível com a Constituição tão pródiga em relação à valorização da universalização da democracia e ampla igualdade de chances na postulação política que rege o Brasil. Além disso, conforme será demonstrado ao longo deste artigo, a Lei Federal n.º 12.034/2009 fora editada pelo legislador pátrio justamente com a intenção de eliminar essa distorção, garantindo a reserva da cota de gênero nas candidaturas ao parlamento, sendo esse um método que deveria ter aumentado a efetividade do Espírito Constitucional.

Com o advento da Lei Federal n.º 12.034/2009, as eleições mostraram que o percentual proporcional de mulheres candidatas subiu, afinal, formalmente as coligações passaram a respeitar a regra da cota de gênero. Contudo, esse respeito

foi meramente formal, já que as coligações passaram a driblar o conteúdo teleológico da norma ao apresentar candidaturas femininas fictícias, também denominadas de “candidatas laranjas”.

O FRACASSO DA LEI N.º 12.034/2009 DIANTE DA MALÍCIA DOS PARTIDOS

O princípio da igualdade de oportunidades na disputa eleitoral tem se apresentado com baixíssima densidade normativa, principalmente em um contexto no qual a falta de educação do povo, a corrupção impingida por esquemas políticos que querem se perpetuar no poder e a cultura oligárquica transformam a ocupação de cargos eletivos brasileiros em verdadeiras capitâneas hereditárias.

Para tentar suprir a baixa densidade normativa da universalização do acesso aos cargos públicos eletivos, a Lei Federal n.º 12.034/2009 trouxe uma sensível alteração ao texto original Lei das Eleições (Lei Federal nº 9.504/1997) criando a regra da reserva de cota de gênero, que preconiza que uma coligação só poderá ser registrada se for composta por, pelo menos, 30% de integrantes de cada gênero.

Evidentemente a *mens legis* desta inovação legislativa é louvável e merecedora de encômios, eis que tinha por objetivo mitigar uma injustiça histórica. Contudo, em razão da dinâmica procedimental natural do processo eleitoral, a lei se apresentou infrutífera em relação à tutela dos valores pretendidos, já que as agremiações políticas brasileiras encontraram uma maneira de burlá-la, sem ficar sujeito a punições.

Para compreender o método de burla à regra da reserva de cota de gênero é necessário ter em mente, inicialmente, que o processo eleitoral tem seu pontapé com a realização das convenções partidárias, sendo este o momento em que as agremiações políticas se reúnem para escolher seus candidatos.

Partindo da premissa que a lei impõe que 30% das vagas sejam preenchidas por mulheres, os caciques partidários começaram a inserir nomes aleatórios de mulheres (candidatas fictícias) na lista de postulantes, apenas para atingir a cota proporcional dos 30%, atendendo formalmente ao citado requisito de registrabilidade de uma coligação proporcional. Tal conduta tem como objetivo o

deferimento do DRAP (Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários) pela Justiça Eleitoral, para viabilizar o deferimento dos RCANs (Registros de Candidaturas) individuais dos candidatos.

Com a aprovação do DRAP pela Justiça Eleitoral, as candidatas fictícias desapareciam da disputa, já que elas já tinham logrado seu objetivo – servir de mero instrumento para viabilizar a disputa real entre os homens integrantes da coligação. E, de acordo com o procedimento natural de processo eleitoral, nada mais poderia ser feito, já que esta farsa só viria a ser descoberta após as eleições, com o advento da abertura das urnas e verificação que as mulheres não obtiveram votos.

Conforme descrição acima mencionada, é possível perceber que essa fraude é facilmente diagnosticada, mas apenas em momento posterior às eleições, razão porque nenhuma atitude corretiva poderia ser tomada, eis que os pedidos de registro de candidatura já tinham sido anteriormente deferidos e haviam transitado em julgado, no desenrolar do processo eleitoral. Desse modo, não havia no meio processual um instrumento apto a revolver aspectos do registro de candidatura em momento posterior à votação.

O objetivo da prática da fraude é tentar ganhar benefícios eleitorais às custas do sistema proporcional de representação. Isso porque para poder lançar dois candidatos “puxadores de voto” – candidatos homens - é necessário apresentar uma candidata mulher, de forma a manter o respeito à proporcionalidade dos 30% do gênero. As coligações eleitorais se valem do expediente das candidaturas femininas laranjas para poderem lançar o maior número possível de postulações masculinas, que em última medida, são aquelas capazes de atrair votos para a coligação.

Estudos temáticos demonstram^[4], a partir de dados extraídos do TSE, que o número de candidaturas femininas cresceu exponencialmente desde o advento da Lei Federal n.º 12.034/2009, já que as coligações passaram a inscrever candidatas laranjas para respeitar a regra da cota de gênero, contudo, isso não representou um incremento de um aumento na representação feminina nos parlamentos brasileiros, justamente porque as candidaturas femininas, em grande parte, eram fictícias.

A única conclusão a que se pode chegar após 10 anos de edição da Lei Federal n.º 12.034/2009 é que, apesar da sua *mens legis* ser merecedora de lauréis, sua aplicação prática foi um retumbante fracasso, diante da persistente cultura brasileira de privilegiar a participação de homens na política, além da facilidade de burla de suas regras.

Novamente extraído dados do repositório de informações do TSE observamos que desde 2004 (antes da Lei Federal n.º 12.034/2009) até as eleições de 2016, a média de participação de mulheres nas câmaras de vereadores de todo o Brasil oscilou entre 12% e 14%, o que comprova um cenário de absoluta sub-representação, sem qualquer alteração de contexto de mulheres eleitas em decorrência da edição da nova lei. Isso reforça o entendimento de que a inovação legislativa não logrou êxito em alterar o cenário fático alvo de tantas críticas.

Relativamente ao mesmo período comparado (2004-2016), o número de candidaturas femininas subiu de uma média de 21% para 32%, mas, o número de votos em mulheres desabou de 25% para 16%. Tais dados são capazes de comprovar a existência de candidaturas fictícias, pois se criou um panorama com mais candidatas mulheres nas coligações eleitorais, mas com menos votos lhes sendo destinados, mantendo-se rigorosamente a mesma sub-representação proporcional em relação ao número de candidatas eleitas.

Se os partidos e coligações conseguem cumprir os requisitos da regra da cota de gênero, mas isso não interfere na representação feminina na política, outra não pode ser a conclusão senão que o cumprimento à Lei n.º 12.034/2009 tornou-se um ato meramente formal de inscrição de nomes femininos na ata de convenção das eleições, tratando-se de fraude ao próprio processo eleitoral, já que tais mulheres emprestam seus nomes para viabilizar uma chapa que – na realidade, não na formalidade – postula eleger apenas homens, sem se importar com o grave cenário de sub-representação de mulheres.

Com a onda de fraudes ocorridas após a edição da Lei n.º 12.034/2009, a doutrina pátria passou a combater ferozmente a prática de candidaturas femininas artificiais. A respeito, é válido conferir o excerto: "*A candidatura de laranjas é ato acintoso ao sistema jurídico, fato que representa verdadeiro deboche ao povo brasileiro, sobretudo às mulheres, ao ordenamento jurídico, ao Poder Judiciário e*

à Constituição da República que consagra como um de seus vetores o princípio da igualdade" (MACEDO, 2014)

A jurisprudência também se manifestou prontamente contra a fraude das candidaturas artificiais femininas, reconhecendo-se a ilegitimidade desta postulação eleitoral fictícia, já que é perceptível que esta medida representa um abuso de direito praticado pelos partidos políticos, sob o pretexto de gozo de sua autonomia partidária para escolha de candidatos.

"A autonomia partidária contida no § 1º do art. 17 da CF/88 não significa soberania para desrespeitar, direta ou indiretamente, valores e princípios constitucionais: é imperativo que agremiações observem a cota de gênero não somente em registro de candidaturas, mas também na propaganda e assegurando às mulheres todos os meios de suporte em âmbito intra ou extrapartidário, sob pena de se manter histórico e indesejável privilégio patriarcal e, assim, reforçar a nefasta segregação predominante na vida político-partidária brasileira".

(TSE - RP nº 282-73/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, em 23.02.2017).

O problema existe e é de conhecimento nacional. Seu diagnóstico também é de fácil realização, após a conferência do número de votos atribuídos às mulheres que ofereceram seus nomes apenas para atingir formalmente o coeficiente eleitoral, sem ter real intenção de realizar uma postulação consistente. O desafio é encontrar um mecanismo efetivo de combate a essa burla à regra da cota de gênero, galgando mais um passo em direção à universalização do acesso aos cargos eletivos.

A TENTATIVA FRUSTRADA DE MITIGAÇÃO DO PROBLEMA PELO JUDICIÁRIO

Identificar o insucesso na regra da cota de gênero é fácil, bastando se observar que, estatisticamente, nenhuma alteração ocorreu nos últimos dez anos relativamente à majoração da presença de mulheres na política brasileira. Para

tentar enfrentar o problema telado, o Poder Judiciário resolveu valer-se do ativismo para delimitar regras concretas que visassem a dar maior densidade normativa ao princípio constitucional da igualdade de oportunidades em relação ao acesso aos cargos eletivos.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a decisão mais representativa em relação a tentar frear a discrepância de representatividade política entre gêneros foi no âmbito do julgamento da ADI n.º 5617, em 15.03.2018. O Pretório Excelso deu *interpretação conforme a Constituição* ao art. 9º da Lei 13.165/2015, determinando a equiparação da proporcionalidade de candidaturas por gênero (pelo menos 30%) ao patamar mínimo de recursos do Fundo Partidário destinados a cada gênero, garantindo-se a percepção de, no mínimo, 30%, pelas candidatas do gênero feminino.

Ao manter uma postura de defesa social e promover a referida *interpretação conforme*, o Supremo se apoiou em cinco relevantes fundamentos, sendo eles: **(i)** as ações afirmativas femininas prestigiam o direito à igualdade; **(ii)** é incompatível com o direito à igualdade a distribuição de recursos públicos orientada apenas pela discriminação em relação ao sexo da pessoa; **(iii)** a autonomia partidária não consagra regra que exima o partido do respeito incondicional aos direitos fundamentais, especialmente ao direito à igualdade; **(iv)** a igualdade entre homens e mulheres exige não apenas que as mulheres tenham garantidas iguais oportunidades, mas também que sejam elas empoderadas por um ambiente que as permita alcançar a igualdade de resultados; **(v)** a participação das mulheres nos espaços políticos é um imperativo do Estado, uma vez que a ampliação da participação pública feminina permite equacionar as medidas destinadas ao atendimento das demandas sociais das mulheres.

Estes mesmos fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal em relação à distribuição proporcional do Fundo Partidário também foram levantados pelo TSE no bojo da Consulta n.º 0600252-18.2018.6.00.0000, quando se decretou que os recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) também deveriam ser rateados, nos mesmos moldes do art. 10, §3º criado pela Lei n.º 12.034/2009.

Esta decisão do Tribunal Superior Eleitoral teve o objetivo de promover reserva para cota de gênero também em relação ao rateio dos recursos públicos utilizados para financiamento das postulações eleitorais, de modo que pelos menos 30% dos valores deveriam ser aplicados em candidaturas femininas. Com reserva de cota de candidaturas, reserva de tempo de propaganda gratuita no rádio e televisão, bem como, agora, com reserva de recursos públicos para realização de despesas eleitorais, a lógica era que as eleições de 2018 fossem um marco de respeito à isonomia de gênero.

Contudo, mais uma vez, a cultura misógina de monopólio masculino dos partidos impediu que se pudesse viver um cenário de plena liberdade e isonomia em relação ao lançamento de candidaturas e realização de campanhas eleitorais. Isso porque uma nova fraude foi tramada nas candidaturas de todo o Brasil, consistente no desvio de recursos do fundo de financiamento especial de candidaturas, utilizando-se mulheres como laranjas para a realização de despesas em favor da candidatura de homens privilegiados pelas coligações.

A sistemática da fraude é bem simples: cumprindo formalmente a determinação do TSE, os recursos do fundo especial de financiamento eram destinados às candidatas. Contudo, conforme vinha ocorrendo desde a edição da Lei n.º 12.034/2009, estas candidaturas femininas eram artificiais (laranjas), que serviam como fantasmas para a realização de despesas junto a empresas que, por sua vez, emitiam notas fiscais a serem utilizadas nas prestações de contas. Contudo, tais empresas em vez de realizarem serviços em prol das candidatas, prestavam serviços a candidatos homens do mesmo partido.

Em resumo, assim ocorreu a fraude em 2018: o dinheiro público do Fundo Especial do TSE deveria ser destinado às mulheres, as candidaturas eram de mulheres, as notas fiscais eram lançadas em nome das mulheres e a contabilidade eleitoral computava as despesas como se fossem das mulheres. Contudo, as empresas contratadas prestavam serviços em favor dos homens da coligação, por determinação dos partidos, a fim de facilitar o êxito eleitoral das candidaturas masculinas.

Não se pode negar que o Poder Judiciário fez sua parte. Ao se deparar com a discrepância de representação entre os gêneros, frente à inércia do Legislativo, o STF e o TSE se valeram do ativismo judicial para estipular regras concretas de

tutela à política pública afirmativa de representatividade feminina no parlamento e estender a diretriz prevista na Lei n.º 12.034/2009, não apenas para a reserva de candidaturas, mas também para a reserva de recursos do fundo especial de financiamento de candidaturas.

Contudo, notícias vistas aos montes na imprensa informam a descoberta de novas candidaturas laranjas. Esta constatação demonstra que ainda há muito a evoluir para se chegar em um patamar isonômico entre os gêneros, onde os partidos políticos não consigam mais criar mecanismos para atravancar as tentativas de dar voz na política àquelas que representam 52% da população brasileira, as mulheres.

PROBLEMAS CONCRETOS DA BAIXA REPRESENTATIVIDADE FEMININA

O primeiro problema de ordem concreta com relação à baixa representatividade feminina na política se revela sob o prisma individual. Na medida em que inexiste a efetiva universalização do acesso aos cargos eletivos, as mulheres não conseguem competir com os homens que já estão na política e têm o monopólio de poder dos partidos políticos.

O atual método de gestão dos partidos políticos dá aos caciques destas agremiações o poder de escolher a forma de rateio do tempo destinado à propaganda política partidária e propaganda política eleitoral, além da prerrogativa de determinar como serão gastos os recursos do fundo partidário ordinário e fundo especial de financiamento de campanhas. Os partidos também têm o monopólio da escolha das candidaturas, podendo lançar os nomes de candidatos(as) de acordo com estratégias específicas de interesses dos seus dirigentes.

A fruição da autonomia partidária por parte dos atuais dirigentes não dá espaço para que novas representantes entrem na política, já que os detentores do poder criam mecanismos para perpetuação de suas próprias lideranças. Esse fundamento, aliado ao fato que hodiernamente os homens ocupam majoritariamente todos os espaços dos cargos eletivos, faz com que uma mulher não consiga vencer todos os obstáculos existentes para poder se candidatar com paridade de armas.

Por sua vez, sob o prisma coletivo a matéria fica ainda mais preocupante, já que a fraude à Lei Federal n.º 12.034/2009, ao perpetuar a sub-representação feminina na política gera consequências que se refletem na idealização, construção e execução de políticas públicas que considerem as questões mais essenciais e peculiares femininas.

É óbvio que a ausência de mulheres em cargos públicos inviabiliza um debate amplo sobre temas relevantíssimos como saúde pública, segurança pública, aborto, previdência e direitos trabalhistas, além de outras matérias sensíveis que cotidianamente fazem parte da vida social feminina e cujos pontos de vista são ignorados pelos homens, que não conseguem travar um debate adequado e amplo.

Vale ainda lembrar o óbvio: elas representam 52% da população do Brasil e não podem ficar alijadas do diálogo sobre as pautas femininas. Recentemente, o médico Dráuzio Varella fez afirmativa que merece reflexão: *se os homens parissem, o aborto seria legalizado há muito tempo.*

Não se tem a intenção de discorrer sobre o mérito do aborto, seja sobre sua legalidade ou sobre saúde pública, visa-se apenas ilustrar, mediante pauta de relevância indiscutível, a importância da opinião feminina no Congresso Nacional. Se estivéssemos em um cenário com representação feminina satisfatória na política, além desse tema ser levado a debate, poderia ser enfrentado sob diferentes pontos de vista, tonando a discussão mais rica e deixando uma eventual decisão – seja ela qual for – mais legítima do ponto de vista social e democrático.

Neste contexto de presença de mulheres nos parlamentos, independentemente do aborto ser regulamentado ou não, o fato é que se teria debate. E debate sob a perspectiva feminina, já que as mulheres, por razões óbvias, são as maiores interessadas na temática.

O mesmo ocorre em quaisquer outras demandas sociais de interesses das mulheres. Se existisse discussão com as protagonistas, talvez o Brasil estivesse dotado de leis mais eficazes de combate ao feminicídio, a proposta da nova reforma da previdência poderia abordar questões sensíveis ao bem estar das mulheres ou o SUS poderia estar dotado de práticas mais humanas em relação à violência obstétrica ou áreas afins. Uma infinidade de problemas sensíveis às

mulheres poderia ser melhor enfrentada se elas tivessem voz na formulação de políticas públicas voltadas ao público feminino.

Todos os motivos elencados conduzem à necessidade de adoção de medidas pujantes para fazer valer as normas de caráter afirmativo de representatividade feminina na política, visto que tais normas, além de serem indiscutivelmente constitucionais e que por si mesmas reclamam eficácia, também devem ser encaradas pragmaticamente como necessárias, mormente no Brasil, um país caracterizado por toda sorte de desigualdade, sobretudo nas oportunidades de participação ativa das mulheres na vida político-partidária.

O INSTRUMENTO PARA ENFRENTAMENTO DAS FRAUDES À COTA DE GÊNERO

O principal desafio para combater as fraudes à regra da cota de gênero é o fato que, na prática, só se consegue descobrir a existência de candidaturas fantasmas após o final das eleições, quando são computados os votos e é verificado que, em determinada coligação fraudadora, as mulheres não tiveram atribuída a si a confiança dos eleitores.

Já se mencionou um exemplo concreto de fraude ocorrida na cidade de Maturéia, na Paraíba, quando nas eleições de 2016, apenas um único voto foi destinado a mulheres, mesmo tal cidade sertaneja contando, à época, com um eleitorado de 4.950 eleitores aptos a votar e tendo 12 candidatas formalmente inscritas na disputa.

A atual sistemática do processo eleitoral também não ajuda na abordagem do tema, já que as coligações devem apresentar os seus documentos e atos partidários antes do microperíodo eleitoral e, caso não haja vício formal no Demonstrativo de Regularidade dos Atos Partidários (DRAP), a Justiça Eleitoral aprova este processo e o mesmo transita em julgado, concomitantemente com os pedidos de registro de candidatura, o que faz com que a matéria já esteja preclusa no momento em que as urnas são abertas, na apuração das eleições.

Neste contexto procedimental de dificuldade de impugnar um DRAP, diante de uma fraude que só será revelada no futuro, com muita perspicácia e em

boa hora, a jurisprudência pátria passou a admitir o ajuizamento de ação de impugnação ao mandato eletivo (AIME) em face de coligações que se valham que candidaturas laranja para fraudar a regra da cota de gênero criada pela Lei n.º 12.034/2009.

A AIME é expediente processual eleitoral previsto diretamente na Constituição da República, no art. 14, §10º, que dispõe que "*O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.*". O foco desta abordagem do cabimento processual de AIME diante da burla à Lei n.º 12.034/2009 reside justamente no permissivo constitucional de manejo desta ação no caso de "*fraude*".

Na práxis dos processos eleitorais, historicamente a AIME sempre foi pouco utilizada, porque as principais ilegalidades cabíveis para este expediente processual eram o *abuso de poder* e a *corrupção*, e estas matérias também podem ser abordadas em AIJES, que têm juízo cognitivo mais profundo, com maior oportunidades de dilação probatória, o que fez com que esta segunda ação assumisse a predileção dos eleitoralistas.

Em acréscimo, por muito tempo se entendeu que a "*fraude*" tratada no art. 14, §10º da Constituição Federal seria burla ao processo de votação (exemplo: manipulação de urnas), o que tornou ainda mais rara a utilização deste mecanismo processual, já que irregularidade deste quilate não é comum no cotidiano eleitoral brasileiro.

Contudo, o panorama de utilização da AIME foi modificado quando o TSE passou a compreender que a "*fraude*" aludida na Constituição Federal não diz respeito estritamente à burla à votação, mas também fraude à aplicação da lei no próprio processo eleitoral, o que modificou sensivelmente a utilização desse expediente processual, aumentando as hipóteses de seu cabimento.

Dessa maneira, diante de uma fraude à regra da cota de gênero consistente na apresentação de candidaturas artificiais femininas, apesar de posteriormente às eleições não ser mais possível impugnar o DRAP ou RCAND já que estes transitaram em julgado, com a constatação de burla às regras da Lei n.º

12.034/2009, os legitimados ainda poderiam ajuizar AIME, com a finalidade de impugnar toda a coligação que se valeu do ardil.

Esta nova conceituação atribuída ao verbete "fraude" arrolado no art. 14, §10º da Constituição Federal trouxe uma nova perspectiva para a matéria, possibilitando que os prejudicados pelo ardil na apresentação de candidaturas artificiais femininas tenham em mãos um expediente processual de repressão em face dos beneficiários da burla à regra da cota de gênero.

Especificamente sobre este tema, é fundamental observar as razões de julgamento do "standard-case" RespE n.º 1-49, pelo TSE, que confirmou que a apresentação de *candidaturas artificiais femininas* é uma espécie de fraude, bem como que tal fato gera a admissibilidade da AIME como forma de combater a ilicitude. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. CORRUPÇÃO. FRAUDE. COEFICIENTE DE GÊNERO.

1. Não houve violação ao art. 275 do Código Eleitoral, pois o Tribunal de origem se manifestou sobre matéria prévia ao mérito da causa, assentando o não cabimento da ação de impugnação de mandato eletivo com fundamento na alegação de fraude nos requerimentos de registro de candidatura.

2. O conceito da fraude, para fins de cabimento da ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14, § 10, da Constituição Federal), é aberto e pode englobar todas as situações em que a normalidade das eleições e a legitimidade do mandato eletivo são afetadas por ações fraudulentas, inclusive nos casos de fraude à lei.

3. A inadmissão da AIME, na espécie, acarretaria violação ao direito de ação e à inafastabilidade da jurisdição.

Recurso especial provido.

(TSE - Recurso Especial Eleitoral n° 149, José Freitas/PI, rel. Min. Henrique Neves da Silva, em 4.8.2015)

Ato contínuo, cabe observar trecho brilhantemente lapidado pelo Ministro Henrique Neves, extraído da "*ratio decidendi*" do Recurso Especial Eleitoral nº 149, cuja ementa foi supratranscrita:

[...] Penso que o termo fraude, estampado no art. 14, § 10, da Constituição Federal, encerra conceito aberto, a englobar todas as situações de fraude - inclusive a de fraude à lei - que possam afetar a normalidade das eleições e a legitimidade do mandato obtido. [...]

Realmente, o cabimento da ação de impugnação de mandato eletivo deve ser admitido como instrumento processual de salvaguarda da legitimidade e da normalidade das eleições contra toda sorte de abuso, corrupção ou fraude, não cabendo impor limitações ao texto constitucional que não estejam previstas na própria Constituição Federal.

Nessa linha, cumpre destacar que essa compreensão do conceito de fraude para efeito do cabimento da ação de impugnação de mandato eletivo não encerra, em si, interpretação extensiva, mas o mero reconhecimento de que onde o constituinte não distinguiu, não cabe ao legislador ordinário ou ao intérprete distinguir para efeito de reduzir o alcance do comando constitucional. [...]

Nesse aspecto, as alegações de fraude à lei, nas quais se aponta que determinada regra foi atendida a partir de suposto engodo praticado pela agremiação política, não podem ter a sua análise extirpada do âmbito da ação de impugnação de mandato eletivo. [...]

Nesse ponto, é importante destacar que a hipótese dos autos não contempla mera aferição da observância ou não dos percentuais de gênero das candidaturas previstas na legislação eleitoral, o que é, em si, matéria a ser aferida no momento da impugnação ou da análise do Demonstrativo

de Regularidade dos Atos Partidários - DRAP, conforme é pacífico na jurisprudência deste Tribunal.

O que se narra na presente ação - cuja veracidade deve ser oportunamente verificada - é a existência de candidaturas fictícias lançadas apenas para atender os patamares exigidos pela legislação eleitoral. A análise de tais questões - inclusive no que tange ao eventual oferecimento de valores e vantagens para que as candidatas renunciassem - é matéria que, evidentemente, não pode ser aferida, nem mesmo apontada no início do processo de registro de candidaturas, pois os fatos que apontariam para a caracterização da alegada fraude teriam ocorrido também em período posterior ao do registro das candidatas. [...]

Assim, no presente caso, os fatos apontados pelos recorrentes não podem ser considerados, a priori, como insuficientes para configurar hipótese de cabimento da ação de impugnação de mandato eletivo.

A doutrina assim se expressa sobre o alcance do objeto da AIME, explicando que as candidaturas fictícias são uma espécie de fraude, passíveis de serem impugnadas via tal ação constitucional:

“A AIME também pode veicular o fato *fraude*, expressão que deve ser entendida como toda conduta capaz de desvirtuar ou alterar os elementos e as condições da disputa ou inserindo fator estranho ao processo eleitoral, tudo para beneficiar o candidato, em detrimento dos demais. [...]

Como mencionado no Capítulo II (Registro de Candidatura) – Item 4 (Reserva de Gênero), os partidos devem compor suas listas de candidatos às eleições proporcionais (vereadores e deputados) com observância dos percentuais mínimo (30%) e máximo (70%) para cada um dos sexos. Diante da dificuldade que alguns enfrentam para apresentar pelo menos 30% de mulheres, candidaturas

fictas são levadas a registro, daí decorrendo renúncias ou completa inexistência de campanha.

A manobra, como se vê, acaba possibilitando a participação do partido na eleição, já que, sem se desincumbir dessa ação afirmativa de participação das mulheres, o partido não teria sequer seu DRAP deferido, ficando prejudicados os registros de todos os seus candidatos, porque devolvida a lista.

Com essa fraude, o partido obtém votação capaz de eleger um ou mais candidatos.”

(Edson de Resende Castro, Curso de Direito Eleitoral, pág. 465, Editora Del Rey, 2016)

Replicando a conceituação clássica do doutrinador Pontes de Miranda, transcrita originalmente no REspE n.º 1-49 (TSE), cabe mencionar que *"fraude consiste em se praticar o ato de tal maneira que eventualmente possa ser aplicada outra regra jurídica e deixar de ser aplicada a regra jurídica fraudada. Aquela não incidiu, porque incidiu essa; a fraude à lei põe diante do juiz o suporte fático, de modo tal que pode o juiz errar. A fraude à lei é infração à lei, confiando o infrator em que o juiz erre. O juiz aplica a sanção, por ser seu dever de respeitar a incidência da lei (de não errar)".*

A partir da doutrina e jurisprudência pátria, extrai-se a firme conclusão de que não é possível interpretar restritivamente o conceito de *"fraude"* tratado pelo art. 14, §10 da CF/1988. Não se deve restringir o que o próprio constituinte não restringiu. Tal premissa gera a necessidade de admissibilidade da AIME para combater fraudes não apenas em relação ao processo de votação, mas também no que se refere ao escorreito cumprimento das regras de todo o processo eleitoral.

Vale salientar que, no caso do registro de candidaturas de mulheres para cumprir a regra da cota de gênero, o poder decorrente do monopólio das candidaturas exercido pelos partidos políticos não se limita ao mero lançamento formal de candidaturas, pois a regra - como ação afirmativa - impõe que o seu

conteúdo seja efetivamente respeitado de modo que as postulações eleitorais lançadas sejam efetivas e reais.

A partir de todas essas razões, sendo a AIME uma ação constitucional admissível na hipótese de fraude "*lato sensu*", e, considerando-se que a burla às regras legais de proteção à representatividade feminina na política é considerada uma hipótese de fraude às regras do processo eleitoral, confirma-se a admissibilidade processual da ação de impugnação ao mandato eletivo, como via repressiva para combater fraudes na cota de gênero.

CONSEQUÊNCIAS ATRIBUÍDAS À AIME QUE VISA A APURAR FRAUDE À LEI ELEITORAL NO QUE TANGE À REGRA DA RESERVA DE COTA DE GÊNERO

Firmada a conclusão que é admissível ação de impugnação ao mandato eletivo com relação à fraude à aplicação da lei eleitoral, notadamente no que diz respeito à regra da reserva de cota de gênero, cabe avançar esse estudo para as consequências práticas de tal entendimento, passando a investigar os efeitos de um julgamento de procedência desta ação eleitoral.

Regressando à primeira premissa normativa sobre o tema, vale repisar que a Lei n.º 12.034, de 2009, estabeleceu que "*cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo*". A partir daí, para dar proteção imediata à universalização das chances da postulação eleitoral entre brasileiros, criou-se regra da *cota de gênero*.

Ainda no início do procedimento eleitoral, se a indigitada participação de gênero for inferior a 30%, estará configurada irregularidade por violação à Lei das Eleições, e, por consequência, o partido/coligação não terá o DRAP deferido, prejudicando todas as demais candidaturas integrantes da coligação. Nesta situação em que o DRAP é indeferido pela Justiça Eleitoral, todos os candidatos da coligação terão seus pedidos individuais de registro de candidatura prejudicados, o que deve importar na queda total da coligação e candidaturas que a compõem, conforme jurisprudência pacífica do TSE.

"Os processos de registros de candidaturas individuais vinculam-se ao registro principal da coligação ou do partido"

(DRAP), cujo indeferimento acarreta, irremediavelmente, a prejudicialidade dos demais. Precedentes. 3. Embargos de declaração não conhecidos".

(TSE - ED-AgR-REspe nº 92-80/SC, ReI. Min. Dias Toffoli, DJe de 22.10.2013).

"O indeferimento do pedido de registro da coligação, em decisão transitada em julgado, acarreta o prejuízo dos requerimentos individuais de candidatura a ela vinculados."

(TSE - RESPE: 18768. Rel. Min. Luciana Lóssio. DJE 06/03/2017)

Ou seja, descumprindo-se a *reserva de cota de gênero* no lançamento das candidaturas, e sendo este fato percebido no julgamento do DRAP, a coligação não será admitida na disputa proporcional e as condições pessoais (condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade) de cada um dos candidatos da coligação sequer serão avaliadas e julgadas, prejudicando-se a análise de todos os processos individuais de registro de candidatura atrelados àquela coligação.

Vale ressaltar que desde o ano de 2009, quando houve a alteração da redação da Lei das Eleições para criar a *cota de gênero*, o TSE manteve-se firme no sentido de que o descumprimento da aludida regra impede a regularidade do registro da coligação interessada em participar das eleições.

"[...] Eleições 2012. DRAP. Percentuais de gênero. Não observância [...].

1. A norma prevista no art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97 tem caráter objetivo e o seu descumprimento impede a regularidade do registro da coligação ou do partido interessado em participar das eleições.

2. No caso, facultou-se à coligação, no prazo legal, adequar o DRAP aos percentuais de gênero, mas a determinação não foi atendida oportunamente.

3. Inviável a análise documental em recurso de natureza extraordinária para se aferir a suposta adequação do DRAP aos percentuais de gênero. [...]”

(TSE - AgR-REspe nº 11781, rel. Min. Nancy Andrighi, DJE 6.11.2012)

Se o percentual mínimo de 30% é condição para a participação do partido nas eleições e se a uma coligação fraudadora não apresenta candidaturas reais, ao contrário, apresenta candidaturas femininas fictícias, ela sequer poderia ter o seu registro admitido. Assim, todos os candidatos apresentados por ela não teriam sequer buscado e recebido os votos que os elegeram.

Não é possível revirar o julgamento do DRAP no momento de constatação da fraude (em regra, após as eleições), porque neste momento quase que a totalidade dos casos restará transitada em julgado, sem falar que já terá escoado o prazo para impugná-lo, o que deixará a matéria preclusa.

Logo, o ataque à fraude por meio da ação de impugnação do mandato eletivo – cuja admissibilidade já foi demonstrada – é o mecanismo processual adequado para impugnar o mandato dos eleitos, bem como a expectativa de direito dos suplentes assumirem, a fim de que estes não se beneficiem da conduta fraudulenta.

Mais uma vez, cabe registrar que a AIME é a ação constitucional apta a veicular a pretensão da impugnação ao mandato dos eleitos e a pretensão da derrubada de toda coligação, em virtude da fraude à regra da reserva de cota de gênero. E, à luz do art. 14, §10 da CRFB/1988, a “fraude” é compreendida como qualquer manobra que objetive enganar a Justiça Eleitoral e proporcionar resultados diversos daqueles que seriam possíveis fosse regular e imaculado o ambiente da disputa.

Considerando-se que se a fraude não tivesse sido praticada, a coligação sequer existiria, a consequência prática do julgamento da AIME deve ser a anulação de todos os votos destinados à coligação fraudadora – tanto em relação aos candidatos eleitos, como em relação aos candidatos suplentes – porque estas candidaturas também sequer existiriam, ante o indeferimento do DRAP, caso a legislação eleitoral não tivesse sido burlada. O vício, portanto, remete ao registro da coligação, que nasce inválida.

Após um estudo jurisprudencial, detectou-se que no Brasil tramitam várias AIMES com essa matéria meritória, contudo, até a presente data, não se identificou nenhum julgamento de procedência proferido pelo Tribunal Superior Eleitoral, razão porque não se podem consolidar as consequências práticas à impugnação do mandato dos eleitos.

Ante a mácula inarredável que paira sobre uma coligação fraudadora da regra da cota de gênero, propõe-se que a consequência do julgamento de procedência de uma AIME deste quilate seja a nulidade dos votos atribuídos aos candidatos integrantes da coligação, e que, em seguida, os assentos do parlamento sejam redistribuídos para as outras coligações, utilizando-se as regras ordinárias de representação proporcional prevista nos arts. 105 e seguintes do Código Eleitoral Brasileiro.

Em complemento, quadra registrar a irrelevância de averiguação do ânimo de candidatos integrantes da coligação, afinal, a matéria em comento (julgamento do DRAP, pela Justiça Eleitoral) é de aferição objetiva: havendo as condições documentais elencadas em lei, o DRAP é deferido. Inexistindo comprovação objetiva dos requisitos normativos, o DRAP é indeferido, derrubando em conjunto o RCAND de todos os candidatos, diante do vínculo de prejudicialidade existente entre eles.

Acredita-se que, com essa abordagem, finalmente, será possível que o Brasil aproxime-se do cenário normativo ideal a viabilizar uma disputa justa, sem desigualdades jurídicas entre os gêneros. Evidentemente, seria utópico crer que já na primeira eleição posterior a tal amadurecimento, o país logre êxito em conseguir a representação feminina plena, afinal, a problemática da sub-representação iniciada há séculos, demandará tempo para que se rompa a cultura de desigualdade.

Não obstante, é imperioso que os aplicadores do direito reconheçam a relevância social dessa pauta e apliquem, com rigor, os expedientes jurídicos mencionados nesse ensaio. Caso contrário, haverá pouca perspectiva de mudança em relação à situação de sub-representatividade das mulheres, já que as agremiações políticas – e os seus dirigentes – já deixaram claro que não têm o interesse em modificar a forma de composição do parlamento brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil vive um gravíssimo cenário de sub-representação feminina na política, tendo sido diagnosticado que essa questão se deve à dificuldade de concorrer a um cargo eletivo com quem dispõe da máquina dos partidos políticos a seu favor, bem como em virtude de uma secular cultura da escolha popular de homens para serem os representantes do povo nos parlamentos. Tal fato é gravoso às mulheres que se quedam em situação de vulnerabilidade legiferante ante a inexistência de vozes que possam debater políticas públicas de seus interesses.

Tentando quebrar o monopólio masculino do acesso aos cargos eletivos, inicialmente, a Lei n.º 12.034, de 2009, estabeleceu que "*cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo*". A partir daí, para dar proteção imediata à universalização das chances da postulação eleitoral entre brasileiros, criou-se regra da cota de gênero.

Não deveria haver espaços para fuga da determinação da Lei n.º 12.034/2009. Se o legislador impôs a regra da reserva de cota de gênero nas candidaturas proporcionais, é porque essa foi a melhor solução para dar concretude e eficácia às regras constitucionais do sistema democrático brasileiro, como pluralismo político e ampla acessibilidade aos cargos eletivos, por meio de disputa em igualdade de condições entre os postulantes.

Desse modo, o objetivo do legislador foi determinar que fossem efetivamente preenchidas as cotas de gênero, e não que ficassem meramente disponíveis para eventuais candidaturas de mulheres. Contudo, fraudes passaram a ser praticadas pelos partidos políticos no momento da composição das coligações proporcionais: as agremiações criaram a rotina de apresentar nomes de candidatas laranjas, que nunca tiveram uma real postulação eleitoral.

A fraude das candidaturas femininas laranjas se disseminou por todo o país, pois os partidos que formam as coligações eleitorais compreenderam que este seria um método simples para burlar a regra da reserva da cota de gênero. No entanto, tal estratégia partidária vem se apresentando como obstáculo concreto para aumentar a representação feminina nos parlamentos brasileiros, esvaziando os efeitos da tutela protetiva da norma eleitoral.

A fim de inibir tais condutas, cabe à Justiça Eleitoral adotar medidas ríspidas, como forma de fazer valer o comando constitucional do princípio da igualdade de oportunidades. Constando-se a existência de candidaturas femininas fictícias, os interessados dispõem, a título processual, da possibilidade de ajuizamento uma ação de impugnação ao mandato eletivo, baseada no permissivo constitucional de "fraude", invocando-se burla à aplicação da legislação eleitoral, visando a anulação de todos os votos atribuídos à coligação, impugnando-se o mandato dos beneficiários.

A consequência dessa medida proposta deve ser a impugnação do mandato dos eleitos, a impugnação da expectativa de direito dos suplentes da coligação, anulando-se todos os votos atribuídos aos candidatos integrantes da coligação e redistribuindo-se as vagas às outras coligações, de acordo com os critérios ordinários do Código Eleitoral.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/>>

BRASIL. Superior Tribunal Eleitoral. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/>>

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Consulta (11551) Nº 0600252-18.2018.6.00.0000. CONSULENTES: VANESSA GRAZZIOTIN E OUTROS. Relator: MINISTRA ROSA WEBER. Brasília, DF, Sessão de 22.05.2018. Disponível em: http://www.tre-sc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/jurisprudencia/clipping/2018/30_18/07.pdf. Acesso em 29 de abril de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Divulgação de candidaturas e contas eleitorais. Maturéia, Paraíba. Disponível em: <<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/municipios/2016/2/19984/candidatos>> Acesso em 25 de abril de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Repositório de dados eleitorais. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/repositorio-de-dados-eleitorais-1/repositorio-de-dados-eleitorais>> Acesso em 27 de abril de 2019.

CASTRO, Edson de Resende, Curso de Direito Eleitoral, Belo Horizonte Editora Del Rey, 2016

DOS SANTOS, Bruno Carazza. 5 dados sobre a participação das mulheres na política brasileira. Politize!, 2017. Disponível em <<https://www.politize.com.br/participacao-das-mulheres-na-politica-brasileira/>> Acesso em 29 de abril de 2019.

FABRIS, Gustavo; BORBA, Rafaele; ZOPPI, Pedro. MALALA: DIREITO À VIDA, MÍNIMO ÉTICO FUNDAMENTAL E AS MULHERES EM PAÍSES ISLÂMICOS. Revista Científica Eletrônica UniSEB. N. 3. Ano 2. Ribeirão Preto, janeiro/julho, 2014. p. 79-90

GOMES, José Jairo, Direito Eleitoral, n.º 11, ed. São Paulo: Atlas, 2015.

International Organization of Parliaments. *Women in national parliaments*. Disponível em <<http://archive.ipu.org/wmn-e/classif.htm>> Acesso em 02 de maio de 2019.

MACEDO, Elaine Harzheim, em "A cota de gênero no processo eleitoral como afirmativa na concretização de direitos fundamentais políticos". Revista AJURIS - março de 2014

RAMAYANA, Marcos, Direito eleitoral, 6ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2006

REALE, Miguel, Lições Preliminares de Direito, 31 ed., São Paulo, Saraiva, 2004

SOARES DA COSTA, Adriano, Instituições de direito eleitoral, 6 ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2006

ZILIO, Rodrigo López. Direito eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas), ações eleitorais. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

NOTAS:

[1] International Organization of Parliaments. *Women in national parliaments*. Disponível em <<http://archive.ipu.org/wmn-e/classif.htm>> Acesso em 02 de maio de 2019.

[2] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Repositório de dados eleitorais. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/repositorio-de-dados-eleitorais-1/repositorio-de-dados-eleitorais>> Acesso em 27 de abril de 2019.

[3] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Divulgação de candidaturas e contas eleitorais. Maturéia, Paraíba. Disponível em: <<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/municipios/2016/2/19984/candidatos>> Acesso em 25 de abril de 2019.

[4] DOS SANTOS, Bruno Carazza. 5 dados sobre a participação das mulheres na política brasileira. Politize!, 2017. Disponível em <<https://www.politize.com.br/participacao-das-mulheres-na-politica-brasileira/>> Acesso em 29 de abril de 2019.

HOMESCHOOLING E A POSIÇÃO DO STF

LAIZE MARIA SILVEIRA CARDOSO DE OLIVEIRA:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Pós-Graduada Lato Sensu em Direito do Estado pela Faculdade Guanambi.

Resumo: O presente trabalho abordará o ensino domiciliar (homeschooling) sob a perspectiva do Supremo Tribunal Federal, trazendo os argumentos utilizados para não permitir a sua aplicação no Brasil.

Palavras – chave: Direito Constitucional. Homeschooling. Liberdade de educação. Supremo Tribunal Federal.

Sumário: 1.Introdução. 2. A Posição do Supremo Tribunal Federal. 3. Conclusão. 4. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

No dia 12 de setembro de 2018, o Plenário do Supremo Tribunal Federal negou provimento ao RE 888815, com repercussão geral reconhecida, no qual se discutia a possibilidade de aplicação, no Brasil, do instituto do homeschooling (ensino domiciliar).

O precedente teve início em razão de mandado de segurança impetrado pelos pais de uma menina, então com 11 anos, contra ato praticado pela Secretaria de Educação do Município de Canela, que negou o pedido de que a menina fosse educada em casa. O mandado de segurança foi negado tanto em primeira instância, pelo magistrado de primeiro grau, quanto em segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Em razão disso, o caso chegou ao STF que proferiu acórdão no mesmo sentido, entendendo pela impossibilidade de aplicação de aludido instituto no Brasil, tendo em vista que não existe, no ordenamento jurídico pátrio, qualquer legislação que regule preceitos e regras aplicáveis a essa modalidade de ensino.

Inicialmente, impende conceituar o instituto ora tratado. O ensino domiciliar (homeschooling) ocorre quando os pais ou responsáveis pela criança ou adolescente assumem a obrigação pela sua escolarização formal e optam por não delegá-la às instituições formais de ensino. Essa modalidade de ensino, embora ainda não permitida no Brasil, é aceita e incentivada em diversos países do mundo, a exemplo dos Estados Unidos, Canadá, Portugal, França, dentre outros. Em regra, tais países exigem apenas que o aluno que fez a opção pelo ensino domiciliar se submeta a uma prova anual para avaliação do seu nível escolar.

Embora seja assunto de intensos debates, os países que o incentivam alegam, dentre outros motivos, a possibilidade de que o aluno aprenda em um ritmo mais rápido do que aquele oferecido pela escola tradicional, a flexibilidade para os pais que se mudam constantemente, a existência de pais que acreditam que os métodos de ensino formais são ultrapassados ou inadequados, dentre outros. Some-se a isso o argumento de que o Estado não deve se imiscuir na decisão de como os pais devem educar os filhos. Ou seja, o modo e forma como os filhos serão educados deve ser uma decisão exclusiva dos pais, não havendo motivo para ingerência estatal.

Por outro lado, os partidários de entendimento oposto entendem que o homeschooling pode trazer danos psicológicos às crianças e adolescentes que passarão a não ter contato escolar com outras pessoas da mesma idade.

Ocorre que, a discussão perpassa, principalmente, pelo direito à educação. Cabe ao Estado ingerir de forma tão concreta no ensino escolar de crianças e adolescentes? Ou isso seria atribuição e escolha dos pais?

2. A Posição do Supremo Tribunal Federal

É fato que não há consenso acerca desse tema. Nem mesmo no STF. O relator do RE, Ministro Luís Roberto Barroso, votou pelo provimento do recurso, considerando constitucional a prática dessa modalidade de ensino, em virtude da sua compatibilidade com as finalidades e os valores da educação infanto-juvenil, expressos na CF/88. Entretanto, entendeu pela necessidade de regulamentação da matéria, inclusive propondo algumas regras com essa finalidade.

De modo diametralmente oposto, para o Ministro Luiz Fux, há inconstitucionalidade do ensino domiciliar em razão da sua incompatibilidade com dispositivos constitucionais, dentre eles os que dispõem sobre o dever dos pais de matricular os filhos e da frequência à escola, e o que trata da obrigatoriedade de matrícula em instituições de ensino.

No julgamento, dentre outros argumentos para negar o recurso interposto, entenderam, ainda, que a frequência a escola seria indispensável para garantir a convivência de alunos com outros colegas de idades, culturas e origens diferentes. Ou seja, a escola formal seria um meio de integração das crianças e adolescentes à sociedade, evitando que se tornem adultos desprovidos de um saudável convívio social.

Ademais, a maioria gritante dos Ministros aduziu que a educação e ensino de crianças e adolescentes constitui dever do Estado e da família, não cabendo aos pais decidir de forma exclusiva e independente acerca de tal direito social. Deve o Estado regular a concretização desse direito, através de preceitos e diretrizes legislativas, bem como de medidas concretas de atuação, de modo que, sua ingerência em assunto de tal envergadura encontra-se validade pela Constituição Federal.

Contudo, muito embora tenha a Suprema Corte decidido pelo não provimento do recurso interposto, aduziu a maioria do STF que somente seria possível a implementação desse sistema educacional após regulamentação por meio de lei na qual sejam previstas metas e mecanismos concretos de avaliação e fiscalização, como forma de garantir o respeito ao art. 208, §3º, da CF/88, isso porque o homeschooling não é vedado pela Carta Magna, sendo necessário, apenas, a sua regulamentação como forma de concretizá-lo.

3. Conclusão

Verifica-se, portanto, uma tendência atual do Supremo Tribunal Federal em não garantir o direito ao ensino domiciliar, tendo em vista não existir no ordenamento jurídico prático normas que estabeleçam suas diretrizes e preceitos.

Contudo, no intuito de tentar implementar essa modalidade de ensino, o Presidente Jair Bolsonaro assinou, no dia 11 de abril de 2019, projeto de lei que

regula a educação domiciliar de crianças e adolescentes. O texto traz diretrizes e requisitos para que os pais ou responsáveis legais possam optar por esse ensino para os seus filhos, tais como o cadastro em plataforma a ser oferecida pelo Ministério da Educação (MEC) e a possibilidade de avaliação.

Diante dessa medida, havendo a votação desse projeto de lei no Congresso Nacional e a consequente edição de lei, é possível que, em breve, o homeschooling seja aceito no sistema educacional brasileiro, podendo ser aplicado pelos pais que entenderem ser essa medida a mais adequada à concretização da formação escolar dos seus filhos.

4. Referências Bibliográficas

WOLFGANG SARLET. Ingo. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 12 ed. rev. ampl. e atual. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 888815. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. 2019. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ENSINO+DOMICILIAR%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/yxaq6trf>

PSICOPATIA E DIREITO PENAL

VALERIA DOMINGOS MACHADO:
Bacharelanda em Direito pela Universidade
Brasil.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(Orientador)

RESUMO: A natureza humana esta em constante evolução e graças às pesquisas e estudos descobriu-se o termo psicopatia. O transtorno de personalidade antissocial psicopatia não é considerado doença mental, pois quem a tem não traz nenhuma anomalia na estrutura de seu cérebro, sendo diagnosticado por profissionais que estudam o comportamento humano, podendo ser psicólogos, neuropsicólogos ou neurologistas. Esse transtorno se trata da falta de sensibilidade de produzir sentimentos, tais como por exemplo: compaixão e misericórdia. Apesar de esse transtorno ser muito estudado, ainda não se tem um tratamento eficaz para ele, portanto até o presente momento é considerado incurável. O maior problema está na forma como essas pessoas são punidas, atualmente no Brasil o tratamento entre presos comuns e psicopatas é o mesmo, eles habitam o mesmo ambiente e são considerados iguais para o sistema prisional. Os psicopatas tendem a rescindir os crimes, para eles não existe nenhum vestígio de culpa ou arrependimento. Trata-se de pessoas frias, calculistas, que apenas pensam em si mesmas. O sistema prisional vigente necessita de mudanças, pois o tratamento para esses criminosos deve ser diferente do tratamento empregado aos presos comuns, já que esse transtorno não tem cura e muito menos sinal de melhora. Infelizmente essas pessoas estão em meio a sociedade, e muitas vezes estão destruindo vidas e cometendo crimes, pois eles têm tendência a descumprir regras, por isso o tratamento para os psicopatas que cometem crimes deve ser modificado. Esse trabalho consiste em trazer fatos e pesquisas para uma melhor forma de resguardar a sociedade dessas pessoas e assim as manter em um lugar apropriado e seguro.

Palavras-Chave: Psicopatia, pena, segurança e justiça.

ABSTRACT: Human nature is constantly evolving and through research and studies the term psychopathy has been discovered. The antisocial personality

disorder psychopathy is not considered a mental illness because anyone who has it does not bring any anomaly in the structure of their brain, being diagnosed by professionals who study human behavior, being psychologists, neuropsychologists or neurologists. This disorder is about the lack of sensitivity to produce feelings, such as compassion and mercy. Although this disorder is much studied, it has not yet been treated effectively for it, so to date it is considered incurable. The biggest problem is in the way these people are punished, currently in Brazil the treatment between common prisoners and psychopaths is the same, they inhabit the same environment and are considered equal for the prison system. Psychopaths tend to rescind the crimes, for them there is no trace of guilt or regret. These are cold, calculating people who think only of themselves. The current prison system needs changes, since the treatment for these offenders must be different from the treatment of ordinary prisoners, since this disorder has no cure, much less a sign of improvement. Unfortunately these people are in the middle of society, and are often destroying lives and committing crimes, as they tend to break rules, so treatment for psychopaths who commit crimes must be modified. This work consists in bringing facts and research to a better way to safeguard the society of these people and thus keep them in an appropriate and safe place.

Key words: Psychopathy, pen, security and justice.

SUMÁRIO: Introdução. Conceito de psicopatia. Descoberta e origem do termo Psicopatia. O psicopata. Inimputáveis ou semimputáveis. Julgados e entendimentos no Brasil. Medidas de tratamento. Casos reais. Conclusão. Referencial bibliográfico.

Introdução

Sendo levadas em conta as atitudes de um psicopata perante a área criminal, nota-se uma grande história de trágicos acontecimentos. A maioria da população pensa no psicopata como um doente mental, porém segundo Silva (2008, p.13) o psicopata tem inteira noção dos seus atos, pois a parte racional ou cognitiva dos psicopatas é perfeita e íntegra.

Ana Beatriz Barbosa Silva, Psiquiatra e autora do livro *Mentes perigosa*, faz uma interessante analogia a respeito do que acontece na mente de um

psicopata quando diz: “Assim, concordo plenamente quando alguns autores dizem, de forma metafórica, que os psicopatas entendem a letra de uma canção, mas são incapazes de compreender a melodia”. (SILVA,2008,p.13)

Apesar de a mídia publicar os casos mais graves onde pessoas frias e calculistas praticam crimes cruéis sem nenhum arrependimento, ainda existem muitos psicopatas entre a população que destroem, magoam, prejudicam e que conseguem enganar a sociedade sem o menor arrependimento. Esses casos podem passar despercebidos a vida toda, porém é inevitável que a marca da destruição fique por onde eles passarem, pois infelizmente essa é a maior característica deles.

O Código Penal Brasileiro dispõe em seu artigo 26 sobre a isenção de pena para os doentes mentais ou aqueles que tenham o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e que no momento do fato seja inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato. Perante esse rol é importante saber que o psicopata sofre de um transtorno mental onde sua habilidade de sentir é inteiramente comprometida, porém ele tem total consciência de seus atos. Com isso surge a dúvida: o Psicopata é Inimputável?

Ainda que pareça ser história de cinema a presença de um psicopata na sociedade é real, mesmo que em número reduzido, cerca de 4% da sociedade tem esse transtorno, sendo encontrado segundo a classificação americana de transtornos mentais (DSM-IV-TR), a prevalência geral do transtorno da personalidade anti-social ou psicopatia é de cerca de 3% em homens e 1% em mulheres.(SILVA, 2008, p. 49).

Estima-se que os sujeitos que sofrem desse transtorno, ultrapassam mais de duzentos e oitenta milhões no mundo, e são divididos em 3 (três) níveis sendo: Leve, moderado e máximo. Independentemente do nível desse transtorno, é difícil confiar em uma pessoa com psicopatia, mas não é impossível, tendo em vista o número absurdo de pessoas que eles conseguem enganar como suas atitudes farsistas.

Hoje, o Psychopathy Checklist é usado em todo o mundo para ajudar médicos e pesquisadores a distinguir, com razoável certeza, os verdadeiros psicopatas das pessoas que simplesmente infringem regras, assim diz HARE (2013, pg. 47).

Embora existam muitos estudos a respeito da psicopatia ainda não existe nenhuma comprovação de sua causa, para alguns pesquisadores a psicopatia se desenvolve a partir de um fator genético ou biológico, já para outros seria através do ambiente social.(HARE, 2013, p.172).

Diante dessa triste realidade em que psicopata está, se torna ainda mais questionável que pessoas com psicopatia sejam encarceradas juntamente com pessoas comuns, haja vista que os psicopatas tendem a causar desordem e tumultos nos presídios, e ainda prejudicar a ressocialização de outros indivíduos.

Por fim este trabalho consiste em abordar uma melhor forma para os psicopatas cumprirem suas penas sem o desgaste de mais pessoas e assim diminuir suas atitudes em meio à sociedade.

Conceito de psicopatia

De acordo com Hare (2013, pg.93) em 1944, o psicanalista Robert Lindner descreveu os psicopatas na sua relação com a sociedade:

O psicopata é um rebelde, um zeloso infrator dos códigos e padrões prevalentes, um rebelde sem causa, um agitador sem bordão, um revolucionário sem programa; em outras palavras, o alvo de sua rebeldia é alcançar objetivos capazes de satisfazer apenas a ele próprio; é incapaz de esforços em prol dos outros. Todos os seus esforços, sob qualquer que seja o disfarce, representam investimentos destinados a satisfazer suas vontades e desejos imediatos.

Hare foi minucioso ao descrever o seu conceito de psicopatia, ele conseguiu em poucas palavras descrever a perversidade que é esse transtorno, para ele o psicopata atua de maneira a se auto beneficiar e nunca se preocupa ou sequer pensa em sentimentos alheios.

Para Lindner o psicopata não passava de um ser cruel, que por onde passava feria e amaldiçoava a vida de quem estivesse por perto, ele via o psicopata como alguém que só pensava em seus próprios interesses e que fazia o que fosse preciso para alcançá-los, mesmo que os obstáculos

trouxessem a destruição de pessoas, famílias ou qualquer coisa que estivesse barrando seu alcance.

Ainda para descrever o conceito de psicopatia, vale transcrever ainda o pensamento de Sadock (2007, pg. 853)

A melhor evidência de que fatores genéticos contribuem para os transtornos da personalidade vem da investigação de 15 mil pares de gêmeos nos Estados Unidos. Entre os monozigóticos, a concordância para o transtorno foi várias vezes maior do que aquela percebida entre dizigóticos. Além disso, de acordo com um estudo, os gêmeos monozigóticos criados separados são tão similares como os criados juntos. As semelhanças incluem medidas múltiplas de personalidade e temperamento, interesses ocupacionais e de lazer e atitudes sociais.

Para o Prof^o Doutor Talvane M. de Moraes em seu parecer sobre Psicopatia aprovado no dia 22 de janeiro de 1990 a psicopatia pode ser considerada como:

Os distúrbios de personalidade (personalidades psicopáticas) não se constituem em doenças mentais, classificando-se entre os transtornos da estrutura da personalidade, sendo, portanto, anormalidades que, biograficamente, muito cedo se instalam no indivíduo, a partir de fatores heredo-constitucionais, ou precocemente adquiridos, tornando-se, por isso mesmo, imutáveis ao longo da vida e oferecendo poucas ou nenhuma chance de êxito terapêutico. O fato de tais distúrbios de personalidade se acharem incluídos na Classificação Internacional de Doenças, deve ser entendido como uma catalogação genérica de todos os distúrbios mentais e não como a espécie doença mental.

Para Nestor Sampaio Penteado Filho, a psicopatia é percebida pela falta de sentimentos quando dizem:

Que o psicopata tem o dom de ser insensível, que não tem o mínimo de interesse em saber como estão as pessoas a sua volta. Quando o grau de insensibilidade se apresenta extremado (ausência total de remorso), levando o indivíduo a uma acentuada indiferença afetiva, este pode assumir um comportamento delituoso recorrente, e o diagnóstico é de **psicopatia (transtorno de personalidade antissocial, sociopatia, transtorno de caráter, transtorno sociopático ou transtorno dissociado)**. (FILHO, p. 287, 2012)

Ainda fazem menção ao conceito criado pelo DSM-IV de 1995 que diz:

301.7 Transtorno de personalidade antissocial
Característica essencial: padrão invasivo de desrespeito e violação dos direitos dos outros, que inicia na infância ou começo da adolescência e continua na fase adulta. Sinônimos: psicopatia, sociopatia ou transtorno de personalidade dissociado. (FILHO, p. 288, 2012)

Assim, hoje é aceito pelos estudiosos tanto a nomenclatura Psicopata como Sociopata, tendo os dois termos a função de se referir ao transtorno de personalidade antissocial.

Para Hare (2007,pg.38) "os psicopatas são racionais, conscientes do que estão fazendo e do motivo por que agem assim. Seu comportamento é resultado de uma escolha exercida livremente".

Em uma entrevista ao jornal digital Carta Forense no dia 02 de dezembro de 2010 o Doutor José Eça de Queiroz (Médico psiquiatra; Mestre em psicologia. Professor de psicopatologia forense, medicina legal e criminologia. Autor de Roteiro de Psiquiatria Forense, Editora Saraiva) definiu Psicopatia como: "A personalidade psicopática é uma personalidade mal estruturada, que reage anormalmente aos estímulos da vida social, aos quais não tem capacidade de se adaptar". Posteriormente na mesma entrevista disse que:

A personalidade psicopata é formada por uma tétrede de fatores, a saber: a maneira de sentir, de querer e de agir, que são congênitos, além dos valores, estes adquiridos.

Podem ser mudados os valores de alguém, mas traços congênitos não mudam; é por isto que, em última análise, a personalidade psicopática não tem cura. (2001-2019 - Jornal Carta Forense, São Paulo).

Contudo, sabe-se que o transtorno de personalidade Psicopatia, sofre alterações pessoais, porém a única coisa que todos os pesquisadores concordam ao conceituar esse transtorno é de que seja incurável, e ainda sobre sua total falta de previsão ou precaução.

Descoberta e origem do termo Psicopatia

Em busca de relatos sobre a origem da psicopatia encontrou-se os primeiros escritos de autoria do médico psiquiatra, francês, "Philippe Pinel, que no começo do século XIX, definiu psicopatia pelo termo "mania sem delírio", para ele se tratava de um comportamento totalmente isento de remorso e sem contenção, que se diferenciava de insanidade, porém para alguns escritores eles eram considerados moralmente insanos". (Hare, 2013, pg. 41)

As pesquisas por mais avançadas que estão ainda trazem poucas respostas para esse transtorno, não se sabe a sua causa, nem como a evitar, ela ainda representa um enigma para a sociedade.

Com a catástrofe da Segunda Guerra Mundial, a urgência pela definição e informações sobre esse transtorno aumentou, fazendo com que Hervey Cleckley, em seu livro *The mask of sanity*, publicado em 1941, fornecesse em seus escritos uma primeira definição detalhada da psicopatia, onde apresentou casos reais, o que gerou nos pesquisadores anseio de desenvolver o conhecimento a respeito dessa área. (Hare, 2013, pg 42)

Em 1960, psicólogos e psiquiatras buscavam uma classificação para a psicopatia, porém foi muito trabalhoso checuragar a um diagnóstico confiável. Após muito tempo de pesquisa foi adotado um instrumento de diagnóstico chamado Psychopathy Checklist (Avaliação de Psicopatia) criado por Robert Hare que trouxe razoável certeza nos resultados, diferenciando os psicopatas daqueles que apenas infringem regras. (Hare, 2013, pg. 47)

Para as famílias é devastador receber o diagnóstico de psicopatia, Hare relata que em muitos casos os pais se culpam e se perguntam o que fizeram de errado na criação do filho, e ele afirma que na maioria dos casos os pais não tem a menor sombra de culpa, porém apesar de não terem responsabilidades pelos ingredientes essenciais do transtorno, eles tem participação na maneira como a síndrome se desenvolve e se manifesta. (Hare, 2013, pg. 184)

Embora seja de difícil compreensão, Ana Beatriz Barbosa Silva afirma que a psicopatia não tem cura e que excepcionalmente existira tratamento eficaz para esses indivíduos, porém em graus diminuídos ela pode aparecer menos agressiva a sociedade, e ainda pode ser ainda menos percebida na velhice :

A psicopatia não tem cura, é um transtorno da personalidade e não uma fase de alterações comportamentais momentâneas. Porém, temos que ter sempre em mente que tal transtorno apresenta formas e graus diversos de se manifestar e que somente os casos mais graves apresentam barreiras de convivência intransponíveis. Segundo o DSM-IVTR, a psicopatia tem um curso crônico, no entanto pode tornar-se menos evidente à medida que o indivíduo envelhece, particularmente a partir dos 40 anos de idade. (Silva, 2008, pg. 168)

E quando se fala em termos de tratamento o ponto de interrogação perdura, pois o tratamento para os psicopatas geralmente não apresentam melhora, ainda mais nos casos em que ela se apresenta em grau elevado.

A dificuldade está na falta de habilidade em ter sentimentos, ainda existem perguntas como: é possível uma pessoa que não consegue sentir é convencida do certo ou do errado? Ou ainda: como uma pessoa na condição de psicopata consegue ter amor ao próximo? Para tais respostas ao que se vê, a ciência ainda tem que avançar muito.

O psicopata

O termo Psicopata tem ganhado vários conceitos ao passar do tempo, muitos relatos e estudos com os mais diversos criminosos trazem muita

experiência para os estudos, o que possibilita aos psiquiatras e psicólogos conseguirem saber definir melhor esse transtorno tão temido.

Para ilustrar como uma pessoa com esse transtorno age uma das pessoas mais importantes no estudo da psicopatia, o psiquiatra americano Dr. Hervey Milton Cleckley em 1964, definiu os psicopatas, como:

[...] ausência de delírios e outros sinais de pensamento irracional; ausência de 'nervosismo' ou manifestações neuróticas; irresponsabilidade; mentira e insinceridade; falta de remorso ou vergonha; comportamento anti-social sem constrangimento aparente; senso crítico falho e deficiência na capacidade de aprender pela experiência; egocentrismo patológico e incapacidade de amar; pobreza geral de reações afetivas; perda da capacidade de discernimento, indiferença em relações interpessoais gerais; comportamento extravagante e desagradável com bebidas alcoólicas e às vezes sem bebida; ameaças de suicídio raramente levadas a efeito; vida sexual impessoal, trivial e pobremente integrada;. (HARE, P. 4-05, 1973)

Para entender melhor o comportamento dessas pessoas é importante que vários relatos sejam vistos e comparados, com isso o entendimento de alguém leigo se torna mais abrangente, para tanto é válido verificar o que Benjamin Karpman diz sobre suas características, quando os descreve como:

[...] um pessoa insensível, emocionalmente imatura, com apenas duas dimensões e sem nenhuma profundidade real. Suas reações emocionais são simples e primitivas ocorrendo apenas em resposta à frustração e desconforto imediato. No entanto é capaz de simular reações emocionais e ligações afetivas quando isso o ajuda a obter o que deseja dos outros. Ele não experimenta nem os aspectos psicológicos nem os fisiológicos da ansiedade ou do medo, embora possa reagir com algo semelhante ao medo quando seu bem-estar imediato é ameaçado. Suas relações sociais e sexuais são superficiais, porém absorventes e manipulatórias. Recompensas e punições futuras só existem

de uma maneira abstrata, resultando daí que não tem efeito, sobre seu comportamento imediato. Seu senso crítico é falho e seu comportamento é frequentemente guiado pelos impulsos e necessidades do momento; portanto está sempre em apuros. **Suas tentativas de se inocentar, não raro, produzem uma rede intrincada e contraditória de mentiras gritantes, juntamente com explicações, promessas teatrais e muitas vezes convincentes.**(grifo nosso) (HARE, p.05, 1973)

Percebe-se que os psicopatas agem de maneira cautelosa a fim de convencer quem os rodeia, permitem-se estar em locais e conhecer pessoas para apenas conquistarem seus objetivos. Apesar de serem aparentemente normais a mente deles não tem nada similar a de uma pessoa considerada comum.

Robert Hare, psiquiatra canadense, afirma que:

[...] psicopatas têm total ciência dos seus atos (a parte cognitiva ou racional é perfeita), ou seja, sabem perfeitamente que estão infringindo regras sociais e por que estão agindo dessa maneira. A deficiência deles (e é aí que mora o perigo) está no campo dos afetos e das emoções. Assim, para eles, tanto faz ferir, maltratar ou até matar alguém que atravesse o seu caminho ou os seus interesses, mesmo que esse alguém faça parte do seu convívio íntimo. **Esses comportamentos desprezíveis são resultados de uma escolha, diga-se de passagem, exercida de forma livre e sem qualquer culpa.**(grifo nosso) (Silva, p.35, 2008)

Por mais diferentes que os psicopatas são, o que é mais impressionante em todos essas considerações feitas pelos doutores no assunto: é que a parte consciente do cérebro deles é normal, embora a habilidade de sentir seja comprometida a consciência funciona perfeitamente, o que torna ainda mais sombrio ouvir falar do que eles são capazes de fazer, pois sabem o que estão fazendo, e quais vão ser suas consequências.

Ana Beatriz Barbosa Silva, psiquiatra brasileira, evidencia o enigma que é para em identificar essas pessoas, já que não trazem nenhuma diferença física e em muitos casos aparentemente conversam e mantem uma convivência normal, circulam abertamente nos meios sociais e profissionais. São charmosos, cativantes, atraentes e envolventes. Em geral só sabemos quem são após suas ações terem alcançado o objetivo principal.

Dovidoff traz mais uma definição das características do psicopata quando diz:

Além do comportamento anti-social, os psicopatas não demonstram noção alguma do certo e do errado como característica, eles esquematizam manipulam e aprendem a obter o que desejam dos outros, sem considerar os direitos ou sentimentos de ninguém. Esse estilo de interagir reflete falta de consideração pelos seres humanos e resulta na incapacidade de manter vínculos íntimos afetivos e recíprocos. Outro aspecto que caracteriza o psicopata é a impulsividade. Ele age em função da gratificação imediata de caprichos momentâneos. (DAVIDOFF, p. 581, 2001).

Devido ao comportamento descrito por Davidoff, é difícil para a população se prevenir de pessoas como eles, pois quando descobrem quem realmente eles são, os seus objetivos já foram alcançados e a destruição já foi gerada.

Embora este transtorno somente possa ser diagnosticado, de fato, a partir dos dezoito anos, até esta idade o diagnóstico é apresentado como um transtorno de conduta, sendo possível, como apresenta a já mencionada psiquiatra brasileira Ana Beatriz Barbosa Silva, que aponta características comportamentais que ela observou. E alerta que se verificadas em crianças e adolescentes, podem sinalizar indícios de psicopatia na idade adulta

Apesar de essas características apresentarem grandes chances do diagnóstico para a psicopatia, é válido dizer que nem sempre uma pessoa que os apresenta é um psicopata. Mesmo assim é necessário que sejam levadas em consideração, e se forem constantes os sintomas é preciso procurar um profissional para avaliar o caso.

Inimputáveis ou semi-imputáveis

Dentre os termos que definem o psicopata diante do direito penal, podem aparecer dúvidas a respeito de sua real responsabilidade por seus atos.

A maioria dos pesquisadores conceitua o transtorno de psicopatia como diferente de doença mental, pois o seu desenvolvimento mental não é afetado e sim uma parte do cérebro, parte da qual traz todos os sentimentos para o ser humano.

O Código Penal brasileiro traz a definição do inimputável em seu artigo 26 quando diz:

Artigo 26 do CP – É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único – A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O Código Penal citado a cima faz menção a isenção de pena para o agente que tenha doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, por isso a psicopatia não é inserida na imputabilidade, pois não se trata de doença mental, e sua percepção é totalmente absoluta, sendo considerada como um transtorno de personalidade ao invés de doença mental.

Para a legislação brasileira existem os termos: imputável e inimputável, eles determinam se o agente irá ou não cumprir pena em prisão comum. O imputável trata-se da pessoa que tem condições perfeitas para discernir se sua conduta irá resultar em ilícito, portanto para esse agente existirá pena, entretanto para o inimputável se trata do agente que não tem condições de distinguir o ilícito e este agente não poderá ser penalizado.

Ainda existem casos de semi-imputabilidade, onde o agente não possui plenas condições para distinguir o ilícito, porém concorre com atributos de um indivíduo comum, e para esses casos a aplicação e a dosimetria da pena são distintos dos imputáveis, porém não são isentos de pena como os inimputáveis.

Para Fernando Capez:

Imputabilidade: É a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. A imputabilidade apresenta, assim, um aspecto intelectual, consistente na capacidade de entendimento, e outro volitivo, que é a faculdade de controlar e comandar a própria vontade. Faltando um desses elementos, o agente não será considerado responsável pelos seus atos, passando a ser considerado inimputável. Causas que excluem a imputabilidade: São quatro: (a) doença mental; (b) desenvolvimento mental incompleto; (c) desenvolvimento mental retardado; (d) embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior. (CAPEZ, 2012, p. 65).

Diante da excêntrica explicação de Fernando Capez é perceptível que o agente que não se enquadre nas causas excludentes é considerado imputável. Além disso, Fernando Capes ainda traz requisitos para a inimputabilidade sendo:

Segundo o sistema biopsicológico, três são os requisitos: (a) causal: existência de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, que são as causas previstas em lei; (b) cronológico: deve estar presente ao tempo da ação ou omissão delituosa; (c) consequencial: perda total da capacidade de entender ou da capacidade de querer. Somente haverá inimputabilidade se os três requisitos estiverem presentes, à exceção dos menores de 18 anos, regidos pelo sistema biológico (o desenvolvimento incompleto presume a incapacidade de entendimento e vontade. (CAPEZ, 2012, p. 66).

Para concluir Fernando Capez traz a definição de semi-imputável em acordo com o parágrafo único do artigo 26 do Código Penal entendendo que:

Semi-imputabilidade ou responsabilidade diminuída (parágrafo único): É a perda de parte da capacidade de entendimento e autodeterminação, em razão de doença mental ou de desenvolvimento incompleto ou retardado. Alcança os indivíduos em que as perturbações psíquicas tornam menor o poder de autodeterminação e mais fraca a resistência interior em relação à prática do crime. Na verdade, o agente é imputável e responsável por ter alguma noção do que faz, mas sua responsabilidade é reduzida em virtude de ter agido com culpabilidade diminuída em consequência das suas condições pessoais.

Nesse sentido é a lição autorizada de Cezar Roberto Bitencourt (2008 p. 360) citada na obra de Filho que diz: "A culpabilidade fica diminuída em razão da menor censura que se lhe pode fazer, em razão da maior dificuldade de valorar adequadamente o fato e posicionar-se de acordo com essa capacidade" (FILHO, P. 173, 2012).

Considerando os conceitos usados por Capez e Bitencourt é possível o entendimento que considera o psicopata semi-imputável, pois mesmo que esse transtorno não seja considerado doença mental, ele diminui a consciência do agente que embora saiba o que esta fazendo é atingido pela falta de entendimento sobre o certo e o errado..

Assim também considerou essa linha de raciocínio o Sr. Ministro Relator Jorge Mussi e os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu, Gilson Dipp e Laurita Vaz em julgamento de Habeas Corpus no dia 04 de agosto de 2011.

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. DESFAVORABILIDADE. CONDUTA SOCIAL. ARGUMENTAÇÃO IDÔNEA. SANÇÃO MOTIVADA. ELEVAÇÃO JUSTIFICADA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS ESPOSADOS E O QUANTUM DE

REPRIMENDA IRROGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL PARCIALMENTE EVIDENCIADO. MITIGAÇÃO DEVIDA (...) MINORANTE PREVISTA NO ART. 26, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. **SEMI-IMPUTABILIDADE**. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERTURBAÇÃO MENTAL REDUZIDA. FRAÇÃO MÍNIMA QUE SE MOSTRA DEVIDA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. 1. Nos termos do art. 26, parágrafo único, do CP: "A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento." 2. Demonstrado que o paciente não era portador de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, apenas não possuindo plena capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento, em razão de perturbação na sua personalidade, justificada a escolha pela fração mínima (1/3) prevista no parágrafo único do art. 26 do CP.3 (...). (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Habeas Corpus nº 186149). (grifo nosso)

Assim sendo, neste momento a de se considerar que existem entendimentos que concluem que o psicopata se enquadra nas condições de semi-imputável e por isso merece que sua pena seja diminuída, diferentemente de um agente comum.

Julgados e entendimentos no Brasil

Existem casos reais no Brasil em que os nobres julgadores optaram em considerar o psicopata como semi-imputável, onde ocorreu a diminuição de pena ou a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança, assim como foi decidido abaixo em se de Embargos:

TJ-DF - EMBARGOS INFRINGENTES DE NULIDADE EI
20020510039874 DF (TJ-DF)

Data de publicação: 04/08/2005

Ementa: RÉU COM TRANSTORNO DE PERSONALIDADE. PERICULOSIDADE PRESENTE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR MEDIDA DE SEGURANÇA. CABÍVEL A IMPOSIÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA A RÉU QUE, MALGRADO SEMI-IMPUTÁVEL, APRESENTA PERICULOSIDADE, EM FACE DE TRANSTORNO DE PERSONALIDADE. LIMITAÇÃO DA MEDIDA AO PRAZO MÁXIMO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PREVISTA EM ABSTRATO PARA O CRIME COMETIDO. EMBARGOS PARCIALMENTE PROVIDOS. (grifo nosso)

Apesar de alguns juristas considerarem o psicopata como semi-imputável, mostra o julgado a baixo que sua culpabilidade não pode ser questionada com o embasamento que o agente tem transtorno de personalidade, portanto ele não poderá ser considerado inimputável sob tal alegação, como mostra o julgamento de Habeas Corpus a baixo:

STM - HABEAS CORPUS HC 00002352320137000000 SP (STM) Data de publicação: 17/02/2014 Ementa: ALEGAÇÃO DE QUE O PACIENTE É PORTADOR DE TRANSTORNO DE PERSONALIDADE COM INSTABILIDADE EMOCIONAL E TRANSTORNO DE ANSIEDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM. No caso sub examine, estando o feito com denúncia recebida, não há que se falar em nulidade do Auto de Prisão em Flagrante. A jurisprudência pátria é uníssona no sentido de que a concessão de habeas corpus para o trancamento de ação penal é medida excepcional, que só se justifica quando, de plano, for possível constatar, de maneira indubitável, a atipicidade da conduta, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade, ou a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, o que não se verifica. A alegação de que o paciente é portador de transtornos de personalidade e ansiedade, o que afastaria a culpabilidade, não é suficiente para que ele seja considerado penalmente inimputável, uma vez que somente é possível aferir a inimputabilidade do agente com a instauração do incidente

de insanidade mental, medida já adotada pelo Juízo de Primeira Instância. Ordem denegada. Decisão unânime.(grifo nosso)

Entre essas e outras decisões, citadas pelas doutrinas pode se concluir que o sistema jurídico brasileiro não aprova a impunidade dos psicopatas e embora tenham decisões divergentes, a maioria busca punir o agente que comete crimes, mesmo sendo portador do transtorno de personalidade psicopatia.

Para concluir é válido citar que no momento em que o psicopata sofre medida de segurança ou é preso o judiciário tem considerado a sua interdição quando houver provas que o sujeito esta impossibilitado de gerir sua vida normalmente, como é visto :

A possibilidade de interdição civil de pessoa diagnosticada como sociopata ou psicopata é talvez um dos maiores dilemas que se coloca em relação ao instituto da interdição, porque confronta os limites necessariamente rígidos das possibilidades de interdição civil com uma perspectiva sombria de agressão social iminente. A ponderação é da ministra Nancy Andrighi, em julgamento realizado na 3ª Turma do STJ, ao analisar um recurso especial do Ministério Público de Mato Grosso.(...)

Medidas de tratamento

Muito se pergunta a respeito do tratamento para a psicopatia, porém não se sabe ao certo se os efeitos são benéficos, a única certeza entre os pesquisadores é que não existe cura para esse transtorno. Em resposta a entrevista da revista Veja, Hare, renomado psiquiatra e estudante da psicopatia, confirmou que a psicopatia é incurável dizendo:

Por meio das terapias tradicionais, sim. Pegue-se o modelo-padrão de atendimento psicológico nas prisões. Ele simplesmente não tem nenhum efeito sobre os psicopatas. Nesse modelo, tenta-se mudar a forma como os pacientes pensam e agem estimulando-os a colocar-se no lugar de suas vítimas. Para os psicopatas, isso é perda de tempo. Ele não leva em conta a dor da vítima, mas o prazer que sentiu

com o crime. Outro tratamento que não funciona para criminosos psicopatas é o cognitivo – aquele em que psicólogo e paciente falam sobre o que deixa o criminoso com raiva, por exemplo, a fim de descobrir o ciclo que leva ao surgimento desse sentimento e, assim, evitá-lo. Esse procedimento não se aplica aos psicopatas porque eles não conseguem ver nada de errado em seu próprio comportamento.

Ana Beatriz Barbosa Silva diz: “É mais sensato falarmos em ajuda e tratamento para as vítimas dos psicopatas do que para eles mesmos”(Silva, pg 161, 2008).

Ambos os autores desacreditam que a psicopatia tenha cura. Assim é também para milhares de pesquisadores que estudam a mente do psicopata o que torna ainda mais infeliz diagnosticar o paciente com esse transtorno, pois não existem tratamentos a serem indicados.

A origem da psicopatia não possui definição certa tanto para Hare como para Silva, e mais uma vez concordam sobre a inexistência de tratamento eficaz para a psicopatia.

Com a mesma perspectiva que os autores dizem que nada funciona para melhorar o comportamento do psicopata, verifica-se que qualquer pena que seja imputada a eles também não trará nenhuma melhora já que sua consciência é incapaz de produzir qualquer grau de arrependimento, punição ou ressocialização.

Hilário Veiga de Carvalho, propôs a classificação Etiológica dos delinquentes, que consiste na prevalência de fatores biológicos ou mesológicos sendo separados em cinco grupos quais sejam: biocriminoso puro; biocriminoso preponderante; biomesocriminoso; mesocriminoso preponderante; mesocriminoso puro. Ficando os psicopatas na lista dos Biocriminosos puros (pseudocriminosos) que são:

Aqueles que apresentam apenas fatores biológicos; **aplica-se-lhes tratamento médico psiquiátrico em manicômio judiciário**; é o caso dos psicopatas ou epiléticos que, em crise, efetuam disparos de

arma de fogo ou dos retardados mentais severos, esquizofrênicos e outros. (grifo nosso) (FILHO, p. 131, 2012)

Na maioria dos casos os crimes cometidos por psicopatas são graves, e cruéis, nesse entendimento se baseando na hipótese em que o psicopata seja considerado uma pessoa normal sendo submetido ao regime carcerário comum cumprindo as penas que lhe sejam determinadas como alguém normal, o percentual de chances de cometer novos crimes é alto como diz Ana Beatriz Barbosa Silva:

Não é preciso ser vidente nem paranormal para perceber que pessoas com histórico de crimes violentos representam uma ameaça muito maior para a sociedade do que os criminosos que não apresentam a violência como uma marca registrada em seus crimes.

Uma boa maneira de "prever" o que uma pessoa poderá fazer no futuro é saber o que ela fez no passado. Apesar de parecer algo empírico demais, essa informação pode ser tomada como base para que o sistema de Justiça Criminal tome decisões pertinentes a penas e concessão de benefícios para criminosos.

Estudos revelam que a taxa de reincidência criminal (capacidade de cometer novos crimes) dos psicopatas é cerca de duas vezes maior que a dos demais criminosos. E quando se trata de crimes associados à violência, a reincidência cresce para três vezes mais. (Silva, pg. 128, 2008)

Diante do exposto é praticamente impossível tratar um psicopata, mesmo que seja feita psicanálise ou qualquer outro tratamento terapêutico os autores confirmam a ineficácia.

Casos reais

Segundo Ana Beatriz Barbosa em seu livro *O Psicopata Mora ao Lado* em relatos de crimes praticados por pessoas com grandes chances de se confirmar o diagnóstico de psicopatia. (SILVA, P. 103-104, 2008)

Segundo ela uma jovem com todos os quesitos de beleza e bons padrões de vida, junto com o namorado e seu irmão planejaram o atentado contra a vida de seus pais, os jovens os matarão enquanto eles dormião.

Foram deferidas varias pancadas com uma barra de ferro, a jovem após o atentado em nenhum momento mostrou arrependimento, ou tristeza, até mesmo após ser descoberta continuou firme e não demonstrou sentimentos .

Hare, em seu livro Sem Consciência, também mencionou um caso, esse vivenciado por ele quando trabalhou em uma penitenciaria no começo de sua carreira. Hare contou que perguntou ao recluso o motivo de sua prisão e a resposta foi marcante.

O recluso disse que a filha de sua namorada, um bebê ainda, estava chorando sem parar há horas e, como ela fedia, ele resolvera trocar a fralda. Ele disse: "Ela sujou minha mão toda, então perdi a cabeça (...)" "Eu peguei a menina pelo pé e joguei com toda força na parede".(HARE, 31, 2013)

Conclusão

O transtorno de personalidade embora seja muito estudado ainda traz grandes enigmas para a psiquiatria e para o direito penal, pois a legislação não especifica os sintomas em seus artigos e mesmo que a jurisdição busque igualdade no tratamento nos julgamentos, se torna inviável, pois cada agente é visto conforme a proporção de seus atos e resultados.

Por conseguinte, as jurisprudências analisadas trazem diferenças em seus entendimentos, sendo parte delas favoráveis a semi-imputabilidade, e outras buscam diminuir a pena ou a substituir por medida de segurança.

A condição do agente psicopata no momento é difícil, pois não foram encontradas maneiras de diminuir os seus sintomas ou trazer a capacidade de sentir para seu cérebro, devido a essa falta de habilidade de sentir os psicopatas tendem a cometerem crimes cruéis, onde a justiça não consegue atuar de forma eficaz ao julgarem tais casos.

Uma maneira para diminuir as taxas de reincidência para a criminalidade seria um novo modelo de prisão para essas pessoas. Profissionais ambulatoriais treinados para esse determinado transtorno juntamente com um lugar exclusivo e apropriado para os atender, poderiam contribuir para diminuir o índice de crimes cometidos por essas pessoas que serão mantidas nesse local, pois

o tratamento seria constante até o final da vida deles, ou até que os sintomas se tornem menos frequentes com o passar dos anos.

Referências

DAVIDOFF, Linda L. Introdução á Psicologia. 3. ed. São Paulo: Person Makron Books, 2001.

HARE, Rober D. Sem consciência. Porto Alegre: Artmed, 2013.

HARE, Robert D. Psicopatia: teoria e pesquisa. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1973, apud KARPMAN, Benjamim. The structure of neurosis: with special differentials betwn neurosis, psychosis, homosexuality, alcoholism, psychopathy, and criminality. Archives of Criminal Psychodynamics, 1961, 4, 599-646.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. O Psicopata mora ao lado. Fontamar, 2008.

SADOCK, Benjamin James, SADOCK, Virginia Alcott. Ciências do comportamento e psiquiatria clínica. Porto Alegre: Artmed, 2007

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm.

Acessado em 11/01/2019.

http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmrj/pareceres/1990/05_1990.htm.

Acessado em 14/01/2019.

<https://www.juridicos.com.br/imputavel-e-inimputavel/>. Acessado em 14/01/2019.

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25054791/recurso-especial-resp-1306687-mt-2011-0244776-9-stj>. Acessado em 18/04/2019

Pentado Filho, Nestor Sampaio Manual esquemático de criminologia / Nestor Sampaio Pentado Filho. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. Bibliografia. 1. Criminologia I. Título. CDU-343.9

Revista do Curso de direito da Faculdade da Serra Gaúcha, nº 19, 2016, disponível em: <http://arquivoetc.blogspot.com/2009/03/veja-entrevista-robert-hare.html>. acessado em 11/01/2019.

CAPEZ, Fernando e Prado, Stela. Código Penal comentado. Ed. 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21099539/habeas-corpus-hc-186149-df-2010-0176782-7-stj/certidao-de-julgamento-21099542?ref=juris-tabs> Acessado em 30/01/2019

<https://stm.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/461254601/habeas-corpus-hc-2352320137000000-sp>. Acessado em 05/02/2019

<https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=r%C3%A9u+com+transtorno+de+personalidade>. Acessado em 05/02/2019

<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/psicopatia/8671>. Acessado em 17/04/2019

ABORTO: DIREITO OU CRIME

JÚLIO CÉSAR BARROS DA SILVA:

Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil - Campus Fernandópolis.

RODRIGO SONCINI DE OLIVEIRA GUENA

(Orientador)

RESUMO: No Brasil, há expressa vedação legal ao aborto, salvo nas hipóteses previstas em lei. Todavia, tendo em vista o caráter eclético da Constituição Federal de 1988, sabe-se que muitos corroboram com o ordenamento jurídico pátrio e muitos discordam, cada um com base em seus respectivos fundamentos, baseados precipuamente em direitos tidos por fundamentais. Aqueles que defendem ser o aborto um direito, o fazem ante o direito à liberdade, direito fundamental de primeira geração, defendido na Revolução Francesa, que ganhou força com os movimentos sociais atuais, a exemplo do feminismo. Já os que dizem ser o aborto um crime, tutelam o direito à vida intrauterina, o ligando a fundamentos conservadores. Nesse sentido, o presente artigo tem por escopo apresentar as duas vertentes, mostrando ao final, a melhor orientação.

Palavras-chave: Aborto. Crime. Direito. Liberdade. Vida.

ABSTRACT: In Brazil, there is an express legal prohibition on abortion, except in the cases provided by law. However, given the eclectic nature of the Federal Constitution of 1988, it is well known that many corroborate with the legal order of the country and many disagree, each based on their respective foundations, based primarily on fundamental rights. Those who defend abortion as a right, do so in the face of the right to freedom, a fundamental right of the first generation, defended in the French Revolution, which has gained strength with current social movements, as feminism. Those who say that abortion is a crime, protect the right to intrauterine life, linking it to conservative grounds. In this sense, the present article has the scope to present the two aspects, showing at the end, the best orientation.

Key-works: Abortion. Crime. Freedom. Life. Right.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1. DO REGRAMENTO DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. 2.2. DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO ABORTO.

2.2.1. DOS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO ABORTO. 2.3. DO DIREITO COMPARADO. 2.4. DOS CUSTOS PARA O SISTEMA. 2.5. DO NÚMERO DE MORTES DE GESTANTES NO BRASIL. 2.6. DO ESTADO LAICO. 2.7. DO NÚMERO DE CRIANÇAS PARA ADOÇÃO. 2.8. DA FALTA DE POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS. 3. CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Os artigos 124 a 128 do Código Penal disciplinam o aborto, conduta que é considerada típica no Brasil, tendo em vista a garantia à vida prevista constitucionalmente. Não obstante, deve se considerar a natureza criminosa da conduta à luz da época em que fora editado o Código Penal Brasileiro, qual seja o ano de 1940, época em que o direito das mulheres era extremamente maculado (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, embora haja pertinência constitucional quanto à tipificação do aborto, faz-se necessário analisar, por meio de interpretação sistemática-humanitária a atual posição de tal conduta, uma vez que, não há falar em direitos fundamentais absolutos, de modo que simplesmente tutelar à vida não pode ser argumento razoável para ferir outros inúmeros direitos e garantias constitucionais.

Não obstante, embora no Brasil vigore o civil law, também é fonte normativa o costume, assim, conforme muito noticia os veículos de informação, cada vez mais vem ocorrendo a prática de determinada aborto em condições desumanas, hipótese em que visando o desacumulo jurisdicional, bem como o respeito à dignidade humana da mulher, deve se discutir a atual concretude de tal prática, a fim de que, a olhos críticos, seja possível a ponderação entre direitos fundamentais, respeitando precipuamente a dignidade da pessoa humana.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. DO REGRAMENTO DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O artigo 124 do Código Penal Brasileiro tipifica a conduta do aborto praticado pela gestante ou por outrem com seu consentimento, prevendo o preceito secundário a pena de detenção, de 1 a 3 anos. Trata-se de crime próprio, uma vez que só pode ser cometido pela gestante. Tal conduta é a mais corriqueira, seja porque não houve precaução quando da prática do ato sexual, seja por falta

de informação, estrutura, condições econômico-sociais ou outras causas de cunho subjetivo (BRASIL, 1940).

No mesmo sentido, o artigo 125 do mesmo diploma legislativo prevê a conduta do aborto praticado por terceiro, cuja pena é de reclusão, de 3 a 10 anos. Aqui a conduta é mais gravosa, tendo em vista que outrem, sem o consentimento da gestante, lhe provoca o aborto. Trata-se de crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa.

Já o artigo 126 do Código (BRASIL, 1940) prevê como criminosa a conduta de provocar o aborto com o consentimento da gestante, cujo preceito secundário descreve a pena de 1 a 4 anos. É tipo que somente pode ser praticado, desde que a gestante incida na conduta do 124, estando ambos relacionados sistematicamente. Assim como o aborto praticado sem o consentimento da gestante, trata-se de crime comum, cujo sujeito ativo pode ser qualquer indivíduo. Em seu parágrafo único, o tipo prevê que caso a conduta do caput seja cometida contra gestante menor de 14 anos, alienada, doente ou débil mental ou se sua anuência se dá por meio de violência, grave ameaça ou fraude, será aplicada a pena do artigo 125, pois, o dissentimento é presumido. Cita-se como exemplo de violência o cônjuge que amarra sua esposa e faz com que ela ingira substância abortiva proibida. Já a grave ameaça consiste na ameaça de mal grave e iminente, como por exemplo, o convivente que diz que se sua companheira não tomar o medicamento abortivo, a matará em seguida. Por fim, a fraude se dá por malícia, a título de exemplo, o namorado fingindo que terá relações sexuais com a namorada, ao iniciar a prática do ato, lhe introduz algo capaz de produzir o resultado desejado, qual seja o aborto.

O artigo 127 prevê a forma qualificada do aborto praticado por terceiro, descrevendo o aumento de $\frac{1}{3}$ se em decorrência do aborto sobrevier lesão corporal à gestante e o aumento de $\frac{1}{2}$ se lhe sobrevém o óbito. Tais causas de aumento de pena aplicam-se ainda que os crimes supracitados não se consumem, bastando o início da conduta, com seus meios executórios.

O artigo 128 trata do aborto necessário, prevendo que não será punido o aborto praticado por médico quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante, se a gravidez resulta de estupro e a gestante ou quem a estiver representando legalmente consentir e o STF reconheceu recentemente a

possibilidade do aborto de feto anencefálico, com base na dignidade tanto da mulher como da criança.

Ora, conforme se depreende da leitura do presente tópico, o próprio legislador quando da edição de referidas normas e fazendo bom uso da proporcionalidade em sentido estrito, puniu de maneira mais severa a conduta do terceiro que pratica o aborto com ou sem consentimento da gestante em detrimento do ato de a própria mulher lhe praticar ou aborto ou consentir que outrem lhe provoque. Assim, mesmo quando a sociedade era regida por outros valores tradicionais, já não se via gravidade absoluta na prática da mulher, de modo que o artigo 124 cominou a pena de mínima de 3 anos, de modo que é possível a suspensão condicional do processo, assim, na maioria dos casos, a gestante, ao ser processada pela prática do aborto, apenas cumpriria condições não privativas de liberdade pelo período de 2 a 4 anos e ao final, veria sua punibilidade extinta.

Assim, questiona-se: o aborto deve ser visto como um direito ou um crime.

2.2. DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO ABORTO

Aqueles que defendem que o aborto continue a ser tratado como crime, tem seus argumentos ligados ao direito à vida e dizem que com a fecundação, há o surgimento uterino de uma pessoa humana, de modo que não deve se macular o direito de vida dessa pessoa, o que muito se assemelha à Teoria Concepcionista do Direito Civil.

Ainda descrevem que desde a formação do zigoto não há de se falar que o indivíduo concebido é mero conjunto de células, pois há estudos que demonstram que desde tal fase, cada pessoa já possui características específicas intrínsecas, primeiro da dimensão física ou externa e posteriormente nas dimensões psicológica e espiritual. Nesse sentido já decidiu a Comissão Warnock, na Inglaterra; décima quarta semana, na Argentina; ou décima segunda semana, ADPF 442, em julgamento no STF.

Seus argumentos normativos estão descritos no artigo segundo do Código Civil, o qual dispõe: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro; bem como na Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988), Título II, Dos Direitos e garantias

fundamentais. Capítulo I, Dos Direitos e deveres individuais e coletivos. Artigo 5: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida...” e Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), artigo 3: “ A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou comunidade em que vivem”.

Em prática talvez até apelativa, descrevem que as estatísticas quando a redução do número de abortos clandestinos em países onde tal prática é autorizada, dizem tratar de fake numbers, uma vez que as pesquisas seriam supostamente financiadas por órgãos e entidades financiadoras do aborto. Não obstante, usam os dados do Ministério da Saúde, segundo os quais a respeito de mortes devido aos abortos (espontâneos ou ilegais eles não especificam), entre os anos 2014 e 2016 no Brasil foram, respectivamente, 40, 56 e 46 e não o número fornecido em outras pesquisas, que mostram um número imensamente maior de casos.

Ainda alegam que Dados da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro revelam que o aborto está em quarto lugar nas causas de mortes de mulheres, e mostram que morrem mais mulheres na hora do parto do que por aborto, de modo que implicitamente mitigam a gravidade do aborto clandestino.

Por fim, a título de direito comparado revelam que no ano de 1973, a Suprema Corte Americana legalizou o aborto nos EUA, no famoso caso *Roex versus Wade*. Até o ano 1973, o número de abortos realizados naquele país era da ordem de 600.000 ao ano.

Em 1983 foram realizados 1.570.000 abortos, e desde 1973 até 2013 foram mortos por abortos diretamente provocados 58.286.256 crianças. Ou seja, em 10 anos o número de abortos subiu em 224% e em 40 anos subiu 832%.

2.2.1. DOS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO ABORTO

A crescente corrente que defende ser o aborto um direito fundamental, o faz a luz dos princípios da dignidade, liberdade, igualdade, proporcionalidade e intervenção mínima do Estado.

Segundo tal posição, nos países onde há vedação ao aborto, na prática não há redução dos casos, de modo que aquelas que não tem recursos socioeconômicos acabam por fazê-lo de forma clandestina, colocando em vida sua integridade física, psíquica e moral, bem como sua vida.

Não obstante, quem descriminaliza não está automaticamente legalizando, mas tão somente dando viés para o arbítrio feminino em decidir se é ou não o momento oportuno para gerar uma vida, a qual acarreta inúmeras obrigações e responsabilidades.

Não se trata o direito ao aborto de um incentivo para referida prática, mas apenas de uma medida que dá meios para quem queira realiza-lo o faça de maneira segura, mediante orientações provenientes de políticas públicas. Políticas estas que inclusive, são sempre destinadas para a prevenção da prática abortiva e, apenas como última rateio apontam a forma segura de a mulher implementar sua liberdade.

Ainda discorrem, ao contrário da primeira corrente, que nos países onde houve a descriminalização do aborto, houve significativa redução dos índices de mortalidade materna quando da prática do aborto. Assim, o que se busca não é impor tal conduta como necessária, obrigatória ou cogente, mas apenas trata-la como um direito de cunho subjetivo, cuja decisão incumbe exclusivamente à gestante.

Além disso, ainda não se vê o direito ao aborto reconhecido, uma vez que os debates sobre o tema ainda são veiculados precipuamente por homens, juristas e religiosos no âmbito do Congresso Nacional, os quais, notoriamente não

representam o interesse da classe defendida por tal direito, quais sejam mulheres, em sua maioria hipossuficiente econômica, cultural, social e/ou organizacional.

Não menos importante, do ponto de vista científico, o que há dentro da mulher não é um bebê, mas sim um conjunto de células, uma vez que enquanto não completo o sistema nervoso central, não há falar em pessoa humana e direito à vida. Desse modo, só poderia se falar em vida quando o embrião se implantasse na parede uterina.

Com o neoconstitucionalismo, que emprega força normativa aos princípios, tornou-se possível a interpretação de dispositivos constitucionais de forma mais ampla, especialmente nas matérias interligadas ao direito de família, tutela pelo direito civil.

Por fim, a mulher tem direito ao seu corpo, podendo decidir se quer ou não ser mãe, não cabendo essa decisão ao Estado e somente No Brasil, 503.000 mulheres fizeram aborto no ano 2010 (dados fornecidos pela Pesquisa Nacional sobre o aborto, citados num artigo assinado pelo Frei Beto, no jornal O Globo, dia 1-VIII-2018).

2.3. DO DIREITO COMPARADO

Países onde o aborto não é considerado crime: Uruguai, Guiana, Cuba, Porto Rico, Canadá, Estados Unidos da América, Bósnia, Herzegovina, Croácia, Eslovênia, Portugal e Turquia, Albânia, Áustria, Bulgária, Dinamarca, Eslováquia, Estônia, Grécia, Islândia, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Macedônia, Moldávia, Montenegro, Noruega, República Tcheca, Rússia, Suíça, Ucrânia, Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Kosovo, Romênia, Suécia, Hungria, Holanda, Bielorrússia, África do Sul, Cabo Verde, Moçambique, Tunísia, Armênia, Azerbaijão, Bahrein, Cazaquistão, Geórgia, Mongólia, Nepal, Quirguistão, Tadjiquistão, Turquemenistão, Uzbequistão, Vietnã, Camboja, Singapura, China, Coreia do Norte e Austrália (DREHMER, 2018).

Utilizando a título de comparação o Uruguai, país também integrante da América do Sul, onde o aborto é permitido até a décima segunda semana de gestação, prazo que prorroga-se para a décima quarta semana em tratando-se de caso de estupro e pode se estender ainda mais em casos de risco à vida da gestante ou anomalias radicais no feto, percebe-se que desde primórdios de 1938

o aborto resultante de estupro já era legalizado, mas estendeu a possibilidade às hipóteses de aborto voluntário somente em outubro de 2012, quando, a priori, houve aumento significativo nos índices de aborto, os quais, posteriormente foram estabilizados, circunstância que evidencia a inversa proporcionalidade entre a legalização e prática abortiva, como mostrado no gráfico 1.

Gráfico 1. Abortos realizados após legalização no Uruguai

Fonte: Gênero e Número, 2018 (Disponível em: <http://www.generonumero.media/portugal-espanha-e-uruguai-o-que-aconteceu-apos-legalizacao-do-aborto/>).

Em linhas comparativas, no Brasil o número de abortos legais aponta para outra realidade: Em 2017, foram feitos 1.636 abortos legais, segundo o Ministério da Saúde, ao passo que, quando ao número de abortos ilegais, o governo federal não apresenta informações precisas. No sistema de saúde, também não há dados justamente porque o procedimento é crime quando está fora das 3 previsões legais. Mas há indicativos que ajudam a mensurar a clandestinidade.

De acordo com o DATASUS (2017), em 2017, foram registradas 177.464 curetagens pós-abortamento, um tipo de raspagem da parte interna do útero. Outro procedimento em casos de aborto é o esvaziamento do útero por aspiração manual intrauterina (AMIU). Em 2017, foram registradas 13.046. Juntas, foram 190.510 internações.

2.4. DOS CUSTOS PARA O SISTEMA

Segundo aponta o próprio Ministério da Saúde, no ano de 2017, a média de gastos com a curetagem, como decorrência do aborto clandestino foi de R\$37,97 milhões de reais, a medida em que os gastos para a prática abortiva legal, também no ano de 2017 foi em cerca de R\$360 mil. Assim, mostra-se evidente que, além de questões de cunho social e intrínsecas à mulher, liberar o aborto implica em considerável redução de gastos para o Estado e conseqüentemente, para toda a população, bem como diminui o número de pacientes em situação de urgência para atendimento médico-hospitalar decorrente da clandestinidade da prática do tipo previsto no artigo 124 do Código Penal.

2.5. DO NÚMERO DE MORTES DE GESTANTES NO BRASIL

De acordo com o Ministério da Saúde, o aborto é a 5ª causa de **morte materna** no País. Em 2016, dos 1.670 óbitos causados por problemas relacionados à gravidez ou ao parto ou ocorridos até 42 dias depois, 127 foram devido ao abortamento (FERNANDES, 2019).

Ora, o próprio Ministério da Saúde revela gritante necessidade em se dar meios regulares para a prática do aborto, uma vez que conforme dados percebe-se que a vedação ao aborto não impede sua consumação, a qual se dá de forma clandestina, com recursos médicos precários, o que leva ao óbito não só do feto, como da própria gestante. Sob essa premissa, a vedação ao aborto, importa em grave violação aos direitos fundamentais da mulher, precipuamente à vida e à dignidade, fundamentos defendidos por quem defende a vida do feto.

2.6. DO ESTADO LAICO

Conforme se depreende da história do Brasil, a qual gera efeitos normativos até os dias atuais, a Colônia do Brasil, por sofrer grande inúmera influência portuguesa, também seguia a fé católica, a qual sempre inadmitiu qualquer ato contrário ao aborto. Assim, em nossa primeira Constituição Federal, em 1824, a prática do aborto era absolutamente vedada, tratando-se de crime contra a vida. Não obstante, o Código Penal Imperial também descrevia como preceito primário de uma norma penal incriminadora a prática do aborto.

Todavia, desde a primeira Constituição Republicana, promulgada em 1891, o Estado é laico, de modo que não pode sofrer qualquer influência ideológica de cunho religioso. Assim, não se pode permitir que a prática abortiva seja incriminada com base em valores primordiais, provenientes de uma época em que a mulher sequer poderia votar e ser alguém independentemente de seu esposo. Desse modo, não se pode macular direitos femininos com o mesmo rigor em que era feito quando seu único papel formal na sociedade era gerir o lar e à família, tratando-se de um dever inerente a sua própria condição, gerar filhos (BRASIL, 1891).

Em meados de 2010, a **Pesquisa Nacional do Aborto (DINIZ e MEDEIROS, 2010)** foi realizada por pesquisadores da Universidade de Brasília (UNB) e demonstrou que:

- 55% das mulheres precisou de internação por complicações decorrentes do aborto;
- 48% das pesquisadas referiu ter usado medicamentos para abortar;
- 13% delas relatou ter feito aborto entre 16 e 17 anos;
- 16% entre 18 e 19 anos;
- 24% entre 20 e 24 anos.

2.7. DO NÚMERO DE CRIANÇAS PARA ADOÇÃO

No país, cerca de 47 mil crianças e adolescentes crescem nos abrigos, mas, desses, apenas 7.300 estão aptos judicialmente para serem adotados, segundo balanço do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e do Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos (CNCA) (BERTOLUCCI, 2017).

Conforme se depreende dos dados apontados pelo CNA E CNCA, há grande número de crianças e adolescentes para adoção no Brasil, o que é dificultado pela morosidade e burocracias do sistema. Assim, percebe-se que vedar o aborto não garante uma vida digna aos que nascem, tendo em vista que de nada adianta nascer, ter o dom da vida, mas não exercê-la com dignidade, receber carinho, amor, afeto, atenção, educação, alimentação digna, enfim, construir uma vida com base em valores e oportunidades que somente uma família pode nos dar.

Se o sistema fosse capaz de propiciar a adoção a todos que se encontram em abrigos, não haveria de se falar em mácula à dignidade, uma vez que não pode se considerar como família apenas a natural/biológica, mas também a substituta. Todavia, infelizmente, só ocorre a consumação da adoção, na maioria dos casos, em relação a bebês brancos, de modo que os abrigos se encontram superlotados.

Nesse sentido, o mesmo sistema que não dá meios à efetivação de uma adoção célere e integral a todos que a buscam, não pode incriminar a conduta da mulher que não se julga apta a gerir.

Em que pese os argumentos supracitados, não só a colocação à adoção é uma mácula social, mas também importa em prejuízos tanto à criança como à sociedade a circunstância em que uma mãe cria o filho sem a intenção de fazê-lo,

uma vez que é obrigada pelo sistema. Nessa toada, por vezes, a mãe desconta sua revolta no filho, que por sua vez, em não raros casos, o reflete na sociedade, pois a situação enfrentada em casa pode levá-lo a fazer uso de substâncias entorpecentes, indiretamente colaborando com o tráfico, que por sua vez, destrói inúmeras outras famílias.

2.8. DA FALTA DE POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS

Os gráficos 2 e 3 demonstram que o problema no Brasil não é o aborto, mas sim a falta de políticas públicas educacionais com o escopo de se evitar gravidez indesejada. Tal tese mostra-se comprovada, ante a gritante maior porcentagem de casos de aborto em regiões menos desenvolvidas sócio, econômico e culturalmente. Não obstante, há maior incidência de casos em mulheres sem instrução educacional.

3. CONCLUSÃO

Em suma, em que pese sua tipificação legal, deve o aborto ser tratado como um direito e não como um crime, o que se fundamenta na liberdade, igualdade, vida e dignidade da mulher, valores fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988, conhecida por Constituição Cidadã.

Nesse sentido, revela-se arbitrário e incoerente impor à mulher o dever de gerar um filho contra sua vontade, mesmo porque, conforme demonstrado no presente artigo, tal obrigatoriedade não mitiga os números de abortos consumados, todavia de forma clandestina, o que implica em violação à integridade física e psíquica da gestante.

Por fim, o aborto representa a incompetência estatal quando à políticas educacionais, de modo que não se deve atribuir à gestante a responsabilidade por uma mácula que não é só dela, mas de toda a coletividade.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ArqRio. **Aborto:** argumentos a favor e contra. 2018. Disponível em: <<http://arqrio.org/formacao/detalhes/2354/aborto-argumentos-a-favor-e-contra>>. Acesso em: abr/2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Brasília, 1988. Acesso em: mar/2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de Fevereiro de 1891)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Rio de Janeiro, 1891. Acesso em: mar/2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Rio de Janeiro, 1940. Acesso em: abr/2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. ECA. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Brasília, 1990. Acesso em: mar/2019.

BERTOLUCCI, R. Brasil tem 47 mil crianças em abrigos, mas só 7.300 podem ser adotadas. **O Globo**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/brasil-tem-47-mil-criancas-em-abrigos-mas-so-7300-podem-ser-adotadas-21384368>>. Acesso em: mar/2019.

DATASUS. **Plano Diretor de Tecnologia da Informação 2017/2018**. Disponível em: <http://datasus.saude.gov.br/images/pdti/PDTI_MS_1718.pdf>. Acesso em: abr/2019.

DREHMER, R. Saiba quais são os países em que o aborto não é considerado crime. **MdeMulher**. Disponível em: <<https://mdemulher.abril.com.br/saude/paises-em-que-aborto-nao-e-crime/>>. Acesso em: mar/2019.

DINIZ, D.; MEDEIROS, M. **Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna**. Disponível em: <<http://apublica.org/wp-content/uploads/2013/09/PNA.pdf>>. Acesso em: abr/2019.

FERNANDES, M. Aborto no Brasil: como os números sobre abortos legais e clandestinos contribuem no debate da descriminalização. **HUFFPOST**. Disponível em: <<https://www.huffpostbrasil.com/2018/07/31/aborto-no-brasil-como-os>>

[numeros-sobre-abortos-legais-e-clandestinos-contribuem-no-debate-da-descriminalizacao-a-23486575/>](#). Acesso em: abr/2019.

MAGALHÃES, L. **Aborto no Brasil**. TodaMatéria. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/aborto-no-brasil/>>. Acesso em: abr/2019.

Wikipédia. **Aborto no Brasil**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Aborto_no_Brasil>. Acesso em: mar/2019.

DIREITO AO ESQUECIMENTO: PROTEÇÃO DA VIDA PRIVADA E INTIMIDADE E PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PERANTE A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

VANESSA GOUVEIA BELTRÃO: Advogada. Pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, Pós-graduada em Direito Administrativo pela Universidade Anhaguera-Uniderp. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba.

RESUMO: Diante do atual cenário que vivenciamos, da chamada sociedade da informação, no qual termos como tempo e espaço rompem-se em um novo paradigma, visualizamos a velocidade com que a informação é transmitida e como nos encontramos expostos a essa sociedade tecnológica que se integra cada vez mais ao universo virtual. É nesse ambiente que o tema "direito ao esquecimento" ganha novos contornos e carece de uma abordagem no tocante a proteção dos direitos de personalidade, basificado na proteção da dignidade da pessoa humana, em face da perpetuação de fatos desabonadores que geram prejuízo e sofrimento ao indivíduo. O fato dessas informações serem perpetuados pelo tempo e dispostas permanentemente ao acesso para comunidade, interfere na autonomia do indivíduo e influência seu convívio social, afetando sua honra, imagem e privacidade permanentemente. Desta forma, o presente artigo visa abordar a importância do reconhecimento do direito ao esquecimento, trazendo como destaque o caso dos sex offenders (agressores sexuais) e da Lei de Megan nos Estados Unidos.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Direitos de personalidade. Dignidade da pessoa humana

ABSTRACT: Faced with the new scenario we are experiencing, the information society, the terms of time and space becomes a new paradigm, we visualized the speed within an information that is transmitted and how we become exposition to this technological society that integrates each day more with the virtual universe. It is in this environment that the theme "right to oblivion" gains new contours and lacks a touching approach to the protection of the rights of personality, based on the protection of the dignity of the human person, in the face of the perpetuation of dishonorable facts that generate prejudice and

suffering to the individual. The fact that the information is perpetuated by the time and means permanently of access to the community, interfere in the autonomy of the individual and influence his social life, affect his image and privacy permanently. In this way, the present article aims at recognizing the right to oblivion, highlighting the case of sexual aggressors and the Megan Law in the United States.

Keywords: Right to oblivion. Rights of personality. Human dignity.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO AO ESQUECIMENTO. OS DELINQUENTES SEXUAIS E A LEI DE MEGAN. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Em 1948 os Laboratórios Telefônicos da Bell anunciaram a invenção de um pequeno semicondutor eletrônico chamado de transistor. O transistor deu início a uma revolução na eletrônica, colocando a tecnologia no rumo da miniaturização e da onipresença. Entretanto, neste mesmo ano, sem qualquer holofote ou comunicado à imprensa, numa monografia publicada na Revista Técnica dos Sistemas Bell sob o título “Uma teoria matemática da comunicação”, surgia também uma outra invenção em torno do qual o mundo inteiro passou a girar: o bit – binary digit, a menor medida de informação que pode ser armazenada ou transmitida. (GLEICK, 2013).

Com o nascimento do bit e do transistor estava iniciada a “Era da Informação”. Nesse novo panorama, os bits, megabits, gigabits tornaram-se o principal combustível do mundo e da vida. A eletricidade, por via da luz (em fibras ópticas, ou em leitores e gravadores de discos ópticos por exemplo), a rede wireless, através de ondas eletromagnéticas, e até áreas da ciência como a biologia, ao examinar o armazenamento e a transferência da informação pelos genomas, são meios que utilizam essa medida de informação.

A sobrevivência humana deixou a necessidade material de água e comida e conectou-se a uma nova solução. A Cibernética tomou conta da realidade.

Diante desse cenário, a divulgação de notícias que demoravam dias para alcançar locais além da comunidade local, hoje percorre o mundo em frações de segundos e tornam-se assuntos eternos à disposição de todos, registrados na rede. O ciberespaço representa uma nova realidade, um universo sem limites orgânicos e sem fronteiras espaciais ou temporais.

Vivemos, portanto, num momento em que pequenos problemas locais, antes irrelevantes, passaram a ter o condão de, em poucos segundos, alçarem a esfera global e trazerem consigo consequências imensuráveis. É nesse contexto, no qual visualizamos a informação perdurar ao longo do tempo, rompendo barreiras físicas e temporais, que o chamado “direito ao esquecimento” ganha relevo, como fenômeno inerente ao mundo contemporâneo, em meio ao universo virtual e rompimento de paradigmas de tempo e espaço.

O Direito ao esquecimento não se trata de um tema recente, há muito já se discutia acerca do direito de não ser lembrado pelos fatos cometidos no passado, que, muitas vezes já foram esclarecidos perante o Poder Público ou já foram solucionados junto aos interessados. No entanto, o assunto retoma sua relevância e atenção hodiernamente, em razão da evolução tecnológica e dos impactos que os novos meios de comunicação causam e podem vir a causar sobre os indivíduos, tendo em vista que tais avanços ao tempo que aprimoram a difusão e compartilhamento da informação, aproximando e facilitando as demandas diárias, trazem consigo um ambiente propício à exacerbada exposição e exploração da imagem, privacidade e intimidade.

Segundo Anderson Schreiber

A

internet não esquece. Ao contrário dos jornais e

*revistas de outrora,
cujas edições antigas se perdiam no tempo, sujeitas
ao desgaste do seu suporte
físico, as informações que circulam na rede ali permanecem
indefinidamente. Pior:
dados pretéritos vêm à tona com a mesma clareza
dos dados mais recentes, criando um delicado
conflito no campo do direito. De um lado, é certo
que o público tem direito a
relembrar fatos antigos. De outro,
embora ninguém tenha
direito de apagar os fatos, deve-se
evitar que uma pessoa
seja perseguida, ao longo de toda a vida, por um
acontecimento pretérito. (SCHREIBER, 2014, p.170)*

Por se tratar de tema de alta relevância, e devido às circunstâncias atuais, capaz de potencializar a divulgação e disseminação da informação, o direito ao esquecimento adquire novos contornos e acentuada importância.

Quando abordado como uma espécie de defesa contra a invasão de privacidade e intimidade do indivíduo, propiciado pelas mídias e internet, especialmente no que atine a fatos públicos referentes ao passado do indivíduo, o direito ao esquecimento instala tensão entre a liberdade de informação e os direitos de personalidade que abrangem a privacidade, honra e imagem.

Nesse rumo, o presente artigo visa examinar como o contexto atual da cibernética, do mundo conectado, acarreta inúmeras consequências sociais e jurídicas. Destaca-se, para tanto, a preservação e perpetuação de informações referentes a acontecimentos passados dos indivíduos, capazes de macular sua imagem e apresentar-se como mais um obstáculo para aqueles que, não raro, já são suficientemente estigmatizados justamente em razão de tais fatos, impedindo, em última análise, seu retorno ao convívio social e exercício de cidadania em plenitude.

A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

O desenvolvimento da chamada sociedade da informação, cuja origem do termo remonta ao final do Século XX, assenta um modelo de sociedade contemporânea em torno do desenvolvimento social e econômico onde a informação destaca-se como elemento fundamental para o bem-estar e evolução da sociedade.

A sociedade da informação encontra-se inserida num processo de mudança, acarretado pelos avanços tecnológicos, cujos hábitos foram sendo alterados em razão da inserção da tecnologia em nosso meio.

Hoje, deparamo-nos com conceitos e experiências completamente envoltos no meio ambiente digital, que vem cada vez mais mudando nossa forma de pensar, de agir e como vemos o mundo à nossa volta.

A realidade virtual trouxe a capacidade de transcender o universo digital, permitindo a sobreposição de objetos e ambientes virtuais com o ambiente físico, por meio de dispositivos tecnológicos, (KIRNER; SISCOOTTO, 2007) ao ponto que o desenvolvimento tecnológico expande ampliando os horizontes, e através da internet, os avanços rompem barreiras.

Diante desse contexto, com a criação da internet e a generalização do acesso à informação, a discussão sobre a existência e reconhecimento do direito ao esquecimento toma relevância. A informação ganha contornos jamais imagináveis. Uma informação hoje lançada na rede mundial de computadores em apenas alguns milésimos de segundos é transmitida para todo o mundo, e se torna disponível para a sociedade de maneira incontrolável.

Vivenciamos uma época de vulnerabilidades, de fragilidade no tocante aos direitos de personalidade, especialmente em relação à proteção da vida privada e intimidade. As mídias e as tecnologias ocupam-se em usurpar o espaço social da comunidade e tornar a vida privada um espaço público, amplamente difundido.

A fragilidade se demonstra, por exemplo, ao visualizarmos os crescentes casos de divulgação de fotografias íntimas, especialmente de mulheres, que uma vez lançadas em rede podem ser armazenadas por qualquer pessoa e passíveis de qualquer tipo de utilização, o que, pelo fato de ser uma rede mundial, torna seu controle praticamente impossível.

No que diz respeito às informações lançadas e propagadas em rede, na mídia, na sociedade, tendo em vista que o mundo real entrelaça-se cada vez mais ao mundo virtual, configurando um fenômeno chamado pelos estudiosos de "cibridismo"^[1], o indivíduo acaba por se tornar refém de toda essa exposição exagerada, e pode chegar a macular sua vida social por um simples fato atrelado à sua história.

Se hoje vivemos uma mistura do mundo real com virtual, temos consciência de que os fatos ocorridos no mundo real se transmitem para o universo virtual e comungam na exposição quase que instantânea do indivíduo, e é nesse sentido que se evidencia a importância do chamado "direito ao esquecimento".

Segundo Mixilini Chemin Pires e Riva Sobrado de Freitas (2015, p. 318):

O tempo é paradigma para muita coisa. O tempo define a experiência. O tempo "desenha e traça o corpo físico". O tempo sufraga as vontades e as possibilidades. O tempo marca a história. O tempo faz a história. O tempo constrói as lembranças. O tempo aviventa as recordações. O tempo inicia e põe termo as relações jurídicas. O tempo.... o tempo. Dentre tantos formatos e aspectos, aí está o tempo. Um tempo hoje relevante e porque não dizer, definidor do direito, como elemento garantidor do reconhecimento do direito ao esquecimento. Um tempo que definirá o que deve ou

não ser lembrado. E, principalmente, quem pode ou não querer ser esquecido.

Nos dizeres de Hermínia Campuzano Tomé

O caráter universal e mais acessível que nos últimos anos adquiriram os recursos informáticos, unido ao desenvolvimento das novas tecnologias, propiciou que a informatização da sociedade, anunciada desde o final dos anos setenta, tenha se convertido em uma realidade e que se concretiza em uma nova forma de organização social. Este fenômeno engendra uma revolução que, a dizer de alguns, terá uma incidência equivalente a que teve a revolução industrial há um século. As novas tecnologias configuram a informação como um de seus valores fundamentais de nossa sociedade. Estamos caminhando de uma forma de vida assentada em bens físicos para uma centrada no conhecimento e na informação. (TOMÉ, 2000, p. 20)

A memória deixou de ser

algo perecível pelo tempo, na sociedade da informação os fatos encontram-se disponíveis de forma atemporal. Segundo alguns autores, a exemplo de Joana Sierra que discorre em sua monografia sobre o tema, tal direito seria absolutamente justificado na sociedade do "hiperinformacionismo", título dado pela doutrina ao momento atual que vivenciamos, em que as informações têm a possibilidade de serem concretizadas e perdurar seu alcance pelo tempo, de modo que nada é apagado e tudo permanece disponível para consultas à qualquer momento. (SIERRA, 2013 p.14)

Aquele efeito deletério que até então o tempo operava está sendo superado e desconstituído pela automação da informação. A memória social agora se mede

em terabytes e se torna uma ameaça real a toda e qualquer pessoa que por acaso tenha tido um flash de sua vida capturado e armazenado indefinidamente no hard disk de algum dispositivo espalhado pelo mundo, ansioso para ser pesquisado. (NETO SANTOS, 2015, p. 12)

Segundo Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão e Tatiana Manna Bellasalma e Silva (2015, p. 292):

As informações e dados encontram-se disponíveis e não pertencem mais a um círculo de confiança. Nem o tempo e nem o espaço são capazes de impedir o acesso a vida e a história da pessoa humana. Estes elementos que protegeram a pessoa humana do aviltamento de sua vida íntima e privada não são mais obstáculos na sociedade superinformacional.

As mudanças evidenciadas pelos avanços tecnológicos trouxeram consigo uma série de consequências sociais, econômicas e jurídicas, de modo que surgiram questionamentos e conflitos acerca dessa nova realidade. Nesse sentido, suscita o direito ao esquecimento como uma necessidade de garantir à pessoa humana a autonomia sobre sua vida (FERMENTÃO; SILVA, 2015)

Tema já retratado pela doutrina internacional, o "direito ao esquecimento" é entendido como a possibilidade de apagar dados sobre as pessoas, de modo a impedir que as informações permaneçam indefinidamente disponíveis à comunidade. Trata-se do direito de determinada pessoa não ver um fato ocorrido em determinado momento de sua vida exposto ao público em geral, de modo a lhe gerar sofrimento, mesmo que tal acontecimento seja verídico.

No direito norte-americano o "the right to be let alone" (direito de ser deixado em paz) enseja a garantia que os dados

os sobre determinada pessoa sejam conservados na medida em que permita a identificação do sujeito relacionado e apenas pelo tempo necessário ao atendimento ao fim que se destina.

Admitido pelos Tribunais pátrios a tese do direito ao esquecimento vem se consolidando. Evidenciado esse reconhecimento pelo direito interno, foi aprovado o Enunciado 531 na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ, cujo teor e trechos da justificativa são transcritos abaixo:

ENUNCIADO 531 –

A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (STJ, 2013)

[...]

Em outras hipóteses, ainda, o direito ao esquecimento, consagrado pela jurisprudência, surge mais claramente como uma das múltiplas facetas do direito a respeito da vida privada. Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo,

de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído. Em uma decisão de 20 de abril de 1983, Mme. Filipachi Cogedipresse, o Tribunal de última instância de Paris consagrou este direito em termos muito claros: “[...] qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela. (OST, François. O Tempo do direito. Tradução Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005, p. 160-161)

[...] Desde sempre se reconheceu que a verdade é uma limitação à liberdade de informar. Vale dizer que a liberdade de informação deve sucumbir perante a notícia inverídica, como preceituam diversos precedentes da Casa. Em essência, o que se propõe aqui é, a um só tempo, reafirmar essa máxima, mas fazer acerca dela uma nova reflexão, que conduz à conclusão de que essa assertiva, na verdade, é de mão única, e a recíproca não é verdadeira. Embora a notícia inverídica seja um obstáculo à liberdade de informa

ção, a veracidade da notícia não confere a ela inquestionável licitude, muito menos transforma a liberdade de imprensa em um direito absoluto e ilimitado. (...) Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

(REsp 1334097/RJ, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013)

O referido

enunciado inova ao reconhecer o direito ao esquecimento como um direito de personalidade, ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça igualmente corrobora com a tese:

STJ, 4ª Turma, REsp 1334097, j. 28/05/2013: *Gera dano moral a veiculação de programa televisivo sobre fatos ocorridos há longa data, com ostensiva identificação de pessoa que tenha sido investigada, denunciada e, posteriormente, inocentada em processo criminal. O direito ao esquecimento surge na discussão acerca da possibilidade de alguém impedir a divulgação de*

informações que, apesar de verídicas, não sejam contemporâneas e lhe causem transtornos das mais diversas ordens.

Ainda, nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, esboçam a pertinência e a amplitude do direito ao esquecimento:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se a sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o le varam à penitenciária (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 374)

Por serem obrigadas a vivenciar constantemente os fatos passados, as pessoas sofrem inúmeras e repetidas vezes os efeitos execradores daqueles acontecimentos. É neste ponto que o Direito enxerga a necessidade de intervir de modo a resguardar e garantir a dignidade da pessoa humana.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

ONAL DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Com a evolução da religião para crenças monoteístas e o surgimento da filosofia na Grécia Antiga, a necessidade de se explicar a pessoa humana foi o primeiro passo rumo a uma doutrina universal de direitos inerentes ao ser humano. O cristianismo, com entendimento que todos os homens são filhos de Deus e iguais, devendo ter sua dignidade respeitada, deu grandes contribuições para a universalização da dignidad

e e o significado de pessoa como aquele que possuía corpo e espírito, independentemente de classe social ou outra questão (BITENCOURT NETO, 2010, p. 63-64).

Durante o Renascimento surgem os ideais do humanismo e o direito natural. Immanuel Kant (2011, p. 58-59) trouxe sua contribuição quanto ao conceito de dignidade humana ao afirmar que o ser humano tem dignidade e não preço:

Os seres cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios, e por isso denominam-se coisas, ao passo que os seres racionais denominam-se pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito). (KANT, 2011, p.58-59)

Assim, objetos têm preço e seres humanos possuem dignidade, não podendo ser medidos, muito menos invertidos tais valores. A dignidade humana é algo inerente a todo e a cada ser humano, não podendo ser restringida ou alienada, cabendo ao ente público e a cada cidadão respeitá-la e efetivá-la.

Nos dizeres de Bitencourt Neto:

Pode-se hoje dizer que a dignidade da pessoa humana, ideia-força do mundo contemporâneo, é uma qualidade inata de cada ser humano, cuja obrigação de respeito se pode qualificar como uma das mais relevantes conquistas históricas, independentemente de instituição formal pelo Direito, que reconhece pelo equivalente

princípio fundamental.
(NETO BITTENCOURT 2010, p. 66)

Para Häberle:

A dignidade humana constitui a "base" do Estado constitucional como tipo, expressando as suas premissas antropológico-culturais. Os Poderes Constituintes, "de mãos dadas" com a jurisprudência e a ciência, e mediante uma atuação também criativa, desenvolveram e construíram estes fundamentos. Acompanhar e seguir as fases do crescimento cultural e, com isso, também as dimensões da dignidade humana em permanente processo de evolução, é tarefa de todos: do Poder Constituinte até o cidadão, resultando no direito do cidadão à democracia. (2009, p. 101)

A dignidade humana está vinculada aos direitos fundamentais, uma vez que a efetivação de tais direitos evitará a degradação do ser humano, assim, a dignidade humana, conforme já dito, é inerente a todo e a cada ser humano, devendo, portanto, ser reconhecida e não atribuída.

O filósofo italiano Norberto Bobbio, em "A era dos direitos", inicia uma teorização acerca da historicidade dos Direitos Humanos, discorrendo acerca da teoria dos direitos humanos, a partir da construção daquilo que cunhou de "gerações de direitos", que se sucedem e se somam ao longo do caminho histórico.

Essas gerações de direitos são reflexos dos avanços tecnológico e moral das sociedades, que, na qualidade de incessantes, fazem com que a referida classificação esteja sempre em constante expansão. Desse modo, as grandes revoluções históricas representaram marcos de tais direitos, em vista das rupturas, dos desafios, das mudanças por elas provocadas, que repercutiram e ainda repercutem na consideração de novos elementos para compor aquilo que entendemos por dignidade humana, bem como foram capazes

de
fomentar o surgimento de novas gerações de direitos para salvaguardar a dignidade humana em suas múltiplas dimensões.

Contudo, de acordo com Bobbio, o grande desafio em face dos direitos humanos não se limita a afirmá-los ou salvaguardá-los, mas, principalmente, torná-los efetivos, ou seja, fazer com que tais direitos sejam levados a cabo, cumpridos, eficazes. Trata-se, assim, de um problema político, e não filosófico: a afirmação, conquanto fora necessária, não basta para tornaresses direitos uma prática.

Não se admite mais a irresponsabilidade do homem em face do mundo, nem uma legalidade que acoberte crimes. A proteção dos direitos humanos requer que o indivíduo tenha responsabilidade sobre a sua realização, verdadeiros deveres em face da dignidade da pessoa humana, o valor-fonte de todos os valores e instituições.

Os direitos humanos, em sua missão de justiça, exigem de todos um compromisso com o mundo, que ultrapassa as convenções e barreiras impostas outrora pela soberania ao afirmar que nenhum poder está acima da justiça, da verdade e da dignidade humana.

Nesse sentido, afirma-se que o direito ao esquecimento é uma decorrência da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). A proteção à intimidade, honra e vida privada é assegurada na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, X, prevista como um direito fundamental, bem como tem garantida sua proteção infraconstitucional pelo Código Civil de 2002, em seu art. 21, *in verbis*:

Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado,

adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. (CÓDIGO CIVIL, 2002).

Nessa senda, importante a reação do Direito em garantir que a dignidade da pessoa humana não seja prejudicada e maculada em face do direito à informação, utilizado muitas vezes de forma desarrazoada e voltado apenas para espetacularização dos fatos.

Com base na dignidade da pessoa humana e na proteção à vida privada, honra e intimidade, o direito ao esquecimento apresenta-se com um direito elementar, intrínseco à convivência social, e afeto ao exercício da cidadania, posto que o fato do indivíduo ser lembrado, reiteradamente, contra sua vontade, acerca de fatos desabonadores de sua conduta, viola direitos fundamentais ligados à intimidade e vida privada. Na mesma toada, tais condutas importam na frustração do exercício de direitos dos indivíduos, e mais especificamente no tocante aos grupos marginalizados são capazes de evitar a reinserção social. Cite-se como exemplo dessa última hipótese os ex apenados, aqueles que uma vez condenados já cumpriram sua pena junto ao Estado. Não há dúvidas de que notícias sobre suas condenações anteriores configuram um sério obstáculo à sua ressocialização, razão porque o direito ao esquecimento se impõe.

Ninguém pode ser obrigado a conviver eternamente com os erros passados, independentemente da verificação de se tratar de uma informação de interesse público, pois com o tempo essa informação vai perdendo sua evidência e não deve perpetuar-se a ponto de "manchar" eternamente a vida privada do agente.

O direito ao esquecimento não pretende apagar o passado, posto que a história de um povo deve ser preservada, afinal trata-se de elemento essencial para a caracterização e identificação da sociedade. Porém, fatos que não tenham

relevância social não devem ser acordados sem a autorização de seus protagonistas. O direito ao esquecimento não pretende censurar ou limitar a liberdade de expressão conquistada. Apenas, justifica-se o direito ao esquecimento como o legítimo direito de cada pessoa ser dona de seu passado, uma vez que foi em razão dos fatos e situações vivenciadas que cada um se construiu. Assim, o passado é de suma importância para o desenvolvimento e construção da pessoa humana (FERMENTÃO; SILVA, 2015,p.304)

Segundo Zygmunt Bauman:

A morte irrevogável e irreversível ocorrência, foi suplantada pelo ato do desaparecimento: os refletores movem-se para outro local, mas sempre podem voltar-se, e de fato se voltam, para o outro lado. Os desaparecidos estão temporariamente ausentes; não totalmente ausentes, porém – eles estão tecnicamente presentes, armazenados em segurança no depósito da memória artificial, sempre prontos a serem ressuscitados sem muita dificuldade, e a qualquer momento (BAUMAN, 1998, p. 203)

Em alguns casos figura-se essencial o direito ao esquecimento para que o indivíduo possa manter sua dignidade e exercer sua cidadania. É o caso de pessoas condenadas, que após cumprirem suas penas, são postos em liberdade, tendo todos os seus direitos fundamentais, outrora suspensos, restaurados.

No entanto, para que seja garantida sua reintegração na sociedade, o indivíduo carece de reabilitação e proteção à sua privacidade e intimidade, haja vista que o ex apenado

apenas por encontrar-se nessa posição sofre inúmeros estigmas, que, atrelada à recorrente divulgação de acontecimentos passados, inviabiliza sua reintegração à sociedade e ao exercício de seus direitos.

OS DELINQUENTES SEXUAIS E A LEI DE MEGAN

Em 1996 foi votado no Congresso Norte-americano a chamada "Lei de Megan" (Megan's Law), que prescreve a criação de um mecanismo de controle e informação sobre a existência de "predadores sexuais". Esta lei foi resultado do movimento dos familiares de Megan Kanka, uma criança de sete anos de idade, residente da cidade de Hamilton, EUA, que foi violentada sexualmente e asfixiada por seu vizinho, Jesse Timmerdeguas.

Diante desse caso, tratando-se de crime de extrema brutalidade em razão das circunstâncias e, principalmente pelo fato do agressor ter sido condenado anteriormente por um crime sexual e encontrar-se em liberdade por cumprimento de sua pena, o Estado de New Jersey, EUA aprovou a conhecida Lei de Megan.

Segundo a Lei de Megan, o condenado por crimes sexuais, após libertado, é obrigado a se registrar em uma agência especializada ou agência policial da cidade em que vai morar, sendo o bairro em que o ex condenado irá residir, notificado de sua mudança para vizinhança. Dessa forma, o infrator é mantido sob supervisão pelo resto de sua vida.

Ocorre que, mesmo extinta a punibilidade do agente, o mesmo permanecerá para sempre com a insígnia de agressor sexual, culminando em uma pena perpétua na qual o indivíduo restará com sua privacidade e honra maculada, além de viver sob constante exclusão social, com consequente inviabilização de sua reinserção na sociedade e interferindo nos exercícios de seus direitos.

Na visão de Wacquant, os agressores sexuais:

[...] hoje eles são considerados não mais como desequilibrados passíveis de uma ação terapêutica, mas como desviados antes

incuráveis que representam um perigo criminal ad aeternum, qualquer que seja seu status judicial, sua trajetória de reinserção e seu comportamento pós-penal. (WACQUANT, 2003, p.124)

Essa política, segundo Wacquant longe de tranquilizar a sociedade e prevenir a reincidência, acaba por atizar o medo irracional das agressões sexuais. Tal afirmativa é confirmada tendo em vista as manifestações abertase constantes de hostilidade contra os "sex offenders".

Outro problema apontado pelo autor é o fato de os registros conterem diversos erros materiais, além de serem incluídos no cadastro indivíduos que sequer foram julgados definitivamente pelas autoridades. Tais equívocos acabam sendo irreversíveis, posto que uma vez atrelada a identidade junto ao registro e divulgada a informação para a comunidade, é impossível restaurar completamente a imagem equivocadamente criada, de forma que a pessoa jamais terá sua honra e vida privada intocadas novamente, carregando consigo tal insígnia para o resto da vida.

Ainda na visão de Wacquant:

[...]do ponto de vista dos condenados por atentados aos costumes, as leis de Megan significam a instauração, por via parlamentar, de uma segunda pena de infâmia, cuja duração excede em uma década ou mais de duração da pena de prisão infligida pelos tribunais – ela se amplia mesmo até a perpetuidade nos estados líderes da corrida ao encarceramento – e anula de fato o seu direito à intimidade da vida privada.

Nesse sentido, a Lei de Megan, por mais que tenha a intenção de prevenir novos crimes de agressão sexual, envolvendo os condenados, acaba por não ter sua eficácia comprovada e trazer consigo verdadeiras penas perpétuas para aqueles que sofrem sua aplicação.

Como ressaltado por Wacquant, os registros muitas vezes contém erros, e acabam maculando a vida de indivíduos que sequer cometeram o delito, mas que agora passam a sofrer com essa infâmia para o resto de suas vidas, prejudicando o exercício de seus direitos e violando seus direitos mais caros.

Ainda que o sujeito seja condenado pela prática do crime, a aplicação dessa política de vigilância acaba por ultrapassar os limites da pena instaurada, que já cumprida, deveria exonerar o indivíduo de sua dívida para com o Estado. No entanto, a manutenção de tal cadastro acaba por atingir direitos fundamentais do cidadão de forma irreversível inviabilizando o convívio social e o exercício de seus direitos, de forma que cumprirá uma pena perpétua de exclusão e marginalização social, acarretando não só consequências ao âmbito pessoal do indivíduo mas engessando sua vida profissional e patrimonial.

Dessa forma, vislumbra-se o direito ao esquecimento como um direito fundamental, posto que a manutenção e perpetuação de fatos passados negativos ao longo do tempo, mesmo que atrelados à informações de interesse público, deve encontrar salvaguarda para o sujeito afetado, de modo que com o tempo e perda da relevância daquele fato, o mesmo possa ser “esquecido” e permita que o indivíduo desfrute sua vida com tranquilidade sem ser constantemente “assombrado por seu passado”.

CONCLUSÃO

Diante dos avanços tecnológicos, vislumbramos o desenvolvimento de uma sociedade da informação mergulhada numa perspectiva cultural atrelada ao meio ambiente digital, de tal modo que representa hoje um modelo de sociedade mais livre e democrática no que tange a sua disseminação e interconectividade, capaz de expandir o acesso à informação, conhecimento e tecnologias por todo o mundo.

Nesse cenário, destacou-se o fenômeno intitulado *cibridismo*, cujo significado remete à expressão do novo estilo de vida moderno,

ligando o universo virtual e o real, transpassando as barreiras físicas e inundando o meio digital.

Tendo em vista essa constante ligação entre o *on* e o *off-line* apresenta-se cada vez mais necessária a proteção aos direitos de personalidade, posto que o fenômeno da espetacularização da vida privada, com a facilidade de difusão das informações através das mídias, ganham novos entornos diariamente.

Dessa forma, considerando o efeito já sentido por todas as pessoas de exposição da vida privada ante as mudanças tecnológicas e sociais, o ordenamento jurídico deve se preocupar em acompanhar tais fenômenos e, de maneira compassada aos avanços tecnológicos, adotar medidas protetivas aos direitos fundamentais, de maneira a enxergar não apenas a facilitação que os novos meios de comunicação e mídias favorecem o exercício da liberdade de expressão e de informação, mas devendo também observar o risco que se impõe aos direitos de personalidade dos cidadãos, principalmente no tocante a grupos marginalizados que sofrem constantemente os estigmas de sua condição e de seu passado, como no caso dos condenados, e conforme especificamente retratado no artigo, dos agressores sexuais.

Conclui-se, portanto, que há violação à dignidade da pessoa humana quando fatos negativos referindo-se a acontecimentos pretéritos são constantemente rememorados, de modo que a liberdade de expressão e de informação não devem ser utilizadas como salvo conduto a autorizar a execração do ser humano, tampouco puni-lo eternamente por evento passado e já punido pelos meios legais.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Exclusão socioeconômica e violência urbana. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/soc/n8/n8a05.pdf> . Acesso em 20 de Fevereiro 2017

ARGUELLO, Katie. Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem. Disponível em <http://icpc.org.br/w>

[p-content/uploads/2013/01/Artigo- Katie.pdf](#) Acesso em 26 de fevereiro 2017

BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BITENCOURT NETO, Eurico. O direito ao mínimo para uma existência digna.

Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2010.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de personalidade e autonomia privada. 2ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2007

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428- 0). RECORRENTE : NELSON CURI E OUTROS. RECORRIDO : GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A. Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília, DF, 10

de janeiro de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29411308vm_registro=201100574280&data=20130910&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 15 Fevereiro.2017.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Regina Lyra. Campus: São Paulo, 2006.

CASTELLS, Manuel. A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003

CHERUBINI, Gabriela Minatto. DA ROSA, Alexandre Moraes. Agressores Sexuais. Uma Lei de Megan for Brazil vale a pena?

Empório do Direito, 2015. Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/agressores-sexuais-uma-lei-de-megan-for-brazil-vale-a-pena-por-alexandre-morais-da-rosa-e-gabriela-minatto-cherubini/>> Acesso em 20 de Fevereiro 2017.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues, SILVA, Tatiana Manna Bellasalma e. O direito ao esquecimento como garantia da dignidade da pessoa humana na sociedade superinformacional: a quem pertence o passado? Revista Conpedi 2015. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/oy1ux21y/94NWsXt97fP0yDGE.pdf>>. Acesso em 01 de Março de 2017.

GABRIEL, Martha Carrer Cruz. Cibridismo: ON e OFF line ao mesmo tempo. Disponível em <http://www.martha.com.br/cibridismo-on-e-off-line-ao-mesmo-tempo/> Acesso em 10 Jan 2017

GLEICK, J. (2013). *A Informação: Uma história, uma teoria, uma enxurrada* (1ª Ed. ed.). (T. A. Calil, Trad.) São Paulo: Editora Companhia das Letras.

HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In: *Dimensões da dignidade humana – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet *et al.* 2 ed. rev. e ampl

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*.

Trad. Leopoldo Holzbach. 2reimp. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KIRNER, Claudio. SISCOUTO, Robson. *Realidade Virtual e Aumentada: conceitos, projeto e aplicações*. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em <http://www.marcelohsantos.com.br/aulas/downloads/2Semestre_2014/novasmidias/Jogos

[_PE Novas Mídias e Tecnologias para Jogos Aula4 01.pdf](#)> Acesso em 29 de Jan 2017.

LOUREIRO, João Carlos. *Constituição, tecnologia e risco(s): entre medo(s) e esperança(s)*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (Org.). *Direito, Inovação e Tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 374

PIRES, Mixilini Chemin. FREITAS, Riva Sobrado de. *O direito ao esquecimento: valoração da dignidade da pessoa humana ou dever de memória?* Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=acd3f7983ba9e0f8>>.

Acesso em 18 de Fevereiro 2017

PRAZERES, Deivid Willian. *A temporada de caça a pedófilos continua aberta: a Lei de Megan chega em Santa Catarina*.

Empório do Direito, 2016. Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/tag/lei-de-megan/#ftn4>>. Acesso em 20 de fevereiro 2017.

REIS, Barbara. *Lei de Megan, a inspiração global*. 2015. Disponível em <<https://www.publico.pt/2015/03/14/sociedade/noticia/lei-de-megan-a-inspiracao-global-1689128>>. Acesso em 20 de fevereiro 2017.

REIS, Clayton. MONTESCHIO, Horácio. *Liberdade de expressão, direito ao esquecimento e direitos da personalidade*. Disponível

em <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c590b9faf2b899f2>. Acesso em 12 de fevereiro de 2017.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

SANTORO, Emílio. Políticas penais 'democráticas' e respeito aos direitos humanos: o cárcere como instrumento de ditadura da classe privilegiada. Disponível em <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/vj/article/view/14848/8403>. Acesso em 21 de Fevereiro de 2017

SCHEREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

SIERRA, Joana de Souza. Um estudo de caso: o direito ao esquecimento contra a liberdade de imprensa. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Departamento de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/117152/Monografia%20-%20Joana%20Sierra.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 18

de Fevereiro 2017

SILVA, Kerolinne Barboza da; CAVALCANTI, Handerson Gleber de Lima. Criminalidade na era da informação: definições sobre criminalidade complexa. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 75-93, jul./dez. 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Enunciado n 531, Conselho da Justiça Federal (CJF), 23 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJCoedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>. Acesso: 12 de agosto de 2015.

VIEIRA, Adriana Dias. Cárcere e democracia no Brasil: Notas para um debate. Disponível em <http://www.juragentium.org/topics/latina/pt/dias.htm>. Acesso em 26 de fevereiro 2017

WACQUANT, Loïc. Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

NOTA:

[1] O termo cibridismo tem origem na junção de híbrido com ciber. Híbrido é um corpo formado de várias partes distintas, o cíbridido é o ciber híbrido, um corpo biológico cada vez mais integrado e distribuído com as várias plataformas digitais.

ANÁLISE SISTÊMICA DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO E O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA SOB A ÓTICA DA LEI 9.613/98

ANTONIO SÉRGIO PAULINO JUNIOR:

Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil Campus de Fernandópolis.

ADEMIR GASQUES SANCHES

(Orientador)

RESUMO: No presente artigo, foram tratados os principais pontos do crime de lavagem de dinheiro, sua origem histórica, conceituação, fases, modalidades, bem como a realização de uma análise crítica dos aspectos materiais e processuais do crime. Posteriormente, foi abordado o mecanismo da delação premiada à luz da lei 9.613/1998 (atualizada pela Lei 12.683/2012), servindo como instrumento efetivo na elucidação dos fatos, contribuindo para o combate à criminalidade organizada, trazendo, a título prático, sua aplicabilidade na operação Lava Jato, realizada pela Polícia Federal no Brasil, que apurou grande mecanismo de lavagem de dinheiro que movimentou bilhões de reais em propinas, envolvendo muitos políticos de grandes partidos e a empresa petrolífera brasileira Petrobrás. Por último, fez-se necessário analisar os métodos de combate à lavagem de dinheiro em âmbito nacional e global. Conclui-se, portanto, que a finalidade deste estudo é justamente demonstrar a relevância que tal prática criminosa possui, tendo em vista seus reflexos sociais negativos, bem como perante o Sistema Financeiro Nacional e Internacional, exigindo uma atuação precisa e eficiente do Estado em busca da redução de atos delitivos desta natureza e alcance da paz social e econômica.

PALAVRAS-CHAVE: Lavagem de Dinheiro. Delação Premiada. Operação Lava Jato. Polícia Federal. Métodos de Combate.

ABSTRACT: In this article, the main points of the practice of money laundering, its historical origin, conceptualization, phases, modalities, as well as a critical analysis of the material and procedural aspects of the crime were treated. Subsequently, the awarding mechanism was addressed in light of Law 9.613 / 1998 (updated by law 12683/2012), serving as an effective instrument in the process of elucidation of the facts, contributing to the fight against organized crime, bringing, in a practical way, its applicability in Operation Lava Jato, carried out by the Federal

Police in Brazil, which established every money laundering scheme involving many politicians from large parties and the Brazilian oil company Petrobrás. Finally, it was necessary to analyze the methods of combating money laundering at national and global levels.

Key Words: Money Laundering. Plea Bargain. Lava Jato Operation. Federal Police. Methods of Combat.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Metodologia – 3. Breve Histórico: 3.1 Conceituação; 3.1.2 Fases da Lavagem – 4. Análise dos aspectos Materiais e Processuais após alterações dadas pela lei 12.683/2012: 4.1 Análises acerca da quebra da Dependência Punitiva e Extinção do Rol Taxativo – 5. Análise das alterações Processuais: 5.1 Tipo Penal Objetivo e Objeto Material do Crime; 5.2 Sujeito Ativo, Passivo e Bem Jurídico Tutelado; 5.3 Elemento Subjetivo; 5.4 Competência – 6. Mecanismo da Delação Premiada sob a Ótica da Lei de Lavagem de Dinheiro; 6.1 Benefícios Consistentes da Delação Premiada; 6.2 Efeitos da Delação Premiada na Operação Lava Jato – 7. Métodos de Combate à Lavagem de Capitais no Brasil – 8. Conclusão – 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O crime organizado existe desde os primórdios de uma sociedade objetivamente organizada, e, ao longo dos anos, fora sendo aprimorado e arquitetado, de forma a contribuir com o aumento da criminalidade, principalmente, no que tange ao tráfico internacional de drogas.

Em decorrência desse aumento, surge a necessidade de se utilizar de mecanismos que proporcionem às organizações criminosas a segurança de movimentação de valores de cunho valorativo, econômico, advindos de tais práticas criminosas, dentro do mercado financeiro, concedendo aparência de licitude.

Deste ponto, as atuações no âmbito financeiro, para burlar o sistema fiscalizatório, e conseguir a convalidação de capital ilícito em “aparentemente lícito”, pronto para ser manuseado em movimentações financeiras, evoluíram de tal forma que atingiu diretamente a sociedade, nos aspectos econômicos, sociais, e

políticos (como se demonstra nos gigantescos esquemas de corrupção no Brasil), preocupando o sistema de segurança pública de alcance internacional.

Chega-se ao grande questionamento de, quais as melhores ferramentas para que se viabilize a ruptura por completo da prática constante dos crimes financeiros, quais os tratados já realizados, se realmente tem surtido efeitos positivos, quais mecanismos legislativos poderão, além dos já existentes, serem criados para garantir uma maior efetividade na investigação dos crimes financeiros, em especial a lavagem de dinheiro, com atuação conjunta da máquina Policial e Ministério Público? Tendo em vista todo aparato interno e externo que já vem sendo construído para o combate à corrupção, e diante da evolução do profissionalismo por parte dos grupos criminosos, no tocante às práticas de crimes de ordem financeira, faz-se necessária a obtenção de ampla análise acerca das particularidades do crime de lavagem de dinheiro, seus efeitos, bem como os tratados internacionais já existentes para o enfrentamento ao crime organizado, para alcançar um senso crítico concreto acerca de quais os métodos que seriam eficientes no combate ao delito estudado no presente artigo.

2. METODOLOGIA

Neste trabalho serão utilizados métodos de análise literária, análise de legislação, de entendimento dos tribunais superiores, periódicos, matérias jornalísticas e demais materiais bibliográficos.

A princípio será feita uma breve análise introdutória, abordando traços históricos, conceituação e fases do delito de lavagem de dinheiro, tipificado no Código Penal, estabelecendo seus pressupostos e características principais.

Para desenvolver o estudo, será feita uma análise técnico-jurídica acerca da lei 9.613/98, principalmente com as alterações feitas pela lei 12.683/12, evidenciando os principais pontos legislativos que compõem a lei que rege tal delito, bem como a sua aplicabilidade nos casos concretos, concedendo destaque à operação Lava Jato, ocorrida no Brasil, que envolveu extensos esquemas de lavagem de capitais e corrupção no cenário político-administrativo público, envolvendo a empresa brasileira Petrobrás/SA.

O ponto chave deste trabalho é obter um amplo conhecimento acerca do tipo penal tratado, os institutos responsáveis pelo combate às práticas criminosas,

para que se chegue a conclusões que possam expressar métodos de fiscalização e controle do mercado financeiro nacional e internacional efetivos, de modo a validar a metodologia de pesquisa utilizada.

3. BREVE HISTÓRICO

A título de noção introdutória, interessante ressaltar o contexto histórico da prática da lavagem no presente artigo, para uma abrangente compreensão do crime tratado em tela.

A prática recorrente do delito de lavagem de capitais não é um fato novo, pelo contrário, trata-se de prática que obtivera seu surgimento há muitos anos e que fora aprimorada e arquitetada constantemente, principalmente pelas organizações criminosas, servindo como meio de manutenção e sustento das facções.

O surgimento da Lavagem de capitais, historicamente, se deu na Inglaterra, no século XVII.

Constata-se que, nessa época, tempo em que as embarcações eram o centro de circulação de mercadorias e o canal da movimentação econômica, os piratas roubavam mercadorias de diversos navios e, posteriormente, depositavam tais objetos roubados com negociadores americanos. Tais negociadores trocavam toda mercadoria depositada por moedas de alto valor, consolidando o processamento de validação de tais bens obtidos de forma criminosa, para que, ulteriormente, pudessem ser utilizados pelos piratas.

A tipificação delitiva se deu na Itália, em 1978, em virtude do conjunto de ações realizadas pelo grupo criminoso "Brigadas Vermelhas" com intuito de manobrar o poder político estatal vigente. Todavia, o desenvolvimento do crime foi muito maior nos Estados Unidos da América (Money Laundering), que teve seu início com o caso Al Capone, um americano que havia comprado uma série de lavanderias e criado uma "empresa de fachada", na cidade de Chicago. Empresa essa que possibilitava a concretização de depósitos bancários de baixo valor, considerados regulares, tendo em vista a média lucratividade que uma lavanderia oferecia (o que não levantava nenhuma suspeita por parte dos órgãos fiscalizadores), mas que na verdade, eram valores oriundos de vendas de bebidas

alcólicas, o que era proibido em território americano, consoante a vigência da Lei Seca. (BRAGA, 2010).

Após as primeiras tipificações ocorridas na Itália e EUA, surge a consolidação dos diplomas legais internacionais relevantes apenas no fim dos anos 1980 pela ONU (Organização das Nações Unidas), através da Convenção de Viena de 1988, e nove anos depois, pelo Grupo de Ação Financeira (GAFI). Também, a Convenção de Palermo, que discutiu o combate ao crime organizado transnacional em 2000, promulgada no Brasil por meio do Decreto 5015/2004. (BRAGA, 2010).

Frise-se o crescimento da preocupação mundial para com a prática de lavagem de capitais, em decorrência da intensa globalização e fortalecimento do crime organizado, principalmente o tráfico internacional de drogas, nascendo, portanto, convenções internacionais com o objetivo de coibir tal prática, cuja premissa primária tratada consiste em: “Coibindo a lavagem, coíbe-se, ou ao menos se reduz a prática criminosa.”

A partir daí, seguiu-se o processo de evolução legislativa. De acordo com Renato Brasileiro, num primeiro momento, a tipificação incidia somente nos casos de o crime antecedente ser o crime de tráfico ilícito de drogas (1ª Geração). Num segundo momento, com a edição da lei 9.613/1998, já se formalizou um rol taxativo de crimes anteriores como pressupostos à aplicação da lei sobre a lavagem de dinheiro (2ª Geração). Mais tarde, o rol taxativo se extinguiu, após alterações legislativas (Lei 12.683/2012), determinando-se a incidência da lei de lavagem de dinheiro sobre bens, direitos e/ou valores advindos de qualquer ilícito penal, o que vigora até os tempos atuais no ordenamento brasileiro (3ª Geração). (LIMA, 2016).

3.1. CONCEITUAÇÃO

Com o conhecimento da origem histórica do crime, cumpre agora definir o conceito de “Lavagem de Capitais”, que possui vários sinônimos, como “branqueamento de capitais”. Porém, o termo utilizado no Brasil é “lavagem”, justamente pelo fato do termo “branqueamento” não ser tão conveniente, diante da natureza discriminatória.

Muitos crimes geram voluptuosas quantias monetárias – como por exemplo: o tráfico de armas, de drogas e de pessoas, sendo necessário que se tome algumas medidas, a fim de que haja a possibilidade concreta de usufruir de tais quantias, trazendo aparência de licitude, nascendo, por conseguinte, o crime de “Lavagem de dinheiro”.

O termo “Lavagem de Dinheiro” ou “Lavagem de Capitais” significa conceder aparência lícita a quantias, bens e valores resultantes de crime. Consiste num processamento de transformação do capital obtido ilicitamente, tornando-o aparentemente lícito. Daí, portanto, o termo “lavagem”, ou seja, “limpar” o dinheiro sujo, tornando-o apto a adentrar ao mercado financeiro formalmente.

Em suma, em complemento ao raciocínio anterior, Lavagem de Dinheiro consubstancia-se numa sistemática procedimental incidida sobre bens, direitos e valores oriundos de atos criminosos (de 3ª geração, ou seja, infrações penais PRODUTORAS), com finalidade de convolar a natureza ilícita em lícita, para que sejam introduzidos ao Sistema Econômico de forma legal. Trata-se de um conjunto de ações que visam “mascarar” a natureza ilícita de determinado bem, direito ou valor.

Para melhor clareza, trago ao presente capítulo as palavras de José Paulo Baltazar Junior : “É a atividade de desvinculação ou afastamento do dinheiro da sua origem ilícita, para que possa ser aproveitado.” (BALTAZAR JUNIOR 2015, p. 1088).

Cumprido dizer que a finalidade primordial da lavagem de dinheiro é justamente mascarar a origem de recursos obtidos de forma criminosa, através de mecanismos de camuflagem do capital obtido ilicitamente, e não essencialmente a obtenção de lucro.

3.1.1. FASES DA LAVAGEM

Todo mecanismo de operações de lavagem se delimita em três fases: Colocação, Ocultação e Integração, consoante modelo do GAFI (Grupo de Ação Financeira). Alerta-se de que não se trata de procedimento necessário para que se caracterize a lavagem de dinheiro.

Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal e da doutrina majoritária, basta a colocação do proveito ilícito para que se configure o delito de lavagem. Expõe-se posicionamento e entendimento recente consolidado pela Jurisprudência:

*"PENAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. OCULTAÇÃO. SIMULAÇÃO. DEPÓSITO DOS VALORES OBTIDOS ILICITAMENTE EM CONTAS DE TERCEIROS. QUADRILHA. INDÍCIOS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. Para fins didáticos, o crime de lavagem de dinheiro se dá em três fases, de acordo com o modelo do GAFI - Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro, a saber: colocação (separação física do dinheiro dos autores do crime; é antecedida pela captação e concentração do dinheiro), dissimulação (nessa fase, multiplicam-se as transações anteriores, através de muitas empresas e contas, de modo que se perca a trilha do dinheiro [paper trail], constituindo-se na lavagem propriamente dita, que tem por objetivo fazer com que não se possa identificar a origem dos valores ou bens) e integração (o dinheiro é empregado em negócios lícitos ou compra de bens, dificultando ainda mais a investigação, já que o criminoso assume ares de respeitável investidor, atuando conforme as regras do sistema). Todavia, **o tipo penal do art. 1º da Lei nº 9.613/98 não requer a comprovação de que os valores retornem ao seu proprietário, ou seja, não exige a comprovação de todas as fases (acumulação, dissimulação e integração).** (...) - g. N. - (TRF-4 - RCCR 50080542920124047200, Rel. José Paulo Baltazar Junior, D. E. 9.4.2014)*

COLOCAÇÃO (PLACEMENT)

Trata-se da fase inaugural do procedimento de lavagem. Consiste na integração do capital oriundo de prática ilícita ao mercado financeiro, através do desmembramento do montante em quantias menores para posteriores depósitos em contas bancárias (smurfing), aplicações financeiras, investimentos diversos,

utilização de “laranjas” e/ou doleiros intermediários que se incumbem de realizar transações para outros países, dentre outras formas. É a fase mais delicada para o criminoso ou a organização criminosa, tendo em vista ser a etapa de maior proximidade entre o capital e o(s) agente(s) criminoso(s), sendo, portanto, o momento mais oportuno para atuação eficaz da autoridade combatente. Diante disso, logicamente, nos tempos presentes, essa fase se aperfeiçoou muito, dificultando o rastreamento das autoridades fiscalizadoras.

Menciona Walter Fanganiello Maierovitch que é a fase “de apagar a mancha caracterizadora da origem ilícita”. (MAIEROVITCH, Walter Fanganiello, 2009. P. 37.).

Um dos meios mais preferidos para os criminosos é o meio de jogos e bingos. Suponhamos que determinada organização criminosa obtivera R\$300.000,00 (trezentos mil reais) de proveito em decorrência da prática de narcotráfico. Imediatamente, tais agentes compram bilhetes premiados no valor de R\$200.000,00 (duzentos mil reais) - a título de prêmio em dinheiro - por R\$300.000,00 (trezentos mil reais). Dessa forma, retornam à organização criminosa R\$200.000,00 (duzentos mil reais). No caso em tela, perderam-se R\$ 100.000,00 (cem mil reais) “sujos” em troca de R\$200.000,00 (duzentos mil reais) “limpos”. É caso clássico de lavagem tratado pela doutrina. Denota-se, portanto, que a finalidade da lavagem não é o lucro, mas sim convolar bens, direitos e valores ilícitos em “aparentemente lícitos”, a fim de se utilizar de tais proveitos formalmente e sem suspeitas dentro do mercado financeiro.

OCULTAÇÃO (LAYERING)

Após a colocação do capital no Sistema financeiro, através de ações concatenadas, surge a necessidade de “apagar o passado”, eliminar a conexão do capital injetado no mercado com sua origem ilícita. Neste momento, como o objetivo principal é buscar distanciar o capital de sua origem, são realizadas transações variadas, depósitos para contas fantasmas ou paraísos fiscais, dificultando, por conseguinte, a identificação da ligação existente entre a infração antecedente e o capital resultante deste. Dois pontos relevantes que lideram o ranking de preferências dos criminosos: Utilização de paraísos fiscais e aplicações no setor imobiliário.

O conjunto de transações internacionais, geralmente intermediadas por doleiros, efetuadas por uma cadeia de empresas em conluio, é medida que demonstra muita eficácia na dissimulação da origem ilícita do capital, justamente pelo fato de existirem muitos países com políticas de fiscalização menos rigorosas, servindo como centros de atração dos criminosos. São os chamados “Paraísos fiscais”.

Diante da intensidade da prática de dissimulação entre países, vários tratados internacionais foram celebrados, a fim de que, havendo mecanismos de fiscalização e cooperação informativa entre vários países acerca de negociações internacionais, haja efetivo combate à prática da lavagem, gerando segurança negocial e econômica. Destacam-se: Convenção de Viena, Convenção de Palermo e Convenção de Mérida, tendo como entidade internacional principal na atuação de combate, o GAFI (Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro), do qual o Brasil faz parte.

No tocante a prática da lavagem de capitais perante o setor imobiliário, o agente realiza compra de imóvel por um valor menor declarado, e em seguida, aliena-o para terceiros pelo preço de mercado, a fim de “limpar” todo o recurso ilícito.

Diante da extrema dificuldade de percepção da ocorrência criminosa nesta fase, o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), com finalidade precípua de barrar o sucesso da ocultação de valores na esfera imobiliária, incumbiu as empresas a informar toda e qualquer transação imobiliária cujos valores negociados sejam iguais ou superiores a R\$100.000,00 (cem mil reais), bem como, no prazo de 24 horas, encaminhar ao órgão fiscalizador qualquer tipo de negócio que traga alguma suspeita da prática delituosa constante na lei 9.613/1998, nos termos dos Arts. 7º a 12, da Resolução COFECI 1336/2014. (BRASIL. Resolução nº 1336, de 20 de outubro de 2014).

INTEGRAÇÃO

Trata-se da fase final do processo de lavagem, etapa em que todo o capital ilícito com aparência lícita é integrado formalmente ao Sistema Financeiro, por meio de investimentos ou compra de ativos, documentalmente legais, para serem usufruídos normalmente.

Após a separação física do capital ilícito e o agente criminoso, através da Integração de tal proveito no mercado financeiro (Colocação), com posterior multiplicação negocial, apagando o caminho do dinheiro sujo desde sua origem (Ocultação), este dinheiro se encontra apto a ser aplicado em investimentos lícitos, como a compra de bens, e tudo com registros fiscais formalmente regulares, a fim de servir de justificativa de ser o recurso, lícito, bem como todo o negócio, completando a "limpeza" do capital. (RÉGIS, Gian Carlos, 2017).

4. ANÁLISE DOS ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS APÓS ALTERAÇÕES DADAS PELA LEI 12.683/12

Sabe-se que alterações impactantes foram feitas sobre os pontos materiais e processuais do crime de lavagem de dinheiro. Por isso, é de suma importância que se faça uma análise metódica das principais alterações trazidas pela lei 12.683/2012, bem como as novas características legislativas.

A título de conhecimento preliminar, cumpre frisar que o crime de lavagem de dinheiro é crime denominado pela doutrina como crime "parasitário", "derivado" ou "acessório", pois sua configuração depende de infração penal anterior, tal como ocorre com o crime de receptação. Por conseguinte, alterações relevantes foram efetuadas acerca deste aspecto parasitário.

Definido nas palavras de WALKER e FRAGOSO:

"Há de se registrar que o crime de lavagem de dinheiro tem a característica de ser derivado, acessório ou parasitário, sendo que o seu objeto material, bens, direitos e valores são provenientes da infração penal antecedente. e alterações significativas foram efetuadas acerca deste aspecto parasitário". (WALKER JUNIOR, James; FRAGOSO, Alexandre, 2017).

O primeiro ponto a ser tratado, portanto, após esclarecimento supra, incide na alteração substancial do art.1º da lei 9.613/98. Antes das alterações, era dada a seguinte redação:

"Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de

bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II - de terrorismo;

II - de terrorismo e seu financiamento; (Redação dada pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003).

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - de extorsão mediante seqüestro;

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa.

VIII - praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal). (Inciso incluído pela Lei nº 10.467, de 11.6.2002)." (BRASIL. Lei 9.613, de 03 de março de 1998. Diário Oficial da União, Brasília, 03 mar. 1998).

Note-se que havia um rol taxativo de crimes antecedentes para que se configurasse o crime de lavagem posteriormente. Vigorava, portanto, a sistemática de 2ª Geração.

Entretanto, com a vigência da lei 12.683/2012, este rol deixou de ser taxativo, trazendo como atual redação do art.1º:

"Art. 1º - Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal." (BRASIL. Lei 12.683/2012, de 09 de julho de 2012. Diário Oficial da União, Brasília, 09 jul. 2012). Grifo

Vê-se que, sob o aspecto material, a nova lei trouxe relevantíssima alteração, possibilitando a incidência da lei de lavagem de dinheiros sobre qualquer infração penal antecedente, desde que, entretanto, essa infração seja produtora, ou seja, capaz de produzir quantias (bens, direitos, valores) a serem posteriormente dissimuladas. E quando se diz “qualquer infração penal”, inclui-se até contravenção penal, como por exemplo, dinheiro auferido com “jogo do bicho”. Estabeleceu, portanto, a sistemática de 3ª geração.

Exemplificando: Caso um funcionário público cometa o crime de Prevaricação, descrito no art.319 do Código Penal, aonde ele retarde ato de ofício para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, não pode, em tese, este crime servir de base antecedente para ulterior prática de lavagem, uma vez que este crime não possuiu caráter “produtor”. Já se houvesse a prática de Corrupção Passiva, descrita no art.317 do Código Penal, poderia sim servir de base antecedente para ulterior crime de lavagem, vez que este crime possui caráter “produtor”, podendo o agente dissimular toda vantagem indevida recebida.

Cumprе ressaltar que não se deve confundir a prática de lavagem de dinheiro com mero exaurimento do crime anterior. Consoante a doutrina majoritária, o usufruto do produto oriundo do crime antecedente caracteriza mero exaurimento da infração, diante da ausência do elemento volitivo (querer dissimular a origem ilícita).

Portanto, caso o agente do crime de furto, por exemplo, compre um imóvel com a quantia monetária adquirida pelo furto e registre em seu próprio nome, não se configura lavagem, mas sim mero exaurimento da infração, vez que, a finalidade precípua do crime de lavagem é a ocultação, dissimulação da origem da vantagem indevida.

4.1. ANÁLISES ACERCA DA QUEBRA DA DEPENDÊNCIA PUNITIVA E EXTINÇÃO DO ROL TAXATIVO

Antes, para que houvesse punição pelo crime de Lavagem de Dinheiro, era necessária a identificação do crime antecedente. Hoje, não há necessidade de provar o crime antecedente, bastando que haja indícios suficientes que indiquem o recurso ser proveniente de atividade criminosa, havendo, portanto, a quebra da dependência punitiva.

De acordo com a lei 12.683/12 em seu art. 2º § 1º:

“§ 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.” (BRASIL. Lei 12.683/2012, de 09 de julho de 2012. Diário Oficial da União, Brasília, 09 jul. 2012). Grifo

Assim delineado o entendimento da Jurisprudência:

Habeas Corpus nº 94958 SP

“Ementa HABEAS CORPUS. CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO ANTECEDENTE. DESNECESSIDADE, BASTANDO A EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MOTIVO SUFICIENTE PARA O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA. Não é inepta a denúncia que, como no caso, individualiza a conduta imputada a cada réu, narra articuladamente fatos que, em tese, constituem crime, descreve as suas circunstâncias e indica o respectivo tipo penal, viabilizando, assim, o contraditório e a ampla defesa. A denúncia não precisa trazer prova cabal acerca da materialidade do crime antecedente ao de lavagem de dinheiro. Nos termos do art. 2º, II e § 1º, da Lei 9.613/1998, o processo e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro "independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes", bastando que a denúncia seja "instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente", mesmo que o autor deste seja "desconhecido ou isento de pena". Precedentes (HC 89.739, rel. min. Cezar Peluso, DJe-152 de 15.08.2008).

Veja: mesmo que o agente tenha recebido a extinção de sua punibilidade pela infração penal antecedente, não haverá descontinuidade acerca do prosseguimento do processo por lavagem de dinheiro.

Insta salientar que há notória inconstitucionalidade da norma contida no art. 2º, inciso II justamente pelo fato de que não se pode valer-se de decisão não transitada em julgado do crime antecedente para justificar condenação pelo crime de lavagem de dinheiro.

Art. 2º - O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei: II - independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento (BRASIL. Lei 9.613, de 03 de março de 1998. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 03 mar. 1998.)

Há real necessidade de que haja decisão fundamentada, certa e inequívoca, dotada de coisa julgada material, para que seja o agente punido pelo crime acessório. Caso contrário, haveria ofensa direta ao princípio da não culpabilidade, estatuído no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, configurando, na maioria das vezes, decisões contraditórias. Haveria de se discutir punibilidade pelo crime de lavagem de dinheiro se o agente for absolvido pelo crime antecedente? Notório que não.

Outra alteração em questão, versa sobre a extinção de rol taxativo de crimes precedentes à investigação e processamento pelo crime de lavagem de dinheiro, firmando a possibilidade de ser, desde que produtora, qualquer infração penal antecedente suficiente para que haja incidência da lei de lavagem, conforme bem explicado acima.

Sob um primeiro aspecto, essa quebra do rol taxativo causou uma Incongruência jurídica, visto que, cometido uma contravenção penal, o agente "pagaria menos" pelo crime que originou os ativos ilícitos e mais pela Lavagem. Por outro lado, a amplitude concedida permite uma maior eficiência no combate às práticas criminosas, bem como na fiscalização, eliminando quaisquer brechas possíveis para viabilização da lavagem, fortalecendo o controle econômico.

Para Sérgio Moro, tal extinção "*facilita a criminalização e a persecução penal de lavadores profissionais, ou seja, de pessoas que se dedicam profissionalmente à lavagem de dinheiro.*" (MORO, 2010, p. 36).

5. ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES PROCESSUAIS

No tocante às alterações de cunho processual, o primeiro ponto incide sobre algumas alterações no que tange ao aspecto processual da lei de lavagem de dinheiro, a começar pelos efeitos diferidos na ocorrência de citação por edital.

Antes da nova redação, o **Art.2º, §2º** trazia: ***“No processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no [art. 366 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 \(Código de Processo Penal\)](#)”***.

Com a lei 12.683/2012, este artigo trouxe a seguinte:

“Art.2º, § 2º: No processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no [art. 366 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 \(Código de Processo Penal\)](#), devendo o acusado que não comparecer nem constituir advogado ser citado por edital, prosseguindo o feito até o julgamento, com a nomeação de defensor dativo.” (BRASIL. Lei 12.683/2012, de 09 de julho de 2012. Diário Oficial da União, Brasília, 09 jul. 2012). Grifo

Destaca-se aqui que, diferentemente do padrão adotado pelo Código de Processo Penal, o acusado que não comparecer, nem constituir advogado, e ser citado por edital, o processo não ficará suspenso, mas sim prosseguirá, podendo configurar o instituto da Revelia em determinado caso concreto.

Ato contínuo, outra alteração significativa incide no art.3º, que fora totalmente revogado, deixando a lei explicitação sobre o cabimento de fiança ou liberdade provisória em casos de sentença condenatória, trazendo fragmento definido pela norma constitucional elencada no art.5º, inciso XLIII, que prevê a lista de crimes inafiançáveis, e lá não consta o referido tipo penal, não podendo de forma alguma o legislador infraconstitucional proibir aplicabilidade do instituto da fiança em determinado caso concreto.

A terceira interessante alteração consiste no aprimoramento das medidas assecuratórias, com intuito de resguardar o patrimônio do acusado para suportar os efeitos da condenação, conforme disciplina o art. 4º da lei de Lavagem após nova redação:

“Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes.” (BRASIL. Lei 12.683/2012, de 09 de julho de 2012. Diário Oficial da União, Brasília, 09 jul. 2012). Grifo

Aproveitando o ensejo, em continuidade ao art. 4º, seu parágrafo primeiro trouxe a possibilidade de Alienação antecipada, para a devida preservação valorativa dos bens:

“Art. 4º, § 1º Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.” (BRASIL. Lei 12.683/2012, de 09 de julho de 2012. Diário Oficial da União, Brasília, 09 jul. 2012). Grifo

Dentre tantas outras alterações, cumpre ponderar como última alteração relevante a este estudo, a incorporação definitiva de pessoas Físicas e Jurídicas de caráter permanente ou eventual no art.9º, numa amplitude genérica, a estarem sujeitas às obrigações emanadas dos artigos 10 e 11 da referida lei, como por exemplo: a identificação de seus clientes e manutenção de cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; e atendimento às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas.

“Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos artigos 10 e 11 as pessoas **físicas e jurídicas** que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:

I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira;

II – a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial;

III - a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários”. (BRASIL. Lei 12.683/2012, de 09 de julho de 2012. Diário Oficial da União, Brasília, 09 jul. 2012).

5.1. TIPO PENAL OBJETIVO E OBJETO MATERIAL DO CRIME

No tocante à análise deste artigo 1º da lei de lavagem de dinheiro, destaca-se a pluralidade de ações nucleares. Todavia, caso o agente pratique mais de uma ação nuclear disposta na norma, este responderá pelo único crime de lavagem de dinheiro. Trata-se de tipo penal misto alternativo.

Ocultar significa esconder, resguardar o bem a fim de se evitar o conhecimento, a visibilidade deste.

Dissimular consiste numa ocultação qualificada, ou seja, o agente oculta se utilizando de meios fraudulentos, ardis, mecanismos complexos para dificultar a natureza/origem do bem.

Destaca-se que as ações nucleares incidirão sobre a natureza (gênero/espécie), origem (procedência), localização, disposição (emprego/uso), movimentação (circulação do proveito) ou propriedade.

O objeto material está descrito no primeiro artigo da lei de lavagem, não sendo somente a espécie “dinheiro”, mas todo e qualquer produto oriundo de vantagem ilícita. São os bens, direitos e valores obtidos com o proveito sujo.

Art.1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade **debens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.** (BRASIL. Lei 12.683/2012, de 09 de julho de 2012. Diário Oficial da União, Brasília, 09 jul. 2012).

5.2. SUJEITO ATIVO, PASSIVO E BEM JURÍDICO TUTELADO

O sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa, sendo, portanto, um crime comum. Todavia, ao investigar a prática delituosa, por ser este crime, em sua maioria, composto por múltiplas ações complexas, o Ministério Público acaba tendo sérias dificuldades na identificação dos autores, tendo permissão para oferecer Denúncia genérica, desde que seja possível elucidar o mecanismo de lavagem para que haja a devida ampla defesa. É o que preconiza o STF, mais especificamente no Inquérito 2.471:

Inquérito 2.471, do Pleno STF: “não é inepta a denúncia por crime de lavagem de dinheiro e formação de quadrilha ou bando que, em vista de diversos agentes supostamente envolvidos, descreve os fatos de maneira genérica e sistematizada, mas com clareza suficiente que permita compreender a conjuntura tida por delituosa e possibilite o exercício da ampla defesa”.

Há ainda controvérsias acerca da possibilidade de penalização das pessoas jurídicas. Isso já foi firmado, sendo a resposta negativa, vez que a incidência penal sobre pessoas jurídicas ocorre somente na lei de crimes ambientais (lei. 9605/98). Não há qualquer previsão de sanção penal sobre pessoa jurídica na lei de lavagem de dinheiro. O que se faz em situações de lavagem feita através de empresas, é justamente a imposição de sanções administrativas, dentre outras sanções de natureza diversa.

O sujeito passivo do crime é o ESTADO, visto que é o responsável pela ordem econômica e tributária afetada, bem como pela Administração da Justiça. É aí que adentramos ao objeto jurídico do crime de lavagem de dinheiro. Existem três correntes acerca do bem jurídico tutelado pela norma penal no que tange ao delito em tela tratado: A primeira corrente preconiza que o bem jurídico tutelado do crime de lavagem é o mesmo do crime antecedente, ocorrendo apenas um agravamento da lesão. A segunda preconiza que o objeto de tutela jurídica afetado pelo crime de lavagem é diverso do objeto jurídico do crime antecedente (Parcela adepta à defesa de ser a Administração da Justiça e outra parcela adepta à defesa de ser a própria ordem econômico-tributária). Por fim, uma terceira corrente que defende ser o crime de lavagem complexo, com múltipla ofensividade, permitindo acatar uma corrente anterior como majoritária, e outra, como subsidiária.

Longe de se obter uma definição harmônica, vêm prevalecendo nas disposições doutrinárias majoritárias, bem como pelo corpo jurisprudencial, ser o bem jurídico tutelado a ordem econômico-tributária propriamente dita.

5.3. ELEMENTO SUBJETIVO

Por óbvio, o elemento subjetivo consiste na figura "DOLO". Todavia, a doutrina longe está de obter pacificidade no que tange ao abarcamento da modalidade DOLO EVENTUAL.

Em tese sumária, necessário se faz discernir Dolo Direto do Dolo Eventual:

Dolo direto, descrito no art. 18, inciso I, parte primeira, consiste na vontade integral da realização de conduta típica. O agente, portanto, prevê e age a fim de realizar determinada conduta típica. Já o Dolo Eventual está descrito no art. 18, inciso I, parte final, do Código Penal:

"Art. 18, Diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado **ou assumiu o risco de produzi-lo;**"

(BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940).

Aqui, o agente assume o risco do resultado, embora não queira que aconteça. Há previsibilidade da conduta.

E toda discussão surgiu após a alteração do texto legal trazida pela nova lei de lavagem, retirando o termo (supressão da expressão "que sabe serem provenientes"), denotada no Art. 1º, parágrafo § 2º, inciso I, trazendo tacitamente a possibilidade da aplicação da lei pelo cometimento a título de dolo eventual.

A princípio, consoante a parcela da doutrina, não caberia a incidência da modalidade de dolo eventual.

Nas linhas de **Callegari; Weber:**

"A conduta do sujeito deve estar dirigida à ocultação ou dissimulação da natureza, origem,

localização, disposição, movimento ou propriedade dos bens provenientes dos crimes enumerados na lei de lavagem, o que significa, em princípio, que só é possível o dolo direto nestas condutas (CALLEGARI e WEBER, 2015, p.89). Grifo

Porém, outra parcela da doutrina defende que, em virtude da teoria da “Cegueira Deliberada”, bastaria que a previsibilidade e aceitação da conduta estejam incutidas no indivíduo para que este responda pelo crime de lavagem de dinheiro, assim aplicado pela jurisprudência norte-americana.

Essa tese defensiva tomou corpo na jurisprudência pátria após reincidentes aplicações da teoria da “cegueira deliberada” em processos relevantes, como é o caso do Mensalão, e mais recentemente, da Lava Jato, em que o Juiz Federal Sérgio Moro defendeu intensamente a aplicação da referida teoria, alegando que o sujeito se colocaria numa situação de ignorância para que se evite a ciência do que realmente está acontecendo, devendo responder pelo fato típico em tutela à segurança jurídica. (BRAGA,2010).

Conforme o Supremo Tribunal Federal definiu seu entendimento no Informativo 677 - Mensalão:

Informativo 677:

“No tocante ao crime de lavagem de dinheiro, [o Min. Celso de Mello] observou possível sua configuração mediante dolo eventual, notadamente no que pertine ao caput do art. 1º da referida norma, e cujo reconhecimento apoiar-se-ia no denominado critério da teoria da cegueira deliberada ou da ignorância deliberada, em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem prometida. Mencionou jurisprudência no sentido de que o crime de lavagem de dinheiro consumir-se-ia com a prática de quaisquer das condutas típicas descritas ao longo do art. 1º, caput, da lei de regência, sendo pois, desnecessário que o agente procedesse à conversão dos ativos ilícitos em lícitos. Bastaria

mera ocultação, simulação do dinheiro oriundo do crime anterior sem a necessidade de se recorrer aos requintes de sofisticada engenharia financeira.” AP 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, 27, 29 e 30.8.2012. (AP-470)

Ante o exposto, finaliza-se que a incidência do dolo eventual vem sendo aceita pela jurisprudência brasileira, além do dolo direto já consubstanciado desde o início.

5.4. COMPETÊNCIA

Como regra, a competência para processamento e julgamento do crime de lavagem de dinheiro se opera no âmbito da Justiça Estadual, seguindo-se o Rito Comum Ordinário. Contudo, como toda boa análise sistêmica dos corpos legislativos, de maneira indistinta, a lei 9.613/98 traz exceções, em seu art. 2º, inciso III:

“Art. 2º: O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

III - são da competência da Justiça Federal:

a) quando praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas;

b) quando a infração penal antecedente for de competência da Justiça Federal.”

(BRASIL. Lei 9.613, de 03 de março de 1998. Diário Oficial da União, Brasília, 03 mar. 1998).

6. MECANISMO DA DELAÇÃO PREMIADA SOB A ÓTICA DA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO

O instituto da delação premiada está elencado como uma das ferramentas mais efetivas no procedimento de elucidação dos fatos, com consequente identificação de grupos criminosos e alcance do objetivo policial, que é justamente coibir a prática criminosa pela raiz, desvendando articulações criminosas e atingindo todos envolvidos, com a ajuda daqueles que já foram descobertos e capturados pela autoridade policial.

Consiste a delação premiada na concessão de benefícios ao colaborador, em troca de informações relevantes ou entrega de outros criminosos envolvidos no ato delituoso, colaborando para a investigação criminal.

Possui natureza jurídica de “meio especial de obtenção de prova, materializado em um “acordo” reduzido a “termo” para devida homologação judicial” (art. 4º, §§ 6º e 7º, da LCO).

Poderá ser procedida a delação tanto em fase pré-processual, quando judicial, ou até pós-processual, explicitados pelo artigo 4º, caput, §§ 2º, 4º e 5º, da lei 12.850/13.

Adentrando ao quadro dos crimes contra a ordem econômica, mais precisamente no crime de Lavagem de Capitais que vem sendo tratado no presente estudo, o instituto da colaboração premiada possui relevância de uma magnitude considerável, visto que a prática delituosa de lavagem de dinheiro, como visto anteriormente, é consubstanciada, em sua maioria, no conjunto complexo de ações feitas por organizações criminosas, havendo uma circulação de valores monetários voluptuosos resultantes de crimes de grande porte, e neste caso, a delação premiada é uma ferramenta que muitas vezes quebra a cadeia lógica da organização, alcançando a autoridade policial maiores resultados, e conseqüentemente, obtendo o Estado maior efetividade na aplicação jurisdicional e contribuindo para com a segurança jurídica e financeira em âmbito não só nacional, como global (claro, em cooperação com outros países).

A delação premiada se encontra em diversos diplomas normativos, e na lei de pauta – 9.613/98 – encontra-se no artigo 1º, § 5º, cuja redação trazida pela lei 12.683/12 denota:

“§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e

partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.”

(BRASIL. Lei 12.683/2012, de 09 de julho de 2012. Diário Oficial da União, Brasília, 09 jul. 2012). Grifo

Antes de se concretizar a análise metódica do texto legal, importante destacar que, para que o objetivo da delação premiada seja alcançada, é preciso que as informações prestadas gerem resultados autônomos previstos. São estes:

- apuração da infração;
- identificação dos autores, coautores e partícipes;
- localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime

Veja que são resultados contributivos diretos para a cooperação da investigação criminal. Caso contrário, sendo informações irrelevantes, não terá direito algum o autor, coautor ou partícipe às benesses da premiação colaborativa.

Partindo, agora, à análise do texto legal, verifica-se que o texto diz que a colaboração deverá ser ESPONTÂNEA, VOLUNTÁRIA. (ato espontâneo é aquele ato que tem sua origem na vontade do agente, que nasce de circunstâncias intrínsecas à pessoa, sem que haja interferência externa). Todavia, o entendimento prevalecente acerca da configuração de concessão dos benefícios da colaboração premiada é de que não é a espontaneidade elemento substancial para aplicação dos prêmios legais. Sendo assim, desde que não haja coação, caso o agente tenha recebido conselhos e sido motivado por terceiro, não impede a aplicação dos prêmios legais.

6.1 BENEFÍCIOS CONSISTENTES DA DELAÇÃO PREMIADA

Serão concedidos, consoante o art.1º, §5º da lei de lavagem, os benefícios de redução de pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços); cumprimento da pena em regime aberto ou semiaberto; possibilidade de não aplicação da pena; substituição, a qualquer tempo, por pena restritiva de direito.

Um ponto a se destacar, é justamente a retroatividade da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Destarte, poderá o

magistrado retroagir este elemento legislativo a um condenado que aceite a colaboração premiada, vez que é permitida a retroatividade quando traga benefícios ao réu, aplicando a substituição de pena, podendo legalmente ser efetuada até em fase de execução penal, como explicado anteriormente.

Conclui-se, por fim, que a delação premiada (concessão de prêmios do Estado para aquele que colabora com a justiça) é ferramenta importantíssima na conjunção probatória, devendo ser constantemente realizada de forma bem aparelhada, para que se combata o crime organizado de uma forma mais célere e eficaz, trazendo maior segurança ao mercado financeiro e às apurações investigatórias, buscando a satisfação plena da aplicação jurisdicional em modo mais eficiente do que se só houvesse utilização apenas de recursos clássicos de obtenção probatória.

6.2. EFEITOS DA DELAÇÃO PREMIADA NA OPERAÇÃO LAVA JATO

Eis o maior caso concreto no âmbito nacional de corrupção e lavagem de dinheiro, a denominada operação Lava Jato, iniciada precisamente em março do ano de 2014, por meio de investigações acerca de possíveis movimentações de capitais ilícitos em postos de combustíveis e lava a jato, fato que originou o nome da operação, desencadeando o descobrimento por parte da Polícia Federal e Ministério Público, conjuntamente, de várias redes realizadoras de movimentação de recursos ilícitos operada por quatro organizações criminosas.

A sistemática da lavagem envolvia um conluio entre a maior empresa estatal brasileira: Petrobrás, Empresas Públicas e Privadas, destacando-se as Empreiteiras, e alguns Partidos Políticos. Consistia, portanto, em cobranças de propinas efetuadas por diretores e funcionários da Petrobrás às empresas e empreiteiras, em troca de facilitação negocial entre essas empresas e a estatal. As propinas variavam entre 1% a 5% do valor contido nos contratos superfaturados bilionários, intermediadas por doleiros, causando um desvio de Bilhões de Reais nos cofres da empresa estatal. (G1, 2018).

O objeto de facilitação negocial era justamente o procedimento licitatório. As empresas combinavam entre si quem realmente seria a empresa escolhida para efetuar determinado serviço, gerando uma concorrência aparente, mais

precisamente um Cartel. Dessa forma, foram ramificadas as seguintes fases a seguir expostas que constituíram todo o esquema:

Em fase inicial, as propinas eram direcionadas aos intermediários, quais sejam, os operadores financeiros, que recebiam das empresas através de contratos simulados com empresa de fachada, ou por movimentações no exterior (paraísos fiscais), e posteriormente, após a validação valorativa do capital ilícito operado pelos doleiros intermediários, eram transferidas aos beneficiários diretos.

Em fase intermediária, era preciso manter o corpo de diretores e funcionários da estatal, que manteriam o esquema. Tais diretores e funcionários eram indicados por partidos políticos.

O diretor Paulo Roberto da Costa (indicado pelo Partido Progressista - PP), que ocupava a diretoria de abastecimento, Renato Duque (indicado pelo Partido dos Trabalhadores - PT), que ocupava o setor de Serviços, e Nestor Cerveró (indicado pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro - PMDB), que ocupava o setor Internacional. Tais grupos políticos atuavam em forma de associação criminosa, cujos crimes principais eram Corrupção Passiva e Lavagem de Dinheiro. (G1, 2018).

Tudo isso fora descoberto graças ao instituto das delações premiadas, operadas mediante delegação do Procurador Geral da República, que apresentou 28 petições de abertura de inquéritos criminais destinados à apuração de envolvimento de pessoas políticas citadas nas referidas delações premiadas ocorridas em primeira instância, ao Supremo Tribunal Federal.

E a fase conclusiva constituía o seguinte mecanismo de lavagem:

- Indicação política dos diretores da Petrobrás;
- cobrança de propinas às empresas públicas e empreiteiras, com posterior fraudes em licitações, de modo a garantir a facilitação negocial em troca de tais propinas;
- destinação das propinas aos diretores da estatal, bem como aos partidos políticos envolvidos, através dos intermediários doleiros, em especial: Alberto Youssef, João Vaccari e Fernando Baiano. Este mesmo mecanismo ocorrendo nos três setores: Abastecimento, Serviços e Internacional.

Em atenção à aplicabilidade da delação premiada realizada pela força tarefa da polícia federal, somente com as colaborações foi possível descobrir todo

esquema, cumprir mandados de busca e apreensão, bem como prender os principais agentes do esquema, dentre os quais foram o ex-governador do Rio de Janeiro [Sérgio Cabral](#), o ex-senador [Delcídio do Amaral](#), o ex-presidente da Câmara dos Deputados [Eduardo Cunha](#), os ex-ministros da Fazenda [Antonio Palocci](#) e [Guido Mantega](#), o publicitário [João Santana](#), o ex-ministro-chefe da Casa Civil [José Dirceu](#), o empresário [Eike Batista](#) e, em abril de 2018, o ex-presidente da República [Luiz Inácio Lula da Silva](#). (G1, 2018).

Vale ressaltar que, conjuntamente com a justiça brasileira, houvera cooperação da Suíça (principal alvo de transferências milionárias envolvendo as empreiteiras e a estatal), bloqueando todas as contas a agindo positivamente na identificação dos agentes movimentadores dos recursos ilícitos, contribuindo com a investigação, graças aos tratados e convenções internacionais que dispuseram de instrumentos de cooperação entre os países em prol do combate à lavagem de dinheiro. (LIMA, 2016).

Não se trata de qualquer esquema de corrupção e lavagem de capitais, trata-se do maior esquema nacional deflagrado pela Polícia Federal, e por este motivo, até os dias atuais, a justiça brasileira atua incessantemente na operação, que ainda está longe de ter um fim, mas que traz esperança ao povo brasileiro, garantindo a descoberta de todo esquema corruptivo, incidindo as consequências devidas aos criminosos, como aplicação da mais lúdima justiça.

7. MÉTODOS DE COMBATE À LAVAGEM DE CAPITAIS NO BRASIL

É de se enaltecer o principal momento do presente artigo. Trata-se do momento em que serão analisados os principais conjuntos operacionais e medidas já existentes em âmbito global para combater o crime de lavagem de dinheiro, ou seja, diante de todo o exposto acerca das peculiaridades de tal delito, sua abrangência de atuação, bem como consequências catastróficas que pode gerar numa sociedade, há de se concentrar, neste momento, sobre como, quais as melhores formas, quais os instrumentos adequados e medidas legislativas suficientes a quebrar referida ação criminosa.

No tocante ao Brasil, com a Lei 9.613/98, houve a institucionalização do COAF (Conselho de controle de atividades financeiras), responsável pela regulamentação fiscalizatória, administrativa e punitiva sobre toda e qualquer

atividade financeira realizada em território nacional, com políticas de cooperação para com entidades governamentais e grupos financeiros, a fim de que haja completa reciprocidade na troca de informações, e consequente prevenção à atividades suspeitas. De forma simplificada, a título prático, as instituições financeiras fornecem informações acerca dos titulares de determinada movimentação financeira, a quantidade, destinação e finalidade de tal movimentação, a fim de garantir a segurança negocial. Caso haja alguma prática dentro do mercado financeiro suspeita, tais entidades devem imediatamente efetuar comunicação ao COAF, para que este analise a denúncia, investigue, e, se for o caso, tome as providências legais dentro de sua competência.

Com intuição de aumentar a eficiência do COAF e a consequente repressão mais severa às condutas ilícitas dentro do mercado financeiro, a elaboração da Medida Provisória nº 870, de 2019, alterou a lei da lavagem de dinheiro, precisamente em seu art.14, incorporando o Conselho de Controle de Atividades Financeiras no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, retirando-o do Ministério da Fazenda, para ampliar sua autonomia, fortalecendo o corpo investigativo na atuação de combate à lavagem.

Art. 72. A [Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 14. Fica criado, no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades." [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 870, de 2019\).](#)" (BRASIL. Lei 9.613, de 03 de março de 1998. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 03 mar. 1998.).

Além disso, é de suma importância no combate à lavagem de dinheiro, a existência do GAFI (Grupo de Ação financeira Internacional), um órgão intergovernamental que atua, em âmbito Sul-Americano, fortemente, no combate à lavagem de Dinheiro, funcionando como um protetor do Sistema Financeiro.

Mas afinal, quais as medidas efetivas que realmente coíbem, combatam intensamente a prática da lavagem? É exatamente para a implementação de tais medidas que existem os mencionados grupos de combate aos crimes financeiros, que atuam em conjunto para fortalecer o mecanismo econômico de todos os países.

Finalmente, chega-se ao ponto primordial, o ponto que realmente fortalece a camada de proteção aos crimes financeiros: As 40 Recomendações do GAFI.

São recomendações de medidas a serem tomadas para combater efetivamente o crime de lavagem de dinheiro. Dentre elas, destacam-se:

a) Planejamento a base de Risco

Essa medida consiste no direcionamento dos investimentos, implementação de recursos de controle negocial, às áreas que possuem maior risco. Para isso, necessário se faz a realização de um planejamento prévio para delimitar as áreas de maior risco, merecedoras de controle intensivo.

b) Transparência

Trata-se de uma medida importantíssima na PREVENÇÃO à lavagem. Consiste na exigência de troca de informações entre entidades financeiras e grupos controladores acerca das estruturas empresárias, movimentações, transferências eletrônicas, justamente com o fim de dificultar a dissimulação de recursos por parte dos agentes criminosos.

c) Cooperação Internacional

Consubstancia-se na proximidade entre Entidades Governamentais e setores de Inteligência Financeira, para fortalecer o poderio fiscalizatório, investigativo e punitivo das entidades combatentes de cada país.

d) Confisco

Por último, e não menos importante, aliás, pelo contrário, uma das mais interessantes medidas: Amparo Legislativo às autoridades para facilitar o confisco de bens lavados; produtos ou instrumentos usufruídos ou com a intenção de que fossem usufruídos em crimes de lavagem de dinheiro ou crimes antecedentes; bens que sejam produtos, ou que tenham sido usados, ou com a intenção de que fossem usados ou alocados

para uso no financiamento do terrorismo, de atos ou de organizações terroristas; ou bens de valor equivalente.

E ademais, que a possibilidade de confisco seja permitida sem que haja exigência de condenação criminal prévia (Non Conviction Based Forfeiture). Isso acaba por prevenir negociações ilícitas futuras, evitando de forma genérica as ações das facções criminosas.

Essas são as medidas mais relevantes já colocadas em pauta e prática para o combate aos crimes financeiros, e tem reduzido consideravelmente a prática da lavagem de dinheiro, principalmente em virtude da forte interação de todas entidades combatentes nacionais e internacionais.

Portanto, finaliza-se este tópico com o reconhecimento da efetividade funcional que COAF obteve no Brasil, principalmente com o sucesso da operação Lava Jato, recebendo o prêmio Brasil de destaque no combate à corrupção na 5ª conferência internacional promovida pela associação nacional dos delegados de polícia Federal, em virtude dos serviços prestados em prol do combate à corrupção no país.

8. CONCLUSÃO

O presente artigo retratou as peculiaridades do instituto penal da lavagem de dinheiro sob a ótica do ordenamento jurídico nacional, e após este conhecimento, chega-se à conclusão de que os crimes financeiros afetam diretamente as relações sociais, bem como cessa o fortalecimento econômico do Estado. Entretanto, não só isso nos é chegado à conclusão (embora sejam as consequências imediatas da prática prevalecente de tal crime, não só no Brasil, mas no mundo todo), mas, chega-se, a título conclusivo, à confirmação de que a prática dos crimes financeiros, muitas vezes decorrentes da Corrupção, reflete a ausência de probidade, moralidade do ser humano. Valores ético-sociais que se esvaem, e justamente em decorrência disso, enxergam-se milhares de políticos, eleitos pelo povo, que só contribuem para com o crescimento da corrupção, do enriquecimento ilícito, e que pensam em si próprios. Apenas se trata de um mero espelho de como os tais valores sociais estão sendo apagados.

Nos dias atuais, notícias acerca de práticas de lavagem de dinheiro, praticadas principalmente por políticos, já não é motivo de espanto.

Demonstrou-se, neste artigo, a real necessidade de combate, tendo em vista a alta evolução tecnológica e o aprimoramento dos mecanismos de lavagem sendo realizados pelas facções criminosas. Para tanto, num outro aspecto do artigo, retratamos os meios e órgãos de combate ao crime organizado para com as práticas de lavagem de dinheiro que já foram instalados e estão em constante evolução na busca efetiva da paz econômica, como, no Brasil, o COAF (CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS), cuja funcionalidade é indispensável à diminuição de práticas criminosas do setor financeiro.

O crescimento do tipo penal estudado no presente artigo foi imensamente notório no Brasil, com os escândalos de corrupção para com a Estatal Petrobrás. E para combater esta predominância criminosa no Brasil, imprescindível foi a cooperação interna (Polícia Federal e Ministério Público), através da aplicabilidade da Delação Premiada como forma de desmembrar os mecanismos corruptivos (Cujas importâncias para o sucesso do combate no Brasil foram explanadas no presente trabalho), bem como a cooperação entre os demais países, através de compartilhamento de dados e rígida fiscalização das movimentações financeiras externas.

Além disso, altos benefícios materiais e processuais foram também relevantes para a livre e efetiva atuação do Estado no combate à lavagem de dinheiro, através da edição da Lei 12.683/2012, cujo ponto principal foi a maior amplitude de alcance de tal crime para toda e qualquer infração penal (Com a modificação do Artigo 1º da referida lei), e que, vale a pena ressaltar, a observância de aplicabilidade da lei 12.683/12 para as práticas de lavagem nas modalidades "ocultação" e "dissimulação" que se iniciaram antes de sua edição, mas que se protraíram no tempo e vieram a cessar após sua edição

(Aplicação da Súmula 711 do STF: "*a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência*").

Há de se concluir o raciocínio trazido nas primeiras linhas desta conclusão. A agonia do presente artigo foi justamente trazer um

pensamento de como a sociedade pode contribuir para o combate à lavagem de dinheiro no Brasil e no mundo. O corpo social precisa resgatar os valores éticos, morais, de repúdio ao crime organizado, à corrupção, e entender que não é apenas do Estado a função de combater a criminalidade. Não deve a sociedade se manter inerte, aguardando que o Estado consiga suprir todas as suas necessidades, mas sim, deve a sociedade atuar positivamente em cooperação com o Estado para eliminar de vez a mancha que um dia foi colocada perante ela e que vem aumentando cada vez mais, qual seja, as recorrentes práticas criminosas.

Necessário se faz a união entre nações, a fim de que os mecanismos de repressão à lavagem de dinheiro venham a se aperfeiçoar cada vez mais, enfraquecendo a cadeia criminosa e fortalecendo o Sistema Financeiro, para que os valores sociais e de conduta sejam reestabelecidos, e que práticas criminosas sejam cada vez menos recorrentes em toda a sociedade.

8. REFERÊNCIAS

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: < <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/fib/direitos-e-crimes-financeiros/assets/download/livro-offline.pdf> >. Acesso em: jan. 2019.

LIMA, Vinícius de Melo. **Lavagem de dinheiro e ações neutras: critérios de imputação penal legítima**. Curitiba: Juruá, 2014. Disponível em < https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/91159/lavagem_dinheiro_acoes.pdf > Acesso em: jan. 2019.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 10ª ed., ver., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em < <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1403-Crimes-Federais-2017-Jos-Paulo-Baltazar-Junior.pdf> > Acesso em: mar. 2019.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. **O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução**. Apud RISSI MACEDO, Carlos Márcio. **Lavagem de dinheiro – Análise crítica das Leis 9.619, de 03 de março de 1998 e 10.701 de 09 de julho de 2003**. Curitiba: Juruá, 2009. Disponível em < http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/viewFile/1467/1123 > Acesso em: mar. 2019.

WALKER JUNIOR, James; FRAGOSO, Alexandre. **Direito penal tributário: uma visão garantista da unicidade do injusto penal tributário**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. Disponível em < https://cdnv2.moovin.com.br/livrariadplacido/imagens/files/manuais/_direito-penal-tributario-uma-visao-garantista-da-unicidade-do-injusto-penal-tributario.pdf > Acesso em: mar. 2019.

BRASIL. **Código Penal, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >. Acesso em: jan. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 9613, de março de 1998**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm >. Acesso em: jan. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 12.683, de julho de 2012**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm >. Acesso em: mar. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm >. Acesso em: mar. 2019.

Lava Jato investiga esquema de propinas de US\$ 31 milhões de empresas do mercado internacional do petróleo. G1, 5 dez. 2018. Disponível em: < <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2018/12/05/pf-cumpre-mandados-judiciais-da-57a-fase-da-operacao-lava-jato.ghtml> >. Acesso em: abril. 2019.

RÉGIS, Gian Carlos. [Dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores \(Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998\)](#). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 4982, 20 fev. 2017. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/55806> >. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Resolução nº 1336, de 20 de outubro de 2014. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.cofeci.gov.br/arquivos/legislacao/2014/resolucao1336_2014.pdf >. Acesso em: abril. 2019.

BRAGA, Juliana Toralles dos Santos. Lavagem de dinheiro – Origem histórica, conceito e fases. In: **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=8425 >. Acesso em abr 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **LEGISLAÇÃO CRIMINAL ESPECIAL COMENTADA: VOLUME ÚNICO**. 4. ed. Salvador: Juspodium, 2016. Disponível em: < <https://deusgarcia.files.wordpress.com/2017/05/legislac3a7c3a3o-criminal-comentada-renato-brasileiro-de-lima-2016.pdf> >. Acesso em: 13 fev. 2019.

Entenda a Operação Lava Jato. G1, 18 nov. 2014. Disponível em: < <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/infografico.html> >. Acesso em: abril. 2019.

A INEFICÁCIA DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO NA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE

ANA BEATRIZ BERNECULLI BORGES ABRA:

Bacharelanda do curso de Direito pela Universidade Brasil Campus Fernandópolis.

ANDRÉ P. VIANA

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho discorre acerca da Lei nº 10.826 de dezembro de 2003, chamada de "Estatuto do Desarmamento", e tendo em tese a Ineficácia da Redução da Criminalidade, por tanto, obtendo como área de conhecimento o Direito penal, em especial o direito de portar arma de fogo, na qual tem pessoas que defendem a tese das armas de fogo para o uso pessoal, como por exemplo, manter sua segurança em áreas de maiores riscos, e, também as que entendem que o uso de armas é apenas dever das autoridades. O Estatuto do Desarmamento foi o referendo realizado no dia 23 de outubro de 2005, no qual, por meio de votação a população decidiu sobre a venda de armas e munições no Brasil, desde então vem sendo um tema muito polêmico e discutido no meio da sociedade. Abordaremos ainda durante os capítulos a baixo, a evolução das armas de fogo contendo um breve estudo histórico, desde tempos imemoriáveis até os dias atuais, o conceito das armas e diferenciando ainda as de cano longo e as de cano curto, a evolução das leis das mesmas, do registro e enfim o estatuto do desarmamento, contendo análise da lei e a ineficácia da mesma, seguido da conclusão. O método de estudo do referido trabalho abordado foi feito através de pesquisas bibliográficas, referencias legais, jurisprudenciais e doutrinárias.

Palavras-Chave: Armas de fogo. Estatuto do desarmamento. Leis. Criminalidade. Processo Penal.

ABSTRACT: The present work deals with Law No. 10.826 of December 2003, called the "Statute of Disarmament", and taking into account the Inefficiency of Reducing Crime, thus obtaining, as an area of knowledge, criminal law, in particular the right to carry firearms in which there are people who defend the thesis of firearms for personal use, such as maintaining their safety in areas of greater risk, and also those who understand that the use of firearms is only a duty authorities. The

Disarmament Statute was the referendum held on October 23, 2005, in which, through a vote the population decided on the sale of arms and ammunition in Brazil, since then it has been a very controversial topic and discussed in the middle of society. We will also cover, during the chapters below, the evolution of firearms containing a brief historical study, from time immemorial up to the present day, the concept of weapons and differentiating still from long barrels and short barrels, the evolution of the laws of and the disarmament statute, containing analysis of the law and its ineffectiveness, followed by the conclusion. The method of study of the mentioned work was done through bibliographical research, legal, jurisprudential and doctrinal references.

Keywords: Firearms. Disarmament statute. Laws. Crime. Criminal proceedings.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. EVOLUÇÃO DAS ARMAS DE FOGO. 1.1 Estudo Histórico. 1.2 Conceito de armas e sua classificação. 2. EVOLUÇÃO DAS LEIS DAS ARMAS DE FOGO. 2.1 Do Registro da Arma de Fogo. 3. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. 3.1 Análise da lei. 3.3 A Ineficácia do Estatuto do Desarmamento na Redução da Criminalidade. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A Lei 10.826/03 nominada de "Estatuto do Desarmamento" é um tema polêmico, onde teve por finalidade a Redução da Criminalidade formando diversas barreiras à aquisição e o porte de armas de fogo no Brasil. A importância deste tema se fundamenta pelo fato de o Brasil se encontrar em um momento notável em que diversas pessoas da sociedade protegem a política do desarmamento.

No entanto, no ano de 2005 o Estado fez um Referendo desta lei, abrindo então uma votação para toda a sociedade, através do voto popular. De acordo com Pedro Lenza (2010), "O referendo popular organizado Tribunal Superior Eleitoral ocorreu no dia 23 de outubro de 2005, com a imediata questão: "o comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?". A apuração dos votos ocorreu no mesmo dia através de urnas eletrônicas, tendo então como resultado "O "não" vence com 63,94% dos votos válidos, enquanto o "sim" tem 36,06%". (folha de s.paulo, 2005).

O atual Presidente Jair Bolsonaro assinou no dia 15 de janeiro de 2019 o decreto nº 9.685 que alterou o artigo 12, 15, 16, 18, 30 e 67-C do referido Estatuto, facilitando a posse de armas de fogo.

Ao decorrer, está em se retratar as armas de fogo desde as épocas históricas como os tempos atuais, pois, em nosso país, há tempos, se nota a posse ou porte de armas, sendo assim, na pré história já se observava os homens da caverna usando as pedras e galhos para se proteger ou até mesmo caçar, na qual os tempos foram se passando e as armas avançando ao passar do tempo, e a evolução das leis, os registros das armas de fogo que se dá através da autorização da Polícia Federal ou do Exército, desde que tenha os requisitos citados no decorrer do texto.

Desta forma, entende-se que a referida norma legal delimita a comunidade a garantir os direitos individuais considerando o privativo alcance das leis do desarmamento, que atinge exclusivamente a sociedade civil, que cumprem os deveres e garantias constitucionais. O desarmamento, acredita ser inviável para a criminalidade, o que assim sendo, aumenta os crimes cometidos por armas de fogo.

1. EVOLUÇÃO DAS ARMAS DE FOGO

1.1 Estudo Histórico

Pode-se perceber que o homem desde tempos impensáveis, utilizava-se de coisas com o intuito de guerrear, lutar e também proteger-se tanto a si como sua família, e também posses que estavam sendo ameaçadas, como animais ou até mesmo seres humanos.

Conforme TEIXEIRA, (2001, p.15)

[...] desde seu surgimento na face da Terra até os dias atuais, o homem se utiliza de algum meio para efetuar sua autodefesa. Apenas o que mudou foram as armas ou os meios utilizados, que acompanharam o desenvolvimento de novas técnicas, a descoberta de novos materiais e as novas tecnologias que surgiram ao longo da própria evolução humana.

A utilização de armas e ferramentas começou na pré-histórica, sendo na época das cavernas onde o homem utilizavam-se de pedras e de galhos para atacar animais e humanos, entre outros objetivos. Com o passar dos tempos as pessoas perceberam que poderiam aprimorar as suas armas, e com isto tais instrumentos foram evoluindo.

Segundo TEIXEIRA (2018, p. 13):

As armas, que no começo eram apenas pedras e paus, evoluíram ao longo do tempo. O homem percebeu que, se afiasse uma das pontas de um galho de árvore caído, esse objeto seria mais útil para seus propósitos de defesa do que se o mesmo não estivesse afiado. Amarrando-se um cipó nas duas pontas de um galho, fazia-se um arco, que impulsionava outros galhos a distância e assim por diante.

TEIXEIRA (2001, p.15) explana que:

Com o invento da fundição do ferro, surgiram armas mais elaboradas, como arcos, que arremessavam flechas com pontas metálicas, lanças, espadas, adagas, [...] Tal evolução foi de extrema importância para a história e para o aprimoramento das armas, visto que sem a fundição do ferro ou aço, as armas de fogo em tese, nunca poderiam ter se desenvolvido. Estas armas, com o passar dos anos, tiveram seu tamanho reduzido para facilitar sua camuflagem e seu transporte, porém tiveram aprimoramentos que as tornaram mais letais e mais resistentes a condições adversas”.

Os revólveres, nasceram na China logo em seguida a criação da pólvora no século IX d.C, no entanto, as armas ainda eram improvisadas, sendo estas feitas “em tubos de bambu, essa mistura de salitre, enxofre e carvão vegetal que explode em contato com o fogo era usada para atirar pedras”. (Redação Mundo Estranho, 2011).

Já no século XIII os Árabes elaboraram os canhões. Que foram feitos de madeira e com fortes cintas de ferro. Porém, apenas no século XIV que surgiram os primeiros canhões, sendo eles feito de bronze e ficando mais seguros.

A primeira arma portátil surgiu no século XV, no entanto, no período seguinte foi lançada a primeira arma individual usada em batalhas chamada de

Mosquete. Já em 1884, foi inventado a metralhadora, no século XX ficou marcado com a invenção de submetralhadoras, fuzis e pistolas, marcando totalmente a época. Percebe-se que as armas vêm sofrendo cada vez mais aprimoramentos.

1.2 Conceito de armas e sua classificação

A arma é uma ferramenta que permite uma pessoa fazer o uso para se defender ou até mesmo atacar algo ou alguém. A mesma é feita de um ou dois canos que exporta vários objetos, sendo estes chamados de munição, onde é propagado através da pressão dos gases produzidos por uma carga em combustão de uma quantidade de pólvora.

O Decreto 3.665/00, renomado como R-105, em seu artigo 3º dá as definições abstratas sobre os tipos de armas de fogo.

Art. 3º Para os efeitos deste Regulamento e sua adequada aplicação, são adotadas as seguintes definições:

X - arma automática: arma em que o carregamento, o disparo e todas as operações de funcionamento ocorrem continuamente enquanto o gatilho estiver sendo acionado (é aquela que dá rajadas);

XI - arma branca: artefato cortante ou perfurante, normalmente constituído por peça em lâmina ou oblonga;

XII - arma controlada: arma que, pelas suas características de efeito físico e psicológico, pode causar danos altamente nocivos e, por esse motivo, é controlada pelo Exército, por competência outorgada pela União;

XIII - arma de fogo: arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil;

XIV - arma de porte: arma de fogo de dimensões e peso reduzidos, que pode ser portada por um indivíduo em um coldre e disparada, comodamente, com somente uma das mãos pelo

atirador; enquadram-se, nesta definição, pistolas, revólveres e garruchas;

XV - arma de pressão: arma cujo princípio de funcionamento implica o emprego de gases comprimidos para impulsão do projétil, os quais podem estar previamente armazenados em um reservatório ou ser produzidos por ação de um mecanismo, tal como um êmbolo solidário a uma mola, no momento do disparo;

XVI - arma de repetição: arma em que o atirador, após a realização de cada disparo, decorrente da sua ação sobre o gatilho, necessita empregar sua força física sobre um componente do mecanismo desta para concretizar as operações prévias e necessárias ao disparo seguinte, tornando-a pronta para realizá-lo;

XVII - arma de uso permitido: arma cuja utilização é permitida a pessoas físicas em geral, bem como a pessoas jurídicas, de acordo com a legislação normativa do Exército;

XVIII - arma de uso restrito: arma que só pode ser utilizada pelas Forças Armadas, por algumas instituições de segurança, e por pessoas físicas e jurídicas habilitadas, devidamente autorizadas pelo Exército, de acordo com legislação específica;

XXII - arma portátil: arma cujo peso e cujas dimensões permitem que seja transportada por um único homem, mas não conduzida em um coldre, exigindo, em situações normais, ambas as mãos para a realização eficiente do disparo;

O Decreto 3.665/2000 - Regulamento de Fiscalização de Produtos Controlados do Comando do Exército, chamado R-105, que vige neste País, coordena sobre os tipos, calibres, funcionamentos e espécies de armas, bem como proporciona definições aos termos presentes na Lei 10.826/03, chamada de "Estatuto do Desarmamento"

O artigo 16 do R 105, ordena quais são os calibres e funcionamentos de uso restrito, incluindo ainda os vedas quanto à simulacros de armas utilizadas pelas Forças Armadas Nacionais.

Art. 16. São de uso restrito:

I - armas, munições, acessórios e equipamentos iguais ou que possuam alguma característica no que diz respeito aos empregos tático, estratégico e técnico do material bélico usado pelas Forças Armadas nacionais;

II - armas, munições, acessórios e equipamentos que, não sendo iguais ou similares ao material bélico usado pelas Forças Armadas nacionais, possuam características que só as tornem aptas para emprego militar ou policial;

III - armas de fogo curtas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia superior a (trezentas libras-pé ou quatrocentos e sete Joules e suas munições, como por exemplo, os calibres .357 Magnum, 9 Luger, .38 Super Auto, .40 S&W, .44 SPL, .44 Magnum, .45 Colt e .45 Auto;

IV - armas de fogo longas raiadas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia superior a mil libras-pé ou mil trezentos e cinqüenta e cinco Joules e suas munições, como por exemplo, .22-250, .223 Remington, .243 Winchester, .270 Winchester, 7 Mauser, .30-06, .308 Winchester, 7,62 x 39, .357 Magnum, .375 Winchester e .44 Magnum;

V - armas de fogo automáticas de qualquer calibre;

VI - armas de fogo de alma lisa de calibre doze ou maior com comprimento de cano menor que vinte e quatro polegadas ou seiscentos e dez milímetros;

VII - armas de fogo de alma lisa de calibre superior ao doze e suas munições;

VIII - armas de pressão por ação de gás comprimido ou por ação de mola, com calibre superior a seis milímetros, que disparem projéteis de qualquer natureza;

IX - armas de fogo dissimuladas, conceituadas como tais os dispositivos com aparência de objetos inofensivos, mas que escondem uma arma, tais como bengalas-pistola, canetas-revólver e semelhantes;

- X - arma a ar comprimido, simulacro do Fz 7,62mm, M964, FAL;
- XI - armas e dispositivos que lancem agentes de guerra química ou gás agressivo e suas munições;
- XII - dispositivos que constituam acessórios de armas e que tenham por objetivo dificultar a localização da arma, como os silenciadores de tiro, os quebra-chamas e outros, que servem para amortecer o estampido ou a chama do tiro e também os que modificam as condições de emprego, tais como os bocais lança-granadas e outros;
- XIII - munições ou dispositivos com efeitos pirotécnicos, ou dispositivos similares capazes de provocar incêndios ou explosões;
- XIV - munições com projéteis que contenham elementos químicos agressivos, cujos efeitos sobre a pessoa atingida sejam de aumentar consideravelmente os danos, tais como projéteis explosivos ou venenosos;
- XV – espadas e espadins utilizados pelas Forças Armadas e Forças Auxiliares;
- XVI - equipamentos para visão noturna, tais como óculos, periscópios, lunetas, etc;
- XVII - dispositivos ópticos de pontaria com aumento igual ou maior que seis vezes ou diâmetro da objetiva igual ou maior que trinta e seis milímetros;
- XVIII - dispositivos de pontaria que empregam luz ou outro meio de marcar o alvo;
- XIX - blindagens balísticas para munições de uso restrito;
- XX - equipamentos de proteção balística contra armas de fogo portáteis de uso restrito, tais como coletes, escudos, capacetes, etc; e
- XXI - veículos blindados de emprego civil ou militar.

Em seguida o artigo 17 do mesmo regimento regulamenta a respeito das armas e acessórios de calibre, ação e espécie apontado como de uso concedido:

Art. 17. São de uso permitido:

I - armas de fogo curtas, de repetição ou semi-automáticas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia de até trezentas libras-pé ou quatrocentos e sete Joules e suas munições, como por exemplo, os calibres .22 LR, .25 Auto, .32 Auto, .32 S&W, .38 SPL e .380 Auto;

II - armas de fogo longas raiadas, de repetição ou semi-automáticas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia de até mil libras-pé ou mil trezentos e cinquenta e cinco Joules e suas munições, como por exemplo, os calibres .22 LR, .32-20, .38-40 e .44-40;

III - armas de fogo de alma lisa, de repetição ou semi-automáticas, calibre doze ou inferior, com comprimento de cano igual ou maior do que vinte e quatro polegadas ou seiscentos e dez milímetros; as de menor calibre, com qualquer comprimento de cano, e suas munições de uso permitido;

IV - armas de pressão por ação de gás comprimido ou por ação de mola, com calibre igual ou inferior a seis milímetros e suas munições de uso permitido;

V - armas que tenham por finalidade dar partida em competições desportivas, que utilizem cartuchos contendo exclusivamente pólvora;

VI - armas para uso industrial ou que utilizem projéteis anestésicos para uso veterinário;

VII - dispositivos óticos de pontaria com aumento menor que seis vezes e diâmetro da objetiva menor que trinta e seis milímetros;

VIII - cartuchos vazios, semi-carregados ou carregados a chumbo granulado, conhecidos como "cartuchos de caça", destinados a armas de fogo de alma lisa de calibre permitido;

IX - blindagens balísticas para munições de uso permitido;

X - equipamentos de proteção balística contra armas de fogo de porte de uso permitido, tais como coletes, escudos, capacetes, etc; e

XI - veículo de passeio blindado.

Verifica-se no artigo apontado, que os calibres de uso permitido, tem ainda como norma de classificação quanto à energia do projétil na erupção do cano.

Já o artigo 3º do R-105 explica o funcionamento das armas de fogo:

Art. 3º Para os efeitos deste Regulamento e sua adequada aplicação, são adotadas as seguintes definições:

X - arma automática: arma em que o carregamento, o disparo e todas as operações de funcionamento ocorrem continuamente enquanto o gatilho estiver sendo acionado (é aquela que dá rajadas);

XVI - arma de repetição: arma em que o atirador, após a realização de cada disparo, decorrente da sua ação sobre o gatilho, necessita empregar sua força física sobre um componente do mecanismo desta para concretizar as operações prévias e necessárias ao disparo seguinte, tornando-a pronta para realizá-lo;

XXIII - arma semi-automática: arma que realiza, automaticamente, todas

as operações de funcionamento com exceção do disparo, o qual, para

ocorrer, requer, a cada disparo, um novo acionamento do gatilho;

Nos artigos citados acima estão especificadas as características gerais das armas de fogo.

2. EVOLUÇÃO DAS LEIS DAS ARMAS DE FOGO

As leis brasileiras sempre foram muito pertinentes quando o ponto é o porte e posse de arma de fogo, assim alterada moderadamente ao longo dos anos.

Desde os tempos de D. Pedro, tem as disposições referentes as armas de fogo, como referido "armas de defesa". O Código Criminal do Império. Da mesma forma denominado de lei de 16 de dezembro de 1830, já debatia sobre o tema.

CAPITULO V

USO DE ARMAS DEFESAS

Art. 297. Usar de armas offensivas, que forem prohibidas.

Penas - de prisão por quinze a sessenta dias, e de multa correspondente á metade do tempo, até da perda das armas.

Art. 298. Não incorrerão nas penas do artigo antecedente:

1º Os Officiaes de Justiça, andando em diligencia.

2º Os Militares da primeira e segunda linha, e ordenanças, andando em diligencia, ou em exercicio na fórmula de seus regulamentos.

3º Os que obtiverem licença dos Juizes de Paz.

Art. 299. As Camaras Municipaes declararão em editaes, quaes sejam as armas offensivas, cujo uso poderão permittir os Juizes de Paz; os casos, em que as poderão permittir; e bem assim quaes as armas offensivas, que será licito trazer, e usar sem licença aos occupados em trabalhos, para que ellas forem necessarias.

Os artigos acima citados dizem o seguinte sobre o 297, emprega o verbo "usar", não dispondo quanto a portar ou possuir, por tanto, só cairia na pena deste artigo, quem se desfrutasse de uma arma proibida.

Constata no artigo 298, parágrafo 3º que a posse de armas de fogo já estava prevista desde aquela época, podendo usufruir de tal direito quem o obtivesse a licença através dos Juizes de Paz. Presumindo-se que em tal época era permitido qualquer cidadão ter em sua residência uma ou mais armas, já que nos artigos referidos não faziam menção alguma de como conseguir uma arma e sim de como porta-las. Já no artigo 299, exige uma certa cautela, como no funcionamento ou no calibre das armas que poderiam ser portadas pelo povo.

Em seguida, foi criado o Código Penal de 1890, no qual contia apenas dois artigos acerca do que falava sobre armas de fogo, não proferindo sobre o funcionamento e o tipo de armas permitidas.

CAPITULO V

DO FABRICO E USO DE ARMAS

Art. 376. Estabelecer, sem licença do Governo, fabrica de armas, ou polvora:

Penas - de perda, para a Nação, dos objectos apprehendidos e multa de 200\$ a 500\$000.

Art. 377. Usar de armas offensivas sem licença da autoridade policial:

Pena - de prisão celllular por 15 a 60 dias.

Paragpho unico. São isentos de pena:

1º, os agentes da autoridade publica, em diligencia ou serviço;

2º, os officiaes e praças do Exercito, da Armada e da Guarda Nacional, na conformidade dos seus regulamentos.

Dispõe o artigo 376 citado a cima que é vedado o consumo de armas de fogo sem autorização competente, porém, não especifica qual autoridade é competente para tal autorização da fabricação do objeto. Já o artigo 377, não autoriza o uso de armas sem a licença da autoridade policial, e também não informa qual seria a autoridade policial capacitada para a liberação do objeto referido a cima.

Nota-se que ambos os Códigos Penais citados acima previam o porte de armas para os oficiais de justiça em diligencias.

A formação do Código Penal de 1940 ou Decreto de lei número 2.848 de 07 de dezembro de 1940, a legislação não se manifestou sobre as armas de fogo apenas nas diminuições e aumentos de pena. A Lei de Contravenções Penais, Decreto Lei número 3.688, de 3 de outubro de 1941, em seus artigos 18 e 19, dizia sobre o porte, a fabricação, exportação, posse e comércio das armas de fogo apenas, não definindo o calibre e funcionamento das armas.

PARTE ESPECIAL

CAPÍTULO I

DAS CONTRAVENÇÕES REFERENTES À PESSOA

Art. 18. Fabricar, importar, exportar, ter em depósito ou vender, sem permissão da autoridade, arma ou munição:

Pena – prisão simples, de três meses a um ano, ou multa, de um a cinco contos de réis, ou ambas cumulativamente, se o fato não constitui crime contra a ordem política ou social.

Art. 19. Trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade:

Pena – prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a três contos de réis, ou ambas cumulativamente.

§ 1º A pena é aumentada de um terço até metade, se o agente já foi condenado, em sentença irrecorrível, por violência contra pessoa.

§ 2º Incorre na pena de prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a um conto de réis, quem, possuindo arma ou munição:

a) deixa de fazer comunicação ou entrega à autoridade, quando a lei o determina;

b) permite que alienado menor de 18 anos ou pessoa inexperiente no manejo de arma a tenha consigo;

c) omite as cautelas necessárias para impedir que dela se apodere facilmente alienado, menor de 18 anos ou pessoa inexperiente em manejá-la.

Sobre o artigo 18 de imediato bania o comércio ilegal de armas de fogo, não citando o calibre e os tipos de armas que pudessem ser usados legalmente e também bania qualquer tipo de arma fabricado sem a autorização da autoridade responsável, não citando ainda qual seria a autoridade competente para autorizar o comércio do objeto.

No artigo 19, o legislador teve uma maior preocupação em punir a pessoa que não tinha o porte legal do armamento. Na mesma linha de raciocínio nota-se dados a disparo de armas de fogo, que está prevista em seu artigo 28 desta mesma norma.

CAPÍTULO III

DAS CONTRAVENÇÕES REFERENTES À INCOLUMIDADE PÚBLICA

Art. 28. Disparar arma de fogo em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela:

Pena – prisão simples, de um a seis meses, ou multa, de trezentos mil réis a três contos de réis.

Parágrafo único. Incorre na pena de prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, quem, em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, sem licença da autoridade, causa deflagração perigosa, queima fogo de artifício ou solta balão aceso.

Logo no ano de 1997, foi publicada a lei 9.437/97, intitulada Lei das Armas de Fogo. A dita lei é semelhante ao Estatuto do Desarmamento, contudo esta deu-se início e concedeu a funções ao SINARM – Sistema Nacional de Armas, constituída na Lei nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003, conforme no artigo 1º e 2º exposto a seguir:

CAPÍTULO I

DO SISTEMA NACIONAL DE ARMAS

Art. 1º O Sistema Nacional de Armas – Sinarm, instituído no Ministério da Justiça, no âmbito da Polícia Federal, tem circunscrição em todo o território nacional.

Art. 2º Ao Sinarm compete:

I – identificar as características e a propriedade de armas de fogo, mediante cadastro;

II – cadastrar as armas de fogo produzidas, importadas e vendidas no País;

III – cadastrar as autorizações de porte de arma de fogo e as renovações expedidas pela Polícia Federal;

IV – cadastrar as transferências de propriedade, extravio, furto, roubo e outras ocorrências suscetíveis de alterar os dados cadastrais, inclusive as decorrentes de fechamento de empresas de segurança privada e de transporte de valores;

V – identificar as modificações que alterem as características ou o funcionamento de arma de fogo;

VI – integrar no cadastro os acervos policiais já existentes;

VII – cadastrar as apreensões de armas de fogo, inclusive as vinculadas a procedimentos policiais e judiciais;

VIII – cadastrar os armeiros em atividade no País, bem como conceder licença para exercer a atividade;

IX – cadastrar mediante registro os produtores, atacadistas, varejistas, exportadores e importadores autorizados de armas de fogo, acessórios e munições;

X – cadastrar a identificação do cano da arma, as características das impressões de raiamento e de microestriamento de projétil disparado, conforme marcação e testes obrigatoriamente realizados pelo fabricante;

XI – informar às Secretarias de Segurança Pública dos Estados e do Distrito Federal os registros e autorizações de porte de armas de fogo nos respectivos territórios, bem como manter o cadastro atualizado para consulta.

Parágrafo único. As disposições deste artigo não alcançam as armas de fogo das Forças Armadas e Auxiliares, bem como as demais que constem dos seus registros próprios.

Quando esta lei fora criada a população passou a seguir uma legislação totalmente rígida sobre a compra, registro e porte de armas de fogo. Para melhor entendimento sobre o assunto fica expresso no artigo 35 da lei, no qual é motivador de muita repercussão.

Art. 35. É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei.

§ 1º Este dispositivo, para entrar em vigor, dependerá de aprovação mediante referendo popular, a ser realizado em outubro de 2005.

§ 2º Em caso de aprovação do referendo popular, o disposto neste artigo entrará em vigor na data de publicação de seu resultado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Pode-se dizer que o Estatuto do Desarmamento se resume em seu artigo 35, citado acima. Sendo, o objetivo deste a proibição das armas de fogo e junto a munição em todo território nacional.

2.1 Do Registro da Arma de Fogo

O referido artigo 3º da lei nº 10.826/2003 “é obrigatório o registro de arma de fogo no órgão competente. Parágrafo único: As armas de fogo de uso restrito serão registradas no Comando do Exército, na forma do regulamento desta Lei”. Sendo assim, o registro fica o órgão da Polícia Federal competente para quando se tratar de uso permitido e do Exército quando se tratar de uso restrito.

Para conseguir a regularização da Polícia Federal o interessado deverá declarar a necessidade e atender os requisitos estabelecidos pela Lei. São eles os requisitos de acordo com o site da Polícia Federal Ministério da Segurança Pública:

Para obter o porte de arma de fogo o cidadão deve dirigir-se a uma unidade da Polícia Federal munido de requerimento preenchido, além de apresentar os seguintes documentos e condições:

- (a) ter idade mínima de 25 anos;
- (b) cópias autenticadas ou original e cópia do RG, CPF e comprovante de residência (água, luz, telefone). Caso o imóvel esteja em nome do cônjuge ou companheiro (a), apresentar Certidão de Casamento ou de Comunhão Estável. Se o interessado não for o titular do comprovante de residência, nem seu cônjuge ou

companheiro(a), deverá apresentar DECLARAÇÃO com firma reconhecida do titular da conta ou do proprietário do imóvel, sendo que a assinatura presencial do titular do comprovante de residência dispensará o reconhecimento de firma;

(c) declaração escrita da efetiva necessidade, expondo fatos e circunstâncias que justifiquem o pedido, principalmente no tocante ao exercício de atividade profissional de risco ou de ameaça à sua integridade física;

(d) comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual (incluindo Juizados Especiais Criminais), Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos;

(e) apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita;

(f) comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, realizado em prazo não superior a 01 ano, que deverá ser atestado por instrutor de armamento e tiro e psicólogo credenciado pela Polícia Federal;

(g) cópia do certificado de registro de arma de fogo;

(h) 1 (uma) foto 3x4 recente.

No entanto, o registro da arma é obrigatório e tem validade por três anos e o proprietário só poderá portar ela em casa e na empresa onde trabalha desde que o mesmo seja dono dela.

3. ESTATUTO DO DESARMAMENTO

3.1 Análise da lei

Esta lei está em vigor a mais de décadas e é por tanto, alvo de muita repercussão na sociedade, doutrinadores e na mídia, ela é marcada e conhecida pela sociedade, tanto pelos apoiadores do direito de portar e possuir armas como

também por aqueles que tem um idealismo ante armas, por seu caráter restritivos de direitos, ferindo até mesmo a Constituição Federal.

Transcorreu uma importante mudança na Lei nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003 dado um referendo nacional em 2005. De acordo com Pedro Lenza (2010), "O referendo popular organizado Tribunal Superior Eleitoral ocorreu no dia 23 de outubro de 2005, com a seguinte questão: "o comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?". A apuração dos votos ocorreu no mesmo dia através de urnas eletrônicas, tendo então como resultado "O "não" vence com 63,94% dos votos válidos, enquanto o "sim" tem 36,06%". (folha de s.paulo, 2005). Mesmo após a votação e o "não" ter prevalecido, não entra em vigor e todos os artigos da lei de 2003 continua valendo.

3.2 Das penas previstas em lei

Assim como dispõe o artigo 12 da lei 10.826, Estatuto do Desarmamento, "possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa". Diante tal artigo e ainda em análise com artigo 23 do Código Penal descrito a baixo.

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - em estado de necessidade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - em legítima defesa; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

No caso, se um cidadão correr o risco de sofrer algum atentado contra a sua vida e o mesmo solicitar a aquisição de uma arma de fogo no comércio legal e este ainda é negado a sua solicitação, ele teria ainda assim o direito de possuir uma arma de fogo mesmo que em conflito com a lei, para assim garantir sua proteção, pois estaria amparado nos incisos I e II, agindo em estado de necessidade e legítima defesa, por um risco iminente.

O artigo 14 do Estatuto diz o seguinte:

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente.

A lei procurou trazer a possibilidade de porte ou posse de arma de fogo irregular. FACCIOLLI (2010, p.220) afirma que: Não temos a menor dúvida de que a intenção do legislador foi a de esgotar, ao máximo, o rol de ações passíveis de enquadramento penal, com o fito de intimidar criminosos e pessoas que usam de forma indiscriminada e sem controle armas, munições ou acessórios.

Já no artigo 15 da mesma lei, prevê o delito no caso de disparo de arma de fogo, citando em seu caput, “lugar habitado”, gerando assim várias controvérsias.

A lei aplicada na contemporaneidade tem interpretado como lugar habitado, todo

e qualquer lugar onde possa existir alguém residindo. Por tanto, observa-se:

Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável.

Conforme FACCIOLLI (2010, p.223), “Buscou o legislador coibir o disparo aleatório, gerador das chamadas “balas perdidas” que diariamente atingem

pessoas inocentes dentro de casa, no interior de veículos, em faculdades, colégios etc.”

NUCCI (2009, p.91) define lugar habitado como sendo

[...] o local que possui em redor, pessoas residindo. Cuida-se de analisar, no caso concreto, em que tipo de região ocorreu o disparo. Se ninguém por ali habita, é natural não haver sentido algum na punição, pois o disparo em local ermo não constitui perigo para a segurança pública.

No entanto, quem disparar arma de fogo em propriedade rural, campos, matas, sem colocar a vida de outrem em risco não incorre na pena prevista em lei de acordo com o entendimento de FACCIOLLI (2010, p.223):

O agente que realiza disparos em áreas rurais, campos, matas e demais locais desabitados não incorre no tipo descrito. O mesmo não ocorre com quem executa disparos apontando uma arma para cima, nas periferias da cidade, em ruas desabitadas ou vias públicas com pouco movimento.

Quanto ao disparo de arma de fogo, a lei nada dispõe acerca do disparo efetuado para repelir uma ameaça ou agressão. Portanto, se um indivíduo, mesmo possuindo uma arma devidamente registrada, com munição adquirida de forma legal, e durante a madrugada perceber que um indivíduo está tentando adentrar em sua residência, teoricamente este não poderá efetuar disparos, sob pena de incorrer no do artigo 15, da lei 10.826/03.

FACCIOLLI (2010, p.224):

Em tese e a princípio, pode o agente “atirar” em estado de necessidade ou em legítima defesa, contudo poderá ser responsabilizado a título de culpa e/ou administrativamente pelos danos causados a terceiros, nos termos do parágrafo único do art. 23 do Código Penal brasileiro.

Visto que, fica a critério do órgão competente para julgar o fato e onde foi ocorrido o disparo.

De acordo com FACCIOLLI (2010, p.222):

Por fim, verifica-se absolutamente desarrazoada a inafiançabilidade atribuída aos crimes definidos nos arts. 14 e 15 da Lei 10.826/03, porquanto não podem estes ser equiparados a terrorismo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes ou crimes hediondos (Constituição Federal, art. 5º, XLIII). Em realidade, constituem crimes de mera conduta que, embora reduzam o nível de segurança coletiva, não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade.

Contudo, verificou-se um caráter restritivo quanto ao acesso as armas de fogo e das munições.

3.3 A Ineficácia do Estatuto do Desarmamento na Redução da Criminalidade

De acordo com a Constituição Federal de 1988, tem disposto em seu artigo 5º, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, e a honra dos cidadãos brasileiros, garantido o direito à vida, à segurança, à liberdade e à propriedade, versa também sobre que a casa é asilo inviolável do morador, onde este tem o precedente da utilização de força moderada e eficaz para barrar possíveis atos ofensivos.

Conforme segue:

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

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

A Constituição prevê ainda no artigo 144, que a segurança é de dever do Estado e do direito de todos.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

No entanto, o Estado tem se mostrado falho no que tange a segurança do cidadão e o mesmo tem o direito de defesa garantido pela Carta Magna, sendo ele a Legítima Defesa e por isso se faz jus ao debate sobre as armas de fogo.

CONCLUSÃO

Diante de tanta violência e do medo crescente da criminalidade, surge o Estatuto do Desarmamento a ponto da tentativa de coibir o uso de armas de fogo em território nacional. No entanto, tem por objetivo maior a finalidade de diminuir o número de homicídios. No que tange Capez, 2012. p. 23. Homicídio é a morte de um homem provocada por outro homem. É a eliminação da vida de uma pessoa praticada por outra.

Em análise com o Estatuto do Desarmamento, percebe-se uma grande evolução em decorrer do porte de armas de fogo. Ao cidadão de bem cabe a possibilidade para a aquisição do desarmamento, desde que seja comprovada os requisitos especiais. No entanto, o problema não está no cidadão de bem e sim nos criminosos que porta ou até mesmo comercializa um armamento fora da lei.

Fernando Castelo Branco, em análise ao Estatuto do Desarmamento, conclui que a lei não atende à sua finalidade, qual seja a de "aliviar o estado crítico de insegurança pública", constituindo tão somente numa violação a um direito do cidadão. Ressalta o autor: "Ainda que não se trate de um meio plenamente eficaz de segurança, não deixa de ser um direito do cidadão, diante da inoperância estatal, a decisão de se sentir mais ou menos seguro, adquirindo e portando, ou

não, arma de fogo. Além de não ser eficaz no combate à criminalidade o desarmamento representa uma restrição ao exercício de direitos individuais.

Segundo a revista eletrônica O GLOBO (2017):

É ilusão achar que se combaterá a violência com mais armas. Ao contrário, o que se fará é alimentar a criminalidade. Em 2006, a CPI sobre tráfico revelou que 86% das armas usadas por bandidos têm origem legal, sendo que 68% foram vendidas por empresas brasileiras.

QUINTELA e BARBOSA (2015) dissertam que, um dos objetivos do estatuto foi cumprido, tendo em vista que ao dificultar o acesso da população às armas, aqueles que possuíam o interesse de adquiri-las desistem da ideia.

Diante do exposto, no que tange ao [Estatuto do Desarmamento](#), foi comprovado que se trata de uma legislação extremamente restritiva, no que se refere à compra, registro e porte de armas de fogo para os cidadãos brasileiros. Percebe-se um totalitarismo por parte do governo em relação as restrições para a aquisição de armas pela população.

REFERÊNCIAS

Armamento e Munição. Disponível em: < <http://oestenews-armamento.blogspot.com/2009/05/conceito-de-arma-de-fogo.html> > Acesso: 20 de dezembro de 2018

Instrumentos de guerra. Disponível em: < <https://instrumentosdeguerra.wordpress.com/2012/09/17/aprenda-a-diferenciar-os-tipos-de-armas-de-fogo/> > Acesso: 20 de dezembro de 2018.

Ferramentas e armas de pedras pré histórico. Disponível em: < https://www.ehow.com.br/ferramentas-armas-pedra-prehistoricos-info_97031/ > Acesso: 20 de dezembro de 2018.

Porte de arma de fogo. Disponível em: < <http://www.pf.gov.br/servicos-pf/armas/porte-de-arma> > Acesso: 22 de dezembro de 2018.

Lei do desarmamento não muda após o referendo. Disponível em: < <http://segurancaprivadadobrasil.blogspot.com/2013/12/lei-do-desarmamento-nao-muda-apos-o.html> > Acesso: 22 de dezembro de 2018.

Folha online. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u114494.shtml> > Acesso: 22 de dezembro de 2018.

Leis das contravenções penais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm > Acesso: 05 de janeiro de 2019.

Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm > Acesso: 05 de janeiro de 2019.

Lei de 16 de novembro de 1830. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM-16-12-1830.htm > Acesso: 05 de janeiro de 2019.

Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.826.htm > Acesso: 05 de janeiro de 2019.

Bolsonaro assina decreto que facilita posse de armas. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/01/15/bolsonaro-assina-decreto-que-facilita-posse-de-armas.ghtml> > Acesso: 22 de janeiro de 2019.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > Acesso: 18 Janeiro de 2019.

R-105 - DECRETO Nº 3.665, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2000. < <http://www.arcobrasil.com/t2147-r-105-decreto-n-3-665-de-20-de-novembro-de-2000> > Acesso: 22 de janeiro de 2019.

Teixeira, João Luís Vieira. **Armas de Fogo: são elas as culpadas?** São Paulo: LTr, 2001.

Teixeira, João Luís Vieira. **Armas De Fogo: elas não são as culpadas**. 2ª Ed. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, Volume 2: Parte Especial**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, Alex F. S. **Do direito do cidadão de possuir e portar armas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

MULTIPARENTALIDADE

ISADORA CONIDI: Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil.

THALITA TOFFOLI PÁEZ

(Orientadora)

RESUMO: O conceito de família sofreu inúmeras modificações com o passar dos tempos, assim, o presente artigo tem por finalidade demonstrar que nos dias atuais a Multiparentalidade decorre da família formada por laço afetivo. Com os novos tipos de família, o reconhecimento de filhos por seus pais afetivos torna-se possível, de modo que o vínculo afetivo é tão importante quanto o biológico. Respeitando o que estabelece a Constituição Federal de 1988, que consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento desta República, o estudo da igualdade das relações de parentesco é de fundamental importância.

Palavras-chave: Afetividade. Família. Parentesco.

ABSTRACT: The concept of family has undergone numerous modifications over time, and the present article aims to demonstrate that in the present day, Multiparentality can be derived from the family formed by an affective bond. With the new types of family, the recognition of children by their affective parents becomes possible, and the affective bond is as important as the biological. In compliance with the 1988 Federal Constitution, which enshrined the principle of the dignity of the human person as the foundation of this Republic, the study of the equality of kinship relations is of fundamental importance.

Keywords: Affection. Family. Relationship.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO, 2. DESENVOLVIMENTO, 2.1. O SURGIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE, 2.2. ESPÉCIES DE FILIAÇÕES, 2.2.1. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA, 2.2.2. FILIAÇÃO BIOLÓGICA OU NATURAL, 2.2.3. FILIAÇÃO CIVIL, 2.3. OS EFEITOS DA MULTIPARENTALIDADE, 2.4.. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SOBRE O TEMA, 2.5. CONSEQUÊNCIAS DA MULTIPARENTALIDADE, 2.6. SOLUÇÃO DA MULTIPARENTALIDADE, 3. CONCLUSÃO, 4. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Um dos maiores anseios do ser humano é a busca pela felicidade, pelo laço afetivo criado no cotidiano, relacionado com o carinho, amor e doação entre pais e filhos. Quando se trata de família, as transformações sociais começam a existir, na forma de agir, de se comunicar, de se expressar, e isso acontece devido um agrupamento cultural, que ao longo do tempo vem incorporando novos valores e formas, remodelando sua estrutura.

Com o rompimento familiar, surge a necessidade de uma nova família, com novas pessoas, com pais e filhos de outrem, onde começam a ser criados laços com pessoas das quais não eram do mesmo meio familiar, mas, que se tornam por questões afetivas.

Conforme mencionado, a legislação não pode ficar parada no tempo, precisando se posicionar e ter uma codificação civil hábil a fim de garantir o direito da nova modificação familiar, tendo em vista o fato de que o direito tem por principal escopo acompanhar a realidade fática daqueles que são tutelados por suas normas imperativas.

O principal aspecto a ser abordado, é o afeto na formação de novas famílias, bem como os efeitos e reflexos de se concretizar a paternidade por vínculos afetivos.

Não obstante, demonstrar que existe dever e obrigação entre pai e filho afetivo ou biológico, que decorre de maneira igual para ambas as partes, conforme as atuais decisões de jurisprudências e doutrinas, que externam a isonomia, não havendo de se falar em distinção entre os vínculos supra.

1. DESENVOLVIMENTO

2.1. O SURGIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE

Através do reconhecimento da igualdade, o começo da mudança em nosso país surgiu com a Constituição de 1988, através do Princípio de Família com relação ao princípio da igualdade entre cônjuges e direito sobre os filhos. Com isso o matrimônio deixou de ser a ideia central de definição legítima de paternidade no Brasil. Assim, com o Princípio da igualdade, a Constituição determinou o fim da diferença entre filhos, mesmo sendo de origem biológica diferente.

Com o grande avanço jurídico pela Constituição de 1988, foi dada a largada científica, onde o exame de DNA tornou-se possível para determinar a origem

biológica, e assim começar a surgir o grande avanço na medicina em relação à genética.

Podemos afirmar que a paternidade/maternidade venha ser definida por três aspectos que são: a presumida, a biológica e a afetiva. E ainda, entende-se que há possibilidade de ter no registro do filho mais de dois genitores, existindo a Multiparentalidade, que acompanha o Princípio da igualdade, onde todos são iguais perante a lei, valorando-se do afeto entre um para o outro.

2.2. ESPÉCIES DE FILIAÇÕES

O tema em específico Multiparentalidade tem a finalidade de reconhecer os diversos tipos de filiações, sendo ela socioafetiva, biológica ou natural e registral. Ainda é importantíssimo mencionar sobre os três tipos de direito de Família, que se trata das dimensões que dirigem o indivíduo simultaneamente.

Enfim, entende-se que não há impedimentos no ordenamento jurídico pela formação da família multiparental, pois é direito tanto do pai, como do filho escolherem sua origem, sendo assim, resolvido diversos conflitos entre pais biológicos e afetivos, visando respeitar os direitos de todos submergidos.

2.2.1. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A filiação socioafetiva é aquela que não sobressai pelo vínculo biológico, mas sim pelo vínculo afetivo, de carinho, amor e cuidado. O estado de passar a ser filho significa ser tratado, diante da sociedade e da família, sem qualquer distinção, sendo um ato de vontade, respeito e afeto, construído ao longo do tempo, independente da caracterização de filiação.

A filiação socioafetiva, vem da cláusula geral da tutela da personalidade humana, como se a filiação fosse um elemento fundamental para formação de sua identidade e personalidade. O Código Civil ampliou o conceito de parentesco civil, passando a ser parente todo aquele que integre à família, independente da relação de consanguinidade.

Houve uma brecha trazida pelo artigo 1.593, quando o mesmo faz referência ao aspecto de parentesco com outra origem, e ainda com o artigo 1.596, o qual retrata que não há diferenças entre filhos, trazendo a igualdade total no que diz o artigo 227 da Constituição Federal:

Art. 1593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem.

[...]

Art. 1596. Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação [...]

O princípio da afetividade está conexo com o princípio da igualdade entre os filhos assegurados.

Para Jorge Fujita (2010, p. 475) "filiação socioafetiva é aquela consistente na relação entre pai e filho, ou entre mãe e filho, ou entre pais e filho, em que inexistente liame de ordem sanguínea entre eles". O autor ainda compara o afeto a um "elemento aglutinador, tal como uma sólida argamassa a uni-los em suas relações, quer de ordem pessoal, quer de ordem patrimonial". Como demonstrado não dá para exercer a paternidade socioafetiva e biológica, sem que haja afeto, segurança, carinho e igualdade.

Na tentativa de estabelecer discernimentos para o reconhecimento da filiação socioafetiva, a doutrina atenta a três requisitos: se o filho é tratado de maneira à ser reconhecido como "filho", educado, criado e apresentado como tal pelo pai e pela mãe (tractatus), quando usa o nome da família e assim se apresenta (nominatio) e é conhecido perante a sociedade como pertencente à família de seus pais (reputatio).

Sempre tratara como o direito do interesse da criança, onde o reconhecimento da paternidade socioafetiva terá seus efeitos patrimoniais como pessoais, sendo chamado de parentesco socioafetiva, que conduz todos os fins de direito, sob a dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança ou adolescente.

2.2.2.FILIAÇÃO BIOLÓGICA OU NATURAL

A filiação biológica advém pelo vínculo consanguíneo, aquele que se comprova pela genética.

Sobre o tema, Beviláqua enfatiza:

O parentesco criado pela natureza é sempre a cognação ou consanguinidade, porque é a união produzida pelo mesmo sangue. O vínculo do parentesco estabelece-se por linhas. Linha é a série de pessoas provindas por filiação de um antepassado. É a irradiação das relações consanguíneas.

Sendo assim, duas consequências ocorreram: “nunca foi tão fácil descobrir a verdade biológica, mas essa verdade passou a ter pouca valia frente à verdade afetiva (DIAS, 2013, pag. 372).

Desta forma, entende-se que a filiação biológica/natural é uma das ocorrências no cotidiano e no desenvolvimento que continua sendo na atualidade o desenvolvimento tecnológico que mais ganhou auxílio para os exames de DNA.

2.2.3. *FILIAÇÃO CIVIL*

A filiação civil/registral é aquela que advém do registro de nascimento, construída da parentalidade registral e tendo como presunção a veracidade dos fatos.

O registro é uma das formas de reconhecimento de filiação, juntamente com a escritura pública, particular, o testamento e a declaração.

O parentesco civil também é resultante da adoção. Portanto verifica-se que além de nem toda filiação biológica se torna civil, nem toda civil é biológica.

2.3. OS EFEITOS DA MULTIPARENTALIDADE

Os efeitos trazidos pela Multiparentalidade, advém do reflexo de parentesco, uma vez, que até o quarto grau em linha reta colateral se tem efeitos patrimoniais e deveres, envolvendo tanto a família do pai biológico como do afetivo, utilizando-se das disposições expressas da lei que regulamenta o instituto familiar.

No entanto, com o parentesco entre a mesma linha reta colateral, o socio afetivo tem o mesmo efeito, havendo o registro no nome da família e o impedimento que dispõe no ordenamento jurídico, passando a ter a obrigação quanto ao alimento, sucessão, previdenciário e até eleitoral.

Diante do Princípio da igualdade, expressa no artigo 227, §6º da CF demonstra que todos os filhos possuem os mesmos direitos independentes de serem biológicos ou não.

Sendo reconhecida uma vez a Multiparentalidade, recairá os seus direitos sucessórios, devido não poder ocorrer desigualdade no momento da divisão de herança, o filho multiparental será herdeiro de cada pai e mãe que tiver registrado.

Sendo assim, o filho multiparental tem direito e também dever sobre os pais, independentemente de serem biológicos ou afetivos.

No artigo 1.835 do código civil ficou demonstrado que: “Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau”.

Silva (2017) Com efeito, um indivíduo que possua, por exemplo, dois pais, não podem ser privados de seus direitos de herdar bens de ambos, uma vez que, aos olhos do próprio ordenamento jurídico, a filiação é absolutamente legítima. Ademais, limitar o direito sucessório deste indivíduo seria ferir a própria lei, caracterizando uma espécie de discriminação absolutamente infundada. Contudo, devemos ressaltar que, ao indivíduo que possua múltiplos genitores ou genitoras, é ressalvado o direito de renúncia, ou seja, ele possui plenamente o direito de herdar de todos os pais e mães, porém também possui o direito de renunciar a essa herança.

Como exposto acima, o que conduz a negação de paternidade socioafetiva, não socorre o efeito financeiro dos herdeiros do falecido, sendo que se o pai registral não impugnou em vida não terá como desfazer o vínculo sucessório.

Salienta-se que a abnegação à herança é assunto distinto de uma eventual proibição legal, pois o ordenamento jurídico não veda que um único indivíduo herde bens de mais de dois pais, porém a este indivíduo é assegurado o direito de renunciar a essa sucessão.

Quanto aos alimentos é necessário se valer do propósito que é fornecer o essencial para a sobrevivência da pessoa, não podendo se enriquecer aquele que faz uso. O filho pode requerer alimentos de qualquer um dos pais ou de ambos, de modo que cada um dos pais contribua mediante as suas possibilidades e mediante suas proporcionalidades, apenas para que colaborem para o seu desenvolvimento.

Da mesma forma que um pai deve prestar alimentos a seus filhos pela Multiparentalidade, independentemente da quantidade, os filhos deverão fornecer alimentos aos pais caso haja necessidade.

Seguindo o mesmo pensamento Monteiro (2007) diz que, também têm direito a alimentos os pais perante os filhos. Seria realmente coisa escandalosa ver um o filho negar alimentos ao pai, dando, por assim dizer, a morte a quem lhe deu a vida.

No art. 1.696, está disposto que o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, além de recair nos demais ascendentes, segundo o grau de parentesco. O mesmo se aplica ao art. 1.697, regula que na falta dos ascendentes, ou seja, parentes biológicos, civil ou sócio afetivo, a obrigação de alimentar será transferida aos descendentes que guardam, obviamente, o mesmo tipo de parentesco que os ascendentes mencionados no art. 1.696.

No caso da morte do pai, o filho afetivo tem direito de receber de forma cumulativa no mínimo três pensões por morte, isso independente do regime previdenciário que os pais pertençam. Mesmo que a legislação tem um posicionamento omissivo no caso de cumulação de benefício em situação de morte.

O reconhecimento da Multiparentalidade, traz grande consequência, não só no campo jurídico como para a sociedade, que em geral reflete no direito público, quando esse alcança o direito eleitoral com a aplicação da inelegibilidade para os filhos socio afetivo.

2.4. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SOBRE O TEMA

O Supremo Tribunal Federal, recentemente aprovou uma importante tese sobre direito de família. Com base nas decisões no que diz respeito à Multiparentalidade:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios", vencidos, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro

Roberto Barroso, participando do encontro de juízes de Supremas Cortes, denominado Global Constitutionalism Seminar, na Universidade de Yale, nos Estados Unidos. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 22.09.2016.

Essa decisão afirma a permissão na existência jurídica de dois pais e duas mães no registro civil, pactuando o vínculo e avanço no ordenamento jurídico, permitindo com essa decisão o reconhecimento jurídico da afetividade, o vínculo socio afetivo e o biológico, sendo acolhido a possibilidade da família pluriparental.

Houve um debate em plenário que por maioria dos votos restou aprovado a tese jurídica da Multiparentalidade. O voto do Ministro Luiz Fux, foi no sentido de reconhecer a pluriparentalidade, onde afirma que: “Da mesma forma, nos tempos atuais, descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos. (...) Por isso, é de rigor o reconhecimento da dupla parentalidade”.

Entende o Ministro que o Princípio da paternidade impõe tanto o vínculo afetivo quanto ao ascendente biológico, sendo que não há impedimentos de ambas formas de paternidade, prevalecendo o interesse do filho.

A decisão leva em consideração não só pelo afeto em si, mas pelo um sentimento íntimo e pessoal em meio social, havendo a inexistência hierárquica pela paternidade. Esses avanços aos poucos estão tomando formas pelas doutrinas de jurisprudências que estão sendo aprimorados.

Diante da repercussão geral, está sendo avaliada novas decisões com um melhor entendimento, onde vem se aperfeiçoando para que não surja adversidades em reconhecer essas relações.

2.5. CONSEQUÊNCIAS DA MULTIPARENTALIDADE

Para Paulo Lobo, os problemas surgirão, diante as situações de partilha dos alimentos, nas questões de guarda compartilhada e sobre os poderes compartilhados de cada um. “No caso do conflito de decisões sobre a educação do filho, não solução à vista, salvo a aplicação do princípio do melhor interesse (IBDFAM, 2016).

Deste modo, com o reconhecimento da Multiparentalidade o filho socio afetivo será herdeiro necessário, onde terá duplo direito à herança, sendo uma situação vantajosa em relação ao irmão socio afetivo sobre o irmão biológico.

Por isso que as decisões nos tribunais são tão incertas, pois temem que possam surgir demandas mercenárias, em relação aos bens patrimoniais, onde logo competirá ao juiz solucionar problema vindo de relação socio afetivo que se transforma em um problema no poder judiciário, onde buscam a justiça pela dificuldade de entendimento na repartição de bens.

Ainda, existe grandes desafios, sendo que os operadores jurídicos terão um certo trabalho em resolver, tendo que sempre visar o melhor interesse do filho e a boa-fé ao analisar a melhor solução para cada caso em específico.

2.6. SOLUÇÃO DA MULTIPARENTALIDADE

O termo filiação sendo biológico ou socio afetivo decorre da parentalidade, a qual constitui-se independente de gênero, sendo o pai ou mãe sempre responsável por seus filhos.

A parentalidade pode ser tanto biológica como socio afetivo. O problema começa quando ocorre relação parental consanguínea, outra do registro civil e ainda outra decorrente da socio afetividade.

No judiciário são cada vez mais frequentes causas que envolvem diversas relações parentais relacionadas em apenas um indivíduo.

As doutrinas e jurisprudências atuais, quando analisam sobre a parentalidade biológica e socioafetiva, sempre optam por uma delas, não aceitando a possibilidade de ter mais de um critério a surgir de efeito pessoal quanto patrimonial.

Diante da existência de vínculo parental, o reconhecimento se configura na obrigação constitucional por parte do estado em preservar os direitos fundamentais de todas as partes, especialmente da dignidade da pessoa humana. Caso haja definição contrária ao reconhecimento da Multiparentalidade, ocorrerá insegurança jurídica e inúmeras incertezas dos possíveis direitos e deveres da relação de família.

Os efeitos positivos e práticos da Multiparentalidade são os mesmos exercidos pelo bi parentalidade, que já é conhecida pelo exercício de mais de um pai e mais de uma mãe. Portanto a eficácia do parentesco se torna o mesmo tanto pessoal como patrimonial.

Conforme estabelecido, a filiação no poder familiar engloba a convivência no cotidiana com seus genitores, cabendo a eles os deveres de educar, orientar, alimentar, amar e suprir todas as necessidades do filho que tiver sua guarda.

“O artigo 1.634 do código civil, retrata o que diz os encargos decorrentes da parentalidade [...]” o artigo demonstra que as funções podem ser exercidas por mais de um pai e mãe simultaneamente, tornando a convivência com os filhos e seus genitores de forma harmoniosa, mesmo em certos momentos que ocorrem os conflitos familiares.

Desta forma, para surtir efeito positivo a Multiparentalidade deve ser reconhecida pelo que está disposto no artigo 1.609 do Código Civil, ou através de decisões judiciais. Sendo importante saber que este reconhecimento, biológico socio afetivo ou registral é irrevogável, salvo se for comprovado algum vício, pois possui natureza declaratória, com efeito ex-tunc e eficácia erga omnes.

3. CONCLUSÃO

Entende-se que o reconhecimento apenas do vínculo biológico como formação de família vem, cada vez mais perdendo força e o afeto vem se tornando o centro da formação familiar, pois atualmente é vista de forma maior, admitindo várias relações de afeto.

Com o surgimento da família Multiparental, se admite direitos afetivos e biológicos de forma igual, perante a todos os direitos do ordenamento jurídico.

Com o reconhecimento da não hierarquização pela Multiparentalidade, comprova um grande avanço conquistado pelo Princípio da Dignidade Humana, a luz da Constituição Federal de 1988.

A Multiparentalidade é uma filiação que tem a necessidade de demonstrar o afeto e a vontade das partes, exige-se cautela um pouco maior, para que não surja eventuais situações problemáticas futuras.

E ainda, para que não haja o enriquecimento ilícito, que pode ser um dos maiores problemas a ser tratado nas relações de pluriparentalidade, por haver diversos direitos em relação as famílias na questão alimentícia, sucessões, previdenciárias, e diversos outros direitos que recaem a família multiparental.

Desta forma, seria injusto um posicionamento contrário, pois a relação tanto biológica como socioafetiva é responsável pelo cuidado, carinho, e educação, tendo como direito, ter uma família estruturada, feliz e com conforto necessário para sua segurança e desenvolvimento emocional.

Em suma, o direito à família é garantido expressamente na Declaração Universal de Direitos Humanos, a qual não discrimina o que é família, deixando à luz do ordenamento interno. Nesse sentido, por meio de interpretação sistemática do artigo 206, parágrafo 4 da Constituição Federal, é notório o fato de que família, bem como os vínculos dela decorrentes, sanguíneos ou não, nada mais é do que um direito fundamental, matriz da dignidade da pessoa humana.

4. REFERÊNCIAS

ABREU, K. A. S. **Multiparentalidade**: conceito e consequências jurídicas de seu reconhecimento. JusBrasil. 2015. Disponível em: < <https://karinasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/151288139/multiparentalidade-conceito-e-consequencias-juridicas-de-seu-reconhecimento> >. Acesso em: mar/2019.

BRASIL. **Art. 1634 do Código Civil – Lei 10406/02**. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10620733/artigo-1634-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002> >. Acesso em: fev/2019.

BRITZ, B. **Multiparentalidade**. JusBrasil. 2017. Disponível em: < <https://drabritz.jusbrasil.com.br/artigos/423836650/multiparentalidade> >. Acesso em: mar/2019.

DIAS, M. B.; OPPERMAN, M. C. **Multiparentalidade**: uma realidade que a Justiça começou a admitir. 2018. Disponível em: < [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13075\)multiparentalidade_berenice_e_marta.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13075)multiparentalidade_berenice_e_marta.pdf) >. Acesso em: fev/2019.

FARIA, W. **Filiação socioafetiva e o possível reconhecimento da Multiparentalidade no ordenamento jurídico**. Jus.com.br. 2014. Disponível em: <

<https://jus.com.br/artigos/50678/filiacao-socioafetiva-e-o-possivel-reconhecimento-da-multiparentalidade-no-ordenamento-juridico/3> >. Acesso em: abr/2019.

IBDFAM. **Multiparentalidade e suas consequências jurídicas**. 2017. Disponível em: <
<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6335/multiparentalidade+e+suas+consequ%3%aancias+jur%c3%addicas> >. Acesso em: fev/2019.

LOBO, P. **Parentalidade Socioafetiva e Multiparentalidade**. GenJurídico.com.br. 2018. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/05/09/parentalidade-socioafetividade-e-multiparentalidade/> >. Acesso em: abr/2019.

MONTEIRO, M. **Filiação biológica e socioafetiva**. Jus.com.br. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49625/filiacao-biologica-e-socioafetiva> >. Acesso em: abr/2019.

OLIVEIRA SOBRINHO, E. S. **Multiparentalidade e seus aspectos polêmicos**. JusBrasil. 2014. Disponível em: <
<https://eliasseraphin.jusbrasil.com.br/artigos/142918370/multiparentalidade-e-seus-aspectos-polemicos> >. Acesso em: abr/2019.

OLIVEIRA, S. S. **Multiparentalidade: as consequências jurídicas do seu reconhecimento**. ConteudoJurídico. 2017. Disponível em: <
<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,multiparentalidade-as-consequencias-juridicas-do-seu-reconhecimento,590164.html> >. Acesso em: mar/2019.

PEREIRA, H. K. **Multiparentalidade: possibilidades e consequências no ordenamento jurídico brasileiro**. Dissertação (Trabalho de Conclusão de Curso), Departamento de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2017. Disponível em: <
<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/169087> >. Acesso em: abr/2019.

PIRES, N. N. **Multiparentalidade: novas perspectivas para os arranjos familiares atuais**. Dissertação (Trabalho de Conclusão de Curso), Departamento de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2015. Disponível em: <
<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/158937/tcc%20-%20nadjara%20pires.pdf?sequence=1> >. Acesso em: mar/2019.

SCHREIBER, A. **STF, Repercussão Geral 622: Multiparentalidade e seus efeitos.** JusBrasil. 2016. Disponível em: < <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/388310176/stf-repercussao-geral-622-multiparentalidade-e-seus-efeitos> >. Acesso em: mar/2019.

A CONSTITUCIONALIDADE DO SACRIFÍCIO DE ANIMAIS EM CULTOS RELIGIOSOS

LAIZE MARIA SILVEIRA CARDOSO DE OLIVEIRA:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Pós-Graduada Lato Sensu em Direito do Estado pela Faculdade Guanambi.

Resumo: O presente trabalho abordará a constitucionalidade do sacrifício de animais para fins de cultos religiosos de matriz africana, trazendo o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Palavras – chave: Direito Constitucional. Liberdade de culto e crença. Sacrifício de animais. Supremo Tribunal Federal.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Tese do Supremo Tribunal Federal. 3. Conclusão. 4. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O Supremo Tribunal Federal, no corrente ano, resolveu manifestar-se acerca de tema complexo, cujo debate ocorre através da tramitação do RE 494.601-RS (de relatoria originária do Ministro Marco Aurélio e redator para o acórdão Ministro Luiz Edson Fachin), no qual se discute a constitucionalidade do parágrafo único do art. 2º da Lei estadual nº 11.915/2003, do Rio Grande do Sul. Aludido dispositivo legislativo traz em seu caput uma série de condutas que são consideradas maus-tratos de animais. No entanto, de forma diametralmente oposta, em seu parágrafo único, estabelece que não é vedada e, portanto, não é considerada maus-tratos a animais a conduta consistente em sacrificar animais em rituais de cultos de religiões de matriz africana.

Diante da existência desse dispositivo legal, o Ministério Público do Rio Grande do Sul, órgão incumbido da defesa e proteção dos direitos coletivos em sentido lato sensu, aí incluídos os direitos difusos, ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul alegando que esse parágrafo único seria inconstitucional tanto sob o ponto de vista formal como material.

Sob o ponto de vista formal, alegou o Ministério Público que a lei teria violado a competência exclusiva da União para legislar sobre direito penal, consoante prevê o art. 22, I, da CF/88, isso porque teria sido criada uma causa excludente de ilicitude para afastar a incidência de crime ambiental.

Ademais, sob o ponto de vista substancial, argumentou o Parquet que a lei, além de violar o princípio da igualdade e não discriminação, uma vez que somente permitiu o sacrifício de animais nos cultos de matriz africana, excluindo da regra os cultos de outras religiões, também violou o art. 225, §1º, VII, da CF/88, visto que a conduta de imolação (sacrifício) coloca os animais em situação de crueldade.

Diante da controvérsia imposta, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, o qual manifestou-se no sentido da constitucionalidade formal e material do aludido artigo, consoante será demonstrado ao longo do presente artigo.

2.A Tese do Supremo Tribunal Federal

Para embasar a constitucionalidade formal da lei, o STF entendeu inexistir ofensa ao princípio da repartição de competências constitucionais, uma vez que o parágrafo único do art. 2º da Lei questionada prevê hipótese de exclusão de responsabilidade administrativa na hipótese de sacrifício de animais em cultos religiosos, de modo que não trata de direito penal, tampouco de exclusão de ilicitude penal.

Ainda quanto a este ponto, concluiu o STF pela total inexistência de violação à competência da União para editar normas gerais de proteção ao meio ambiente, uma vez que não há norma federal tratando sobre o sacrifício de animais em cultos religiosos. Sendo assim, cabe ao Estado Federado, de maneira plena, estabelecer regras a respeito do assunto, conforme dispõe o art. 24, §3º da CF/88.

Quanto ao aspecto material, talvez o âmbito mais controverso, decidiu o STF, após longo debate acerca da exegese dos direitos fundamentais, pela constitucionalidade da norma, estando relacionada com o exercício da liberdade de culto e liturgia.

O ponto crucial do debate reside na possível existência de violação ao dever estatal de proteção do ambiente, especificamente da proteção dos animais e proibição de tratamentos cruéis (art. 225, §1º, VII, CF/88). Os adeptos dessa teoria citam o artigo 32 da Lei 9.605/98, que prescreve ser punível com detenção, de três meses a um ano, e multa, a conduta de praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos. Desse modo, tal dispositivo daria margem à interpretação de que o sacrifício de animais em rituais religiosos é crime, uma vez que essa prática não se dentre as causas de exclusão da ilicitude da conduta do agente previstas no mesmo artigo.

Ademais, não só a existência de dispositivo específico embasa a corrente daqueles que entendem ser inconcebível a prática de sacrifício de animais para cultos religiosos. Tal assunto perpassa, primeiramente, pela proteção constitucionalmente assegurada aos animais, não sendo possível conceber a existência de práticas cruéis que violem a organização do meio ambiente.

Perfilhando esse entendimento, o professor Daniel Braga Lourenço entende que “o livre exercício dos cultos religiosos esbarra nos limites da ordem pública e dos bons costumes, bem como nos limites traçados pelo ordenamento jurídico, sendo absurdo permitir que o exercício da liberdade religiosa contravenha às leis”. Assim, de acordo com parcela doutrinária, embora seja necessária a defesa das liberdades religiosas e culturais, não podem os atos praticados sob essa justificativa violar normas de ordem pública, tampouco trazer completo desassossego ao meio ambiente animal.

Contudo, de modo contrário, entendeu o STF não existir violação à Constituição Federal, uma vez que se deve evitar que a tutela de um valor constitucional relevante (meio ambiente) aniquile o exercício de um direito fundamental (liberdade de culto).

Em primeiro lugar, a Suprema Corte, fazendo um paralelo aos hábitos corriqueiros e naturais da população, entendeu que seria desproporcional impedir todo e qualquer sacrifício religioso quando diariamente a população consome carnes de várias espécies. Ademais, após consulta aos meios utilizados, verificou-se que os animais sacrificados nestes cultos são abatidos de forma rápida, mediante degola, não consistindo em práticas cruéis com animais.

De mais a mais, existe, ainda, dentro do sistema de ponderação de princípios, a necessidade de observar o direito fundamental à liberdade religiosa e de culto, de modo que, havendo colisão de princípios e direitos fundamentais, deve aquele prevalecer, desde que respeitados determinados limites e condições, dentre as quais, o não sacrifício com a utilização de meios cruéis.

Pode-se suscitar a dúvida acerca do reconhecimento pelo STF da inconstitucionalidade das práticas e manifestações culturais consistentes na farra do boi, na rinha de galo e na vaquejada. Se não seria o caso de decisões distintas a casos com o mesmo fundamento jurídico. Contudo, deve-se dar particular atenção ao julgamento aqui comentado, uma vez que no presente caso estava em causa a proteção/garantia da liberdade religiosa plenamente assegurada na Constituição Federal, no seu art. 5º, VI.

Ademais, a decisão ora comentada ainda tratou de tema inédito, qual seja, a (in)existência de violação ao princípio da igualdade, tendo em vista que a decisão apenas se referiu à prática de imolação nas culturas de matriz africana. Quanto a este tema, entendeu o STF que a cultura afro-brasileira merece maior atenção do Estado em razão do preconceito estrutural que a acomete. Assim, ao conferir proteção aos cultos de religiões historicamente estigmatizadas, o legislador não ofende o princípio da igualdade. Ao contrário, impõe igualdade material diante do preconceito histórico sofrido.

Por fim, preconizou o STF que também não houve violação ao princípio da laicidade, tendo em vista que a proteção legal às religiões de matriz africana não constituiu um privilégio, mas sim um mecanismo de assegurar a liberdade religiosa, garantindo, assim, a proteção da laicidade do Estado. Desse modo, o que houve foi uma situação oposta à violação do princípio da laicidade, vez que o Estado, através da normal legal ora impugnada, buscou evitar o menosprezo a religiões minoritárias.

3. Conclusão

Sendo assim, consoante demonstrado, trata-se de assunto controverso ainda que decidido pela Suprema Corte, ainda mais se observar as recorrentes discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do embate entre a liberdade religiosa e o dever de proteção dos animais.

Por isso, propõe-se, aqui, uma reflexão sobre problema tão complexo e que atrai inúmeras posições divergentes.

4. Referências Bibliográficas

WOLFGANG SARLET. Ingo. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 12 ed. rev. ampl. e atual. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 494.601-RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2019. Disponível

em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CU LTO+RELIGIOSO%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/yc24nt6f>.

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISREGARD DOCTRINE COM O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

LANNA GABRIELA BRUNING SIMONI: Pós-Graduada em Direito Público - Anhanguera Uniderp. Pós-Graduada em Direito Processual Penal - Escola do Ministério Público de Santa Catarina. Pós-Graduada em Direito Processual Civil - Damásio Educacional

RESUMO: A desconsideração da personalidade jurídica da empresa, também denominada de *Disregard Doctrine*, tem sido utilizada como eficiente mecanismo de contenção de fraudes e responsabilização dos sócios e administradores pelas dívidas sociais. O presente trabalho, utilizando-se do método de abordagem dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica e documental, objetiva discutir acerca dessa nova modalidade de intervenção de terceiros advinda com o novo Código de Processo Civil, qual seja o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Diante da insegurança jurídica causada pela ausência de disposição acerca de sua regulamentação processual e procedimental, o novo Código de Processo Civil pôs uma pá de cal acerca da problemática que envolvia a matéria, de modo a orientar a correta utilização do instituto, nos ditames do devido processo legal.

Palavras chave: novo código de processo civil; intervenção de terceiros; incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

SUMMARY: Disregarding the legal personality of the company, also known as Disregard Doctrine, has been used as an efficient mechanism to contain fraud and to hold members and administrators accountable for social debts. The present work, using the method of deductive approach and technique of bibliographical and documentary research, aims to discuss this new modality of third-party intervention coming with the new Code of Civil Procedure, which is the incident of disregard of legal personality. In view of the legal uncertainty caused by the absence of a provision on its procedural and procedural regulations, the new Code of Civil Procedure set the stage for the problem involving the matter, in order to guide the correct use of the institute, in the dictates of due legal process.

Key words: new code of civil procedure; intervention of third parties; incident of disregard of legal personality;

SUMÁRIO:INTRODUÇÃO. PROCEDIMENTO PARA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. Legitimidade para propositura do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. 2. Cabimento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. 3. Da Manifestação da defesa no incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. 4. Da decisão de desconconsideração da personalidade jurídica. 5. Da ineficácia dos atos havidos em fraude à execução. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A justiça brasileira, nos últimos anos, tem se deparado com inúmeras práticas fraudulentas e abusivas praticadas nas empresas, motivo pelo qual o instituto da desconconsideração da personalidade jurídica passou a ser explorado com o intuito de que os bens dos sócios pudessem servir de adimplemento para pagamento das dívidas empresariais.

Nada obstante já houvessem hipóteses no direito material de aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica, inexistia, no aspecto processual, qualquer diploma normativo que regulasse referido instituto. Existia, assim, um verdadeiro vácuo legislativo.

Ocorre que, diante da ausência de rito procedimental adequado, a desconconsideração da personalidade jurídica sempre foi alvo de embate doutrinário, uma vez que os tribunais aplicavam os diplomas materiais de maneira diversa, sem que houvesse uma jurisprudência pacífica acerca do tema.

Recentemente, com o advento do Novo Código de Processo Civil, contendo positivação expressa e específica sobre o tema, o procedimento para a desconconsideração da personalidade jurídica passou a ser regulado como espécie de intervenção de terceiros nos arts. 133 ao 137, conferindo segurança jurídica à aplicação do instituto, de modo a garantir a previsibilidade de sua aplicação.

De modo sintetizado, pode-se dizer que a escolha pelo tema surgiu em razão da necessidade de construção de um cenário seguro para que os operadores do direito pudessem aplicar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, ainda pouco tratado no sistema jurídico brasileiro após o advento do Novo Código de Processo Civil.

Assim, nesse panorama, servindo-se de método de abordagem dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica, documental e objetiva, pode-se afirmar que o objetivo do presente trabalho é justamente demonstrar que o Código de Processo Civil de 2015 encerra a celeuma dantes existente a respeito da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que dispõe acerca da legitimidade, cabimento, possibilidade de defesa, natureza jurídica de sua decisão e dos efeitos dela decorrentes.

O presente estudo apresentará fundamentação legal, doutrinária e jurisprudencial afeta ao tema, invocando conceitos jurídicos elementares e estabelecendo uma base teórica para sedimentar uma perspectiva mais clara a respeito do incidente de desconsideração da personalidade jurídica trazido expressamente pelo Novo Código de Processo Civil.

PROCEDIMENTO PARA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Sob a perspectiva processual, imperioso observar que inexistiam normas reguladoras para aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no antigo diploma processual, nada obstante haver sua previsão pelo direito material.

A fim de pôr termo a essa insegurança jurídica, o Código de Processo Civil de 2015 tratou de disciplinar o procedimento da *disregard doctrine* na seção que compreende do art. 133 ao art. 137, representando-o como uma nova modalidade de intervenção de terceiros, que provoca uma mudança no polo passivo da demanda, com a sua ampliação ou substituição.

O Código de Processo Civil inclui, entre as modalidades de intervenção de terceiro, o incidente de desconsideração

da personalidade jurídica. Trata-se, na verdade, de um incidente processual que provoca uma intervenção forçada de terceiro (já que alguém estranho ao processo – o sócio ou a sociedade, conforme o caso - será citado e passará a ser parte no processo, ao menos até que seja resolvido o incidente). Caso se decida por não ser caso de desconsideração, aquele que foi citado e por força do incidente será excluído do processo, encerrando-se assim sua participação. De outro lado, caso se decida pela desconsideração, o sujeito que ingressou no processo passará a ocupar a posição de demandado, em litisconsórcio com o demandado original. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, então, pode acarretar uma ampliação subjetiva da demanda, formando-se, por força de resultado nele produzido, um litisconsórcio passivo facultativo (CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo Processo Civil Brasileiro, p. 110)

No mesmo sentido aduzem GAJARDONI, DELLORE, ROQUE e OLIVEIRA (2015, p. 1320) para quem o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é uma “nova modalidade forçada de intervenção de terceiros, que amplia subjetivamente a relação processual originária, sem alterar-lhe, contudo, o objeto litigioso. Forma-se, assim, litisconsórcio ulterior, passivo, facultativo e simples”.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica é, assim, uma exceção à regra da estabilização da demanda, prevista no art. 329, CPC, já que referido instituto admite uma “ampliação subjetiva da demanda independentemente de consentimento do réu e mesmo após o saneamento do processo” (GAJARDONI, DELLORE, ROQUE e OLIVEIRA (2015, p. 1326-1327).

1. Legitimidade para propositura do incidente de desconsideração da personalidade jurídica

Tecidas referidas considerações, impende destacar, de início, que o incidente poderá ser instaurado a requerimento da parte ou do Ministério público,

enquanto autor da ação ou fiscal da ordem jurídica, com fulcro no art. 133, caput, do CPC de 2015.

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Na opinião de consagrada doutrina, Fredie Didier aduz ser ideal o requerimento do autor para desconsideração da personalidade jurídica já na petição inicial, a fim de formar um litisconsórcio eventual, o qual “permite atacar o patrimônio pessoal dos sócios, apenas e tão-somente, se for impossível liquidar o débito por intermédio do capital social da pessoa jurídica”. (DIDIER, 2012, p. 11-12)

Coelho (2012, p. 142) adverte, no entanto, que se “a fraude na manipulação da personalidade jurídica é anterior à propositura da ação pelo lesionado, a demanda deve ser ajuizada contra o agente que a perpetrrou, sendo a sociedade a ser desconsiderada parte ilegítima”. Assim, segundo o jurista, somente nos casos em que a parte teme eventual frustração do direito que pleiteia contra uma empresa, deverá o autor requerer, desde a propositura da ação, a inclusão da pessoa jurídica no polo passivo da ação em litisconsórcio com seu fraudador.

De outra baila, resta evidente da leitura do mencionado dispositivo a impossibilidade do togado, de ofício, determinar o afastamento episódico da personalidade jurídica da empresa, somente podendo assim agir por provocação das partes. Para Donizetti (2017, p. 393), o art. 133 do NCPC está de acordo com o art. 50 do Código Civil, que impede a atuação *ex officio* magistrado na desconsideração da personalidade jurídica.

O pedido de desconsideração da pessoa jurídica deve ser necessariamente formulado pela parte ou pelo Ministério Público, este quando estiver no processo atuando como

custos legis (fiscal da lei). Não é possível atuação do juiz sem provocação da parte. O art. 133, § 1º, deixa claro que os pressupostos de aplicação desta teoria que leva à alteração da responsabilidade patrimonial estão previstos na lei material, já que o conflito entre as partes pode ter fundamento no direito civil, no direito do consumidor etc. [...] Os pressupostos para a incidência deste mecanismo são diferentes em diversos ramos do direito material, mas a disciplina processual é uma só: em caso algum pode haver a instauração de ofício deste incidente. (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2016. p. 252)

Nada obstante, cumpre ressaltar que a vedação à atuação de ofício do juiz deve ser mitigada em relação ao art. 82, §2º, da Lei de Recuperação Judicial, a qual alberga a seguinte possibilidade:

Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil. [...]

§ 2o O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.

Questão bastante debatida na doutrina, segundo Pinho e Fonseca (2016, p. 1143) é a possibilidade da pessoa jurídica invocar a desconsideração da personalidade jurídica como forma de defesa. Preconizam os autores que conquanto na desconsideração mínima – em que ocorre a responsabilidade apenas subsidiária do sócio – e na desconsideração média – em que o sócio e a empresa figuram como devedores solidários – não haja interesse na

desconsideração, “na desconsideração máxima, por sua vez, visto que tem o condão de imputar exclusivamente ao sócio o débito contraído através da personalidade jurídica, vislumbra-se potencial interesse da sociedade na invocação da teoria”.

2. Cabimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica

É cediço que, qualquer que seja sua modalidade, pode ser que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica somente surja em momento posterior à celebração da obrigação. Não se confundindo com uma cobrança de dívida, o direito de requerer a extensão da responsabilidade é um direito potestativo, conforme anota Tomazette:

Como direito potestativo o que haveria seria um prazo decadencial, o qual pore?mna?o foi fixado pela nossa legislac?a?o, nem de forma especi?fica, nem de forma geral. Assim sendo, deve prevalecer a ideia de que na?o ha? prazo para o requerimento da desconsiderac?a?o da personalidade, na?o podendo ser usados nem analogicamente os prazos dos artigos 1.003, 1.032 e 1.057 que dizem respeito a obrigac?o?es para com a sociedade. (TOMAZETTE, 2017, p. 354)

Nessa perspectiva, assenta-se importante julgado do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL E COMERCIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DIREITO POTESTATIVO QUE NÃO SE EXTINGUE PELO NÃO-USO. PRAZO PRESCRICIONAL REFERENTE À RETIRADA DE SÓCIO DA SOCIEDADE. NÃO APLICAÇÃO. INSTITUTOS DIVERSOS. REQUISITOS PARA A DESCONSIDERAÇÃO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. A desconsideração da personalidade jurídica é técnica consistente na ineficácia relativa da própria pessoa jurídica - rectius, ineficácia do contrato ou estatuto social da empresa -, frente a credores cujos direitos não são satisfeitos, mercê da autonomia patrimonial criada pelos atos constitutivos da sociedade.

2. Ao se pleitear a superação da pessoa jurídica, depois de verificado o preenchimento dos requisitos autorizadores da medida, é exercido verdadeiro direito potestativo de ingerência na esfera jurídica de terceiros - da sociedade e dos sócios -, os quais, inicialmente, pactuaram pela separação patrimonial.

3. Correspondendo a direito potestativo, sujeito a prazo decadencial, para cujo exercício a lei não previu prazo especial, prevalece a regra geral da inesgotabilidade ou da perpetuidade, segundo a qual os direitos não se extinguem pelo não-uso. Assim, à míngua de previsão legal, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, quando preenchidos os requisitos da medida, poderá ser realizado a qualquer tempo.

4. Descabe, por ampliação ou analogia, sem qualquer previsão legal, trazer para a desconsideração da personalidade jurídica os prazos prescricionais previstos para os casos de retirada de sócio da sociedade (arts. 1003, 1.032 e 1.057 do Código Civil), uma vez que institutos diversos.

5. "Do encerramento irregular da empresa presume-se o abuso da personalidade jurídica, seja pelo desvio de finalidade, seja pela confusão patrimonial, apto a embasar o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, para se buscar o patrimônio individual de seu sócio" (REsp 1259066/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 28/06/2012).

6. Reconhecendo o acórdão recorrido que a ex-sócia, ora recorrente, praticou atos que culminaram no encerramento irregular da empresa, com desvio de finalidade e no esvaziamento patrimonial, a revisão deste entendimento demandaria o reexame do contexto fático-

probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial ante o óbice da Súmula 7/STJ.

7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido. (REsp 1312591/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 01/07/2013)

Tratando-se, como dito, de um requerimento sem prazo decadencial, ao contemplar o momento para requerimento da desconsideração da personalidade jurídica, o CPC/15 torna-o cabível em qualquer fase do processo (art. 134, caput, CPC), podendo ser requerido, portanto, na petição inicial ou no curso do processo.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Com efeito, ao instrumentalizar o requerimento da desconsideração da personalidade jurídica, o NCPC encerrou com as divergências levantadas pela doutrina em relação a natureza do instituto, pois assentou sua característica de incidente processual. Havia corrente doutrinária encabeçada por Humberto Theodoro Júnior, Fábio Ulhoa Coelho, Ada Pellegrini Grinover e Fredier Didier Junior que entendia ser fundamental a instauração de um processo autônomo, que contemplasse o processo de cognição exauriente, enquanto que, de outro

norte, havia um outro posicionamento, adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, de que ela poderia ser feita de modo incidental.

É compreensível que o entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça esteja fundado nos princípios da celeridade e da economia processual, até porque exigir um processo de conhecimento para se chegar à desconsideração da personalidade jurídica atrasaria de forma significativa a satisfação do direito, além de ser claramente um caminho mais complexo que um mero incidente processual na própria execução ou falência. E tais motivos certamente influenciaram o legislador a consagrar a natureza de incidente processual ao pedido de desconsideração da personalidade jurídica (NEVES, 2016, p. 565).

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 208), ao comentar o art. 134 do PCP, preconizam que “o incidente de desconsideração é cabível em qualquer tipo de processo e em qualquer momento do processo. Na instância recursal, a atribuição originária é do relator, embora de sua decisão caiba recurso de agravo interno para o colegiado”.

Registra-se, nessa senda, a teor do art. 1.062, do CPC, que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica aplica-se também ao processo de competência dos juizados especiais. TARTUCE (2015, p. 221), tratando a respeito do tema, dispõe que “como o incidente não traz grandes complexidades, não haveria qualquer óbice para a sua incidência nesses processos, constituindo-se em um importante mecanismo que afasta a má-fé e pune os maus sócios e administradores”.

Ainda que previsto no art. 134, caput, do CPC o cabimento do incidente em qualquer momento processual, há que se ressaltar, todavia, certa discordância a respeito da possibilidade de aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no bojo do recurso extraordinário e especial, vez que alguns doutrinadores defendem que apenas a Constituição Federal disciplinar a competência dos tribunais superiores e que tais espécies recursais estariam limitadas pelo seu efeito devolutivo.

Já? na fase de recurso especial ou extraordinário, não e? possível a suscitação do incidente, ja? que e? a Constituição Federal que disciplina a compete?ncia dos Tribunais Superiores e, ademais, por causa dos estreitos limites do efeito devolutivo destes recursos, que esta?o adstritos a?questa?o federal ou a? questa?o constitucional, revestida estau?ltima de repercussa?o geral, seria despropositado admitir-se um incidente cujos limites pudessem extrapolar o da questa?o discutida nestes recursos e na?o se compatibilizar com o tipo de atividade exercida pelo STJ e pelo STF ao julgar recursos excepcionais (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2016, p. 109).

De mais a mais, esmiuçando o art. 134, CPC, lecionam Marinoni, Arenhart e Mitidieto (2015 p. 209) que, no caso da desconsideração ser requerida na inicial, é na própria contestação que deverá ser feito o contraditório, sendo desnecessária a instauração de um incidente autônomo. Os autores preconizam que nessa hipótese deverão ser citados todos os sócios ou a pessoa jurídica que poderá ser atingida com a desconsideração, não devendo haver a suspensão do processo.

Suplementarmente, Daniel Amorim Assunção Neves (2016, p. 564) esclarece que o art. 795, § 4.º, do Novo CPC obriga a observância do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, dispensando-o apenas nos casos elencados pelo art. 134, § 2.º, do Novo CPC, ou seja, quando requerida já na petição inicial.

Nada obstante, ainda há um certo celeuma a respeito do momento em que se considera instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica:

Há controvérsia doutrinária a respeito do momento em que ocorre a instauração do incidente ora analisado: para parcela da doutrina o mero pedido da parte já é o suficiente, enquanto para outra somente quando o juízo admite o pedido, considerando preenchidos os requisitos exigidos pela lei, estará instaurado o incidente. Em termos de segurança jurídica, em especial para fins de configuração de

fraude à execução, é mais adequado entender-se que o mero pedido da parte já seja o suficiente para a instauração do incidente, até mesmo porque, infelizmente, a decisão judicial pode demorar a ser proferida, o que deixará tempo para manobras fraudulentas do sujeito que poderá ser atingido pela desconsideração. (NEVES, 2016, p. 568)

A seguir, os doutrinadores Marinoni, Arenhart e Mitidieto (2015 p. 209) passam a explicar que se a desconsideração for requerida em um outro momento, o incidente deverá suspender o andamento da marcha processual até a sua decisão. Para tanto, o requerente da desconsideração deverá demonstrar os requisitos materiais em petição própria, com a oitiva da parte contrária e citação do sócio e sociedade possivelmente atingidos com a desconsideração da personalidade jurídica.

Sobre a suspensão do processo prevista no art. 134, §3º, Gaio Júnior (2016, p. 1117) esclarece ser “efeito necessário para evitar-se o tumulto nas relações jurídicas que se desenvolvem durante a cognição do incidente”. Segundo Neves (2016, p. 568) “trata-se de suspensão imprópria, já que o processo deve ser suspenso apenas naquilo que dependa da solução da controvérsia criada com a instauração do incidente”. Alertam, todavia, Gajardoni, Delloro, Roque e Oliveira (2015, p. 1332), que a mudança legislativa que passou a prever automática suspensão imprópria do processo pode não ser benéfica ao processo:

“A opção legislativa, entretanto, mostra-se criticável. Se estiver em curso a fase instrutória em um processo de conhecimento – por exemplo, uma perícia –, pode não fazer sentido paralisar o procedimento ” “principal, aguardando a definição da questão da desconsideração. Não haveria prejuízo para o sócio ou a pessoa jurídica que venham a ser atingidos pelo deferimento da desconsideração porque eles serão citados no início do incidente (artigo 135) e poderiam, sem qualquer dificuldade, participar também da produção da prova que estivesse em curso no procedimento principal. ” [...] “Seria melhor, assim, que se tivesse previsto a não suspensividade automática do incidente, sem prejuízo de eventual atribuição de efeito suspensivo opejudicis, desde

que presentes os requisitos da tutela provisória de urgência (artigo 300)” (GAJARDONI, DELLORE, ROQUE e OLIVEIRA, 2015, p. 1332).

Por sua vez, presente no §4º do art. 134, CPC, a necessidade de demonstração do preenchimento dos pressupostos legais à desconsideração, apresentando o requerente os elementos que demonstrem a verossimilhança das alegações sob pena de indeferimento liminar do pedido. Assim entende Alexandre Freitas Câmara:

No ato de requerimento de desconsideração da personalidade jurídica, incumbirá ao requerente apresentar elementos mínimos de prova de que estejam presentes os requisitos para a desconsideração (os quais, como visto, serão os estabelecidos na lei substancial). É preciso, portanto, que sejam fornecidos elementos de prova que permitam ao juiz a formação de um juízo de probabilidade acerca da presença de tais requisitos.

Incumbirá ao juiz, pois, exercer cognoscitiva, a fim de afirmar se e/ou não prova a existência dos requisitos da desconsideração. Não estando presentes tais elementos, e não se podendo sequer afirmar que e/ou prova o preenchimento dos requisitos da desconsideração, deverá o juiz indeferir liminarmente o incidente, não chegando o mesmo a instaurar-se (CÂMARA, 2017, p. 115).

Estabelecidas essas considerações, colaciona-se recente acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina que trata a respeito da matéria:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINARMENTE O PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. IRRESIGNAÇÃO DO EXEQUENTE. RECURSO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PUBLICADA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NA NOVEL LEGISLAÇÃO. TESE DE QUE, FORMULADO O PEDIDO NA INICIAL, É

DISPENSADA A INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE, COM IMEDIATA CITAÇÃO DOS SÓCIOS. PREVISÃO INSERTA NO ART. 134, § 2º, DO CPC/2015 QUE NÃO SUPRIME A NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO, SOB PENA DE INDEFERIMENTO LIMINAR DO PEDIDO. EXEGESE DO ART. 134, § 4º, DO CPC/2015. "No ato de requerimento de desconsideração da personalidade jurídica, incumbirá ao requerente apresentar elementos mínimos de prova de que estão presentes os requisitos para a desconsideração (os quais, como visto no comentário ao art. 133, §1º, serão os estabelecidos na lei substancial). É preciso, então, que sejam fornecidos elementos de prova que permitam ao juiz a formação de um juízo de probabilidade acerca da presença de tais requisitos. [...] Incumbirá ao juiz, pois, exercer cognição sumária, a fim de afirmar se é ou não provável a existência dos requisitos da desconsideração. Não estando presentes tais elementos, e não se podendo sequer afirmar que é provável o preenchimento dos requisitos da desconsideração, deverá o juiz indeferir liminarmente o incidente, não chegando o mesmo a instaurar-se". (WAMBIER, Teresa Arruda Alvin, DIDER JR., Fredie, TALAMINI, Eduardo, DANTAS, Bruno. Coord. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. p. 459). DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS DE DIREITO MATERIAL: DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DE FATOS OU COMPROVAÇÃO DE ELEMENTOS MÍNIMOS ACERCA DO DESVIRTUAMENTO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. INSOLVÊNCIA E INDÍCIOS DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR QUE NÃO TRADUZEM, ISOLADAMENTE, FRAUDE OU MÁ-FÉ NA CONDUÇÃO DOS NEGÓCIOS. DECISÃO MANTIDA. "[...] No caso, em que se trata de relações jurídicas de natureza civil-empresarial, o legislador pátrio, no art. 50 do CC de 2002, adotou a teoria maior da

desconsideração, que exige a demonstração da ocorrência de elemento objetivo relativo a qualquer um dos requisitos previstos na norma, caracterizadores de abuso da personalidade jurídica, como excesso de mandato, demonstração do desvio de finalidade (ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica) ou a demonstração de confusão patrimonial (caracterizada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas). A mera demonstração de inexistência de patrimônio da pessoa jurídica ou de dissolução irregular da empresa sem a devida baixa na junta comercial, por si sós, não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica. Precedentes." (AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 347.476/DF, rel. Min. Raul Araújo, j. 5-5-2016). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4011472-28.2016.8.24.0000, de Videira, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. 27-06-2017).

3. Da Manifestação da defesa no incidente de desconsideração da personalidade jurídica

É claramente perceptível a preocupação do legislador de realizar uma filtragem constitucional no âmbito do Novo Código de Processo Civil, de modo a harmonizar os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal com o novo Códex Processualista.

Esse fato pode ser verificado já no início do CPC/15, em que o art. 7 preconiza que "é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório". Na sequência, elenca o art. 9 que "não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida".

Consagrando o princípio do contraditório, o art. 10, por sua vez, assevera que "o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em

fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Nessa senda, com a novidade processual elencada no art. 135, observa-se que o NCPC torna necessário o contraditório prévio dos sócios ou da pessoa jurídica, de modo que seus bens não sejam atingidos antes das partes se manifestarem sobre o caso, nos seguintes termos: “Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias”.

Nesse caso, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) fixou o Enunciado 248 que indica que “incumbe ao sócio ou à pessoa jurídica, na contestação, impugnar não somente a própria desconsideração, mas também os demais pontos da causa”.

Em relação ao contraditório no incidente da desconsideração leciona a doutrina que:

A decisão que desconsidera a personalidade jurídica não poderia, mesmo à luz do sistema infraconstitucional anterior, por causa da Constituição Federal, ser proferida sem ser antecedida de contraditório amplo, englobando produção de provas, como infelizmente, muito frequentemente se faz hoje em dia.⁹⁰ Isto porque, de rigor, se trata de decisão que equivale àquela que coloca alguém na posição de réu, já que sujeita seu patrimônio a responder por uma dívida, a ser objeto de atos de desapropriação. Em face disso, não há como se permitir que o juiz profira uma decisão com este alcance sem ouvir, antes, este terceiro. Aliás, andou bem também o legislador ao tratar o procedimento que pode levar à decisão de desconsideração da pessoa jurídica como uma forma de intervenção de terceiros. (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2016, p. 108)

No mesmo sentido é a lição de Alexandre Freitas Câmara:

Importante, ainda, é registrar que este incidente vem assegurar o pleno respeito ao contraditório e ao devido processo legal no que diz respeito à desconsideração da personalidade jurídica. É que sem a realização desse incidente o que se via era a apreensão de bens de sócios (ou da sociedade, no caso de desconsideração inversa) sem que fossem eles chamados a participar, em contraditório, do processo de formação da decisão que define sua responsabilidade patrimonial, o que contraria frontalmente o modelo constitucional de processo brasileiro, já que admite a produção de uma decisão que afeta diretamente os interesses de alguém sem que lhe seja assegurada a possibilidade de participar com influência na formação do aludido pronunciamento judicial (o que só seria admitido, em caráter absolutamente excepcional, nas hipóteses em que se profere decisão concessiva de tutela provisória, e mesmo assim somente nos casos nos quais não se pode aguardar pelo pronunciamento prévio do demandado). (CÂMARA, 2017, p. 110)

Nada obstante, ainda se depreende da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, à luz sistemática do Código de Processo Civil de 1973, o tema não era tranquilo, vez que, por vezes, dispensava-se a citação prévia dos sócios em desfavor de quem havia sido superada a pessoa jurídica, garantindo-se apenas o contraditório diferido e, por outras, decretava-se a nulidade de decisões em que não havia a observância do contraditório tradicional. Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do STJ:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO NÃO PROVIDO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRÉVIA CITAÇÃO DOS SÓCIOS. DESNECESSIDADE.

1. A questão relativa à prévia citação do sócio ou da pessoa jurídica atingida pela aplicação da disregard doctrine, anteriormente à vigência do novo Código de Processo Civil, encontra precedentes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que: "A superação da pessoa jurídica

afirma-se como um incidente processual, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade" (REsp 1.414.997/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 26/10/2015).

2. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 698.171/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 29/08/2017, DJe 21/09/2017)

E ainda:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO DE FALÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (CC/2002, ART. 50). SOCIEDADE EMPRESÁRIA IMPETRANTE PERTENCENTE AO MESMO GRUPO ECONÔMICO DA FALIDA. DESNECESSIDADE DE AÇÃO AUTÔNOMA. IMPRESCINDIBILIDADE DO CONTRADITÓRIO (CF, ART. 5º, LIV E LV). RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. É possível atingir, com a desconsideração da personalidade jurídica, empresa pertencente ao mesmo grupo econômico da sociedade empresária falida, quando a estrutura deste é meramente formal, sendo desnecessário o ajuizamento de ação autônoma para a verificação de fraude ou confusão patrimonial. Precedentes.

2. No caso, entretanto, houve violação formal ao dueprocessof law, em seu consectário princípio do contraditório (CF, art. 5º, LIV e LV), pois a sociedade empresária atingida pela desconsideração não teve oportunidade de se manifestar acerca da medida que lhe foi imposta.

3. Não se pode adotar medida definitiva que afete bem da vida em determinada instância judicial sem que se garanta o contraditório.

A validade das decisões judiciais requer a observância de um processo justo, em suas dimensões formal e material.

4. Necessário assegurar à impetrante o direito de ser ouvida no juízo da falência acerca da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em relação à sua pessoa, podendo deduzir as alegações que entender relevantes e requerer produção de provas, cabendo ao il. julgador deliberar como entender de direito.

5. Recurso ordinário parcialmente provido.

(RMS 29.697/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 01/08/2013)

Cumprir registrar, todavia, que o fato do novo Código de Processo Civil exigir o contraditório tradicional não exclui a possibilidade de, em determinadas situações, o contraditório ser diferido no incidente de desconsideração. Isso porque, havendo pedido de tutela de urgência e sendo preenchidos os requisitos legais, nada impede que a decisão seja prolatada antes da intimação dos sócios e da sociedade (NEVES, 2016, p. 569).

Em todos os casos, não se pode negar a possibilidade de requerimento de uma tutela provisória de urgência, para evitar o desaparecimento do patrimônio dos sujeitos, a quem se pretende atingir. Em razão de sua natureza provisória, a decisão deverá consistir em medidas de bloqueio de bens ou de arrolamento de bens, sem caráter satisfativo, tendo em vista o objetivo de apenas resguardar o resultado útil do processo principal. Apesar de algumas discussões possíveis, acreditamos tratar-se de medida de natureza cautelar que poderá ser antecedente ou incidente ao pedido de desconsideração, nos moldes da redação do novo CPC, garantindo-se sempre a ampla defesa e o contraditório. (TOMAZETTE, 2017, p. 351).

Nesse ponto, depreende-se da jurisprudência da Corte da Cidadania:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. OMISSÃO. TEMA SUSCITADO SOMENTE EM ACLARATÓRIOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PEDIDO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS EM FALÊNCIA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ. EXERCÍCIO. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE, EM VIRTUDE DE EVENTUAL PREVISÃO DE MEDIDA CAUTELAR ESPECÍFICA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO PRÓPRIO. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ALCANCE SOBRE BENS PRESENTES E FUTUROS.

1. Não se pode imputar omissão a acórdão que deixa de analisar tese que nem sequer constou nas razões do recurso que devolve a matéria à Segunda Instância.

2. Diante da inegável influência que um decreto de falência exerce na ordem social, bem como diante da necessidade de se fiscalizar a obediência ao pagamento preferencial de certas modalidades especiais de crédito disciplinadas pelo Poder Público, reconhece-se a legitimidade do Ministério Público para realizar pedido incidental, nos autos da falência, de desconsideração da personalidade jurídica e de indisponibilidade de bens dos envolvidos em ato tido como destinado a prejudicar credores da falida.

3. A existência de medida cautelar específica não impede o exercício do poder cautelar do juiz, embasado no artigo 798 do CPC.

4. Garantido o direito ao contraditório, ainda que diferido, não há falar em nulidade de decisão que desconsidera a personalidade jurídica, em autos de processo de falência, para, cautelarmente, alcançar bens de administradores que teriam agido com o intento de fraudar credores.

5. A indisponibilidade de bens, quando determinada com o objetivo de garantir o integral ressarcimento da parte lesada, alcança todos os bens, presentes e futuros, daquele acusado da prática de ato ímprobo.

6. Recurso especial desprovido e pedido cautelar indeferido.

(REsp 1182620/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 04/02/2014)

Quanto à apresentação de defesa pelos réus, esclarece-se, por oportuno, que o incidente de descon sideração da personalidade jurídica acaba com todo o debate a respeito da possibilidade de oposição de embargos do devedor por parte dos sócios e administradores, eis que a defesa destes ocorrerá dentro do próprio procedimento instituído (TARTUCE, 2015, p. 216-217).

O Superior Tribunal de Justiça adota o segundo entendimento, ao apontar a citação do sócio e sua integração à relação jurídica processual executiva, bem como a inadmissão dos embargos de terceiro, indicando os embargo à execução como via adequada dos sócios diante da descon sideração da personalidade jurídica. Entendo que está correto o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, até porque considero que todos os responsáveis secundários, ao terem bem de seu patrimônio con strito em processo alheio, automaticamente passam a ter legitimidade passiva, e, uma vez sendo citados ou integrando-se voluntariamente ao processo, formarão um litisconsórcio passivo ulterior com o devedor. E que mesmo sem previsão legal nesse sentido nada mudará. (NEVES, 2016, p. 573).

Ressalva é feita pela doutrina ao elencar que somente na hipótese em que os sócios sofram constrição judicial por descon sideração, sem que tenha sido instaurado o incidente ou sem que tenha ocorrido a citação dos empresários, será possível o oferecimento de embargos de terceiro (Art. 674, §2º, III, CPC), uma vez que não terá ocorrido a prévia integração da parte passiva na relação processual (GAJARDONI; DELLORE; ROQUE E OLIVEIRA, 2015, p. 1338).

Tema relacionado ao formalismo valorativo, as garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa é, conforme MARINONI, ARENHART, ROQUE E MITIDIETO (2015, v. 2, p. 106-107), a distribuição do ônus da prova no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, eis que apregoam os autores que a prova, a princípio, deve recair sobre a parte que requer a aplicação da *disregard doctrine*, podendo ela valer-se de todos os meios legalmente admitidos para corroborar com suas alegações, já que não se exige prova pré-constituída.

Apenas no caso de dificuldades de terceiros terem acesso a fatos internos da sociedade, Pinho e Fonseca (2016, p. 1148) advogam pela possibilidade de flexibilização dos ônus probatórios, com fulcro no art. 373, §1, CPC, de modo a garantir às partes a possibilidade de produção probatória considerando, inclusive, a vulnerabilidade delas.

Em relação às matérias de defesa, "O sócio ou a pessoa jurídica citados no incidente poderão se defender tanto no sentido de demonstrar que não estão presentes os requisitos para a desconsideração, como para obter provimento jurisdicional favorável ao responsável originário" (GAJARDONI, DELLORE, ROQUE e OLIVEIRA, 2015, p. 1339).

4. Da decisão de desconsideração da personalidade jurídica

Na sequência, atesta o art. 136 do NCPC que, somente após concluída a instrução, caso necessário, o incidente será resolvido por decisão interlocutória, contra a qual poderá ser manejado recurso de agravo de instrumento (art. 1015, IV, CPC). Ou seja, a decisão que resolve o incidente de desconsideração não encerra a fase cognitiva, nem extingue a execução (CÂMARA, 2017, p. 117), motivo pelo qual referido recurso é aplicável à espécie.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: [...]

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

Extrai-se do artigo que tanto a decisão de mérito proferida no bojo do incidente como aquela que o declara inadmissível poderão ser agravadas, aplicando-se, por analogia, o art. 1009, §§1 e 2, CPC, para eventuais outras decisões que possam ocorrer no curso do incidente.

Além disso, em relação à legitimidade recursal, insta salientar que com a previsão no novo Código de Processo Civil de que os sócios são terceiros intervenientes ou partes, a questão da legitimidade, em momento anterior amplamente debatida pelo Superior Tribunal de Justiça, foi superada. Atualmente, defende-se a possibilidade não só dos sócios como também da própria pessoa jurídica recorrer da decisão de desconsideração da personalidade jurídica, segundo se depreende:

Vale salientar que, de acordo com o recente entendimento do STJ, a pessoa jurídica tem legitimidade para impugnar decisão interlocutória que desconsidera a sua personalidade para alcançar o patrimônio de seus sócios ou administradores, desde que o faça com o intuito de defender a sua regular administração e autonomia, isto é, a proteção da sua personalidade, sem se imiscuir indevidamente na esfera de direitos dos sócios ou administradores incluídos no polo passivo por força da desconsideração. Do mesmo modo, a *contrario sensu*, no caso de desconsideração inversa pode o sócio ter interesse em impugnar a decisão que eventualmente atinja os bens da pessoa jurídica à qual pertença. (Donizetti, 2017, p. 397-398)

Não se descarta, conforme apregoa Daniel Assumpção Neves (2017, p. 383), a existência de doutrina defendendo que a desconsideração da personalidade jurídica possa resolvida na sentença, entendendo ser este o momento para o julgamento no caso do instituto ser requerido na petição inicial. Nada obstante referidas vozes, o autor defende que, estando o incidente pronto para imediato julgamento, não faz sentido protelar essa indefinição até momento posterior.

Vale ressaltar que muito se debateu, na vigência do antigo diploma processual acerca da imutabilidade e rescindibilidade das decisões interlocutórias, tendo o novel código processualista posto uma pá de cal da questão ao prescrever que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica é resolvido por uma decisão de mérito, de forma que, esgotada a possibilidade de recurso, esta passa a gozar da autoridade da coisa julgada material (ANDRADE JUNIOR, 2017, p. 410). No mesmo entendimento, leciona Câmara:

A decisão de mérito proferida no incidente (assim entendida a decisão que resolve o mérito próprio do incidente, isto é, que acolhe ou rejeita a pretensão de desconconsideração da personalidade jurídica) é apta a alcançar a autoridade de coisa julgada material, tornando-se imutável a indiscutível. Após seu trânsito em julgado só será possível desconstituí-la por meio de ação rescisória, nos casos previstos no art. 966 do CPC. (CÂMARA, 2017, p. 117)

Com relação à desconconsideração ocorrida no tribunal, seja por meio de competência originária ou em sede recursal, Neves levanta interessante imbróglio:

Questão interessante surge diante da prolação de decisão interlocutória pelo relator sobre questão incidental, ou seja, durante o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Há doutrina que entende que nesse caso a decisão será irrecorrível, por analogia à irrecorribilidade por agravo de instrumento das decisões de mesma natureza proferidas pelo juízo de primeiro grau. Discordo desse entendimento diante da literalidade do art. 1.021 do Novo CPC, que não exclui tais decisões monocráticas do relator do cabimento do agravo interno. (NEVES, 2016, p. 576)

5. Da ineficácia dos atos havidos em fraude à execução

Por fim, segundo o art. 137 do Código de Processo Civil, tendo sido acolhido o pedido de desconconsideração, além da extensão da responsabilidade

patrimonial a um responsável não devedor, o diploma processual ainda prevê que deverá ser ineficaz em relação ao requerente a alienação ou a oneração de bens havida em fraude à execução.

Silva (2016, p. 1166) adverte, todavia, ser necessário que a alienação ou oneração ocorra após a citação do sócio ou da empresa para que ocorra a fraude de execução, forte nos ditames do art. 792, §3º, CPC.

Nessa senda, Menciona Tomazette (2017, p. 352) o dever de diferenciar a citação da pessoa jurídica da citação do sócio, vez que estas ocorrem em momentos separados, dada a distinção de personalidade entre as partes, apregoando que “declarar a ineficácia de um ato do sócio praticado anos antes de qualquer pedido de desconsideração, mas após a citação da pessoa jurídica e? completamente desarrazoado”, já que só a partir do requerimento existirá uma demanda contra o sócio.

Colaciona-se, por oportuno, recente jurisprudência da Corte Cidadã que analisou se a venda de imóvel realizada por sócio de empresa executada, após a citação desta em ação de execução, mas antes da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, configuraria fraude à execução:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL POR SÓCIO DA PESSOA JURÍDICA ANTES DO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO CONFIGURADA.

1. Cinge-se a controvérsia em determinar se a venda de imóvel realizada por sócio de empresa executada, após a citação desta em ação de execução, mas antes da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, configura fraude à execução.

2. A fraude à execução só poderá ser reconhecida se o ato de disposição do bem for posterior à citação válida do sócio devedor, quando redirecionada a execução que fora originariamente proposta em face da pessoa jurídica.

3. Na hipótese dos autos, ao tempo da alienação do imóvel corria demanda executiva apenas contra a empresa da qual os alienantes eram sócios, tendo a desconsideração da personalidade jurídica ocorrido mais de três anos após a venda do bem. Inviável, portanto, o reconhecimento de fraude à execução.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1391830/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 01/12/2016)

Pelo que se percebe, somente com a citação válida do sócio devedor, apta a configurar a litispendência, é que se pode considerar a existência de fraude à execução.

A norma prevê efeito retroativo (ou *extunc*), impossibilitando que os direitos do requerente (credor) sejam atingidos pelos atos cometidos em fraude à execução. Quanto ao terceiro adquirente de boa-fé, nada impede que este pleiteie, em ação de regresso contra o sócio, o ressarcimento dos valores pagos para aquisição do bem. Nesse caso, o terceiro adquirente ainda poderá requerer a desconsideração inversa da personalidade jurídica, a fim de atingir o patrimônio da sociedade caso se torne insolvente o sócio fraudador. (DONIZETTI, 2017, p. 398)

Com efeito, mencionado efeito não impede, entretanto, a utilização de outros mecanismos capazes de coibir a prática da alienação ou da oneração de bens, tal como a decretação de uma medida cautelar para apreensão de bens do sócio, de modo a assegurar que o patrimônio do responsável se encontre livre e desembaraçado para a satisfação do débito judicial (CÂMARA, 2017, p. 120).

Gajardoni, Dellore, Roque e Otalveira (2015 p. 1350) ressaltam, por fim, que, conquanto o Novo Código Processual não discipline a hipótese de rejeição do pedido de desconsideração da personalidade jurídica, uma vez inadmitido o incidente, será incabível sua reprodução com os mesmos fundamentos, sendo esta

somente possível no caso de existência de fatos novos e posteriores, os quais não eram dantes de conhecimento da parte requerente.

CONCLUSÃO

O presente trabalho foi instituído no intuito de tecer uma perspectiva clara acerca do procedimento da desconsideração da personalidade jurídica, de modo a esclarecer a complexidade da aplicação dessa nova intervenção de terceiros prevista no Código de Processo Civil de 2015.

Nada obstante a existência de regras materiais acerca dos requisitos e espécies para desconsideração da personalidade jurídica, os diplomas até então existentes eram insuficientes para tratar sobre o tema pois ainda não haviam sido previstas normas procedimentais e processuais, o que dava margem para que fossem adotados métodos arbitrários, que, por vezes, cingia o direito à ampla defesa das partes.

Diante disso, muitos juristas, nos últimos anos, têm enfrentado uma verdadeira *via crucis* para aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, discutindo, dentre outros celeumas, acerca do momento adequado para utilização do instituto, da qualificação de sua natureza jurídica, da necessidade de contraditório prévio para que não houvesse cerceamento de defesa, da existência da desconsideração inversa da pessoa jurídica.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, contendo previsão expressa e específica sobre o tema, o procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica passou a ser regulamentado, do ponto de vista processual, no capítulo referente à intervenção de terceiros, nos arts. 133 a 137.

Já, de início, pôde-se perceber que, diante do cenário nebuloso que reinava no campo de atuação da desconsideração da personalidade jurídica, o Código de Processo Civil de 2015, põe uma pá de cal em qualquer discussão acerca da legitimidade para sua instauração, relegando à parte e ao Ministério Público referida incumbência.

Adiante, estabeleceu o novo códex processualista o cabimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica em todas as fases do processo, assegurando sua dispensa apenas no caso de ter sido requerido na petição inicial, ocasião em que os sócios ou a pessoa jurídica devem ser citadas para ocuparem o polo passivo da demanda.

De mais a mais, a legislação adjetiva, corroborando com os diplomas materiais existentes, previu a necessidade da demonstração do preenchimento dos pressupostos legais específicos para realização da desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse sentido, pode-se observar que o Novo Código de Processo Civil passou a garantir à pessoa jurídica e a seus sócios maior segurança no procedimento, tanto mais porque assegurou a possibilidade de contraditório e ampla defesa prévios, a fim de que seus bens não sejam atingidos antes das partes se manifestarem sobre o caso.

Digno de destaque, a legislação processualista ainda elenca a ineficácia, em relação ao requerente, da alienação ou oneração de bens, havida em fraude à execução, caso acolhido o pedido de desconsideração.

Por todo o exposto, dentro dos parâmetros pesquisados, conclui-se que, por força dos arts. 133 a 137, do CPC/2015, resta incontestado o procedimento a ser utilizado no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, pondo fim à celeuma existente pela falta de legislação a respeito do tema, de modo a criar um cenário seguro para fruição de tal recurso pela doutrina e jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ANDRADE JUNIOR, Mozart Vilela. **A obrigatoriedade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.106, n.977, p. 393-415, mar./2017;

ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. **A desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil**. Revista IOB Direito Civil e Processual Civil, São Paulo, v.17, n.100, p. 79-123, mar./abr. 2016;

ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de Direito Civil – Volume Único**. 3. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015;

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Palestra UNIP - Tele-Conferência em Tempo Real, Universidade Paulista – UNIP, Brasília, 12 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/media/areas/consumidor/arquivos/desconsideracao.pdf>>. Acesso em 20 set. 2017;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 set. 2017;

_____. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 28 set. 2017;

_____. Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 28 set. 2017;

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 28 set. 2017;

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 28 set. 2017;

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 28 set. 2017;

_____. Lei nº 10.406, **de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 set. 2017;

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 set. 2017;

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em REsp nº 1.306.553/SC. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti. Julgamento em 16 abr. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201300220444>. Acesso em 5 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.315.110/SE.Rel. Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 28 mai 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1315110&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 5 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 279273/SP. Relator: Min. Ari Pargendler. Relator p/ acórdão: Nancy Andrighi. Julgamento em 4 dez. 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=279273&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 7 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1647362/SP. Relator: Nancy Andrighi. Julgamento em 3 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1647362&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 8 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1312591/RS. Relator: Luis Felipe Salomão. Julgamento em 11 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1312591&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 8 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp nº 698.171/SP. Relator: Raul Araújo. Julgamento em 10 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?livre=AgInt+no+AREsp+698.171&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 8 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1182620/SP. Relator: Raul Araújo. Julgamento em 10 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1182620&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 9 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1391830/SP. Relator: Nancy Andrighi. Julgamento em 22 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1391830&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 9 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2014.024240-5, rel. Des. Henry Petry Junior. Julgamento em 16 out. 2014. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000RGRX000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=7393989&pdf=true>>. Acesso em 8 out. 2017;

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2015.017937-0, de Trombudo Central, rel. Des. Dinart Francisco Machado. Julgamento em 16 out. 2015. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000U8IG000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=8136919&pdf=true>>. Acesso em 10 out. 2017;

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 4011472-28.2016.8.24.0000, de Videira, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. 27-06-2017. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAABGKvAAL&categoria=acordao_5>. Acesso em 10 out. 2017;

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo Processo Civil Brasileiro**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2017;

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**.vol II. São Paulo: Saraiva, 2005;

_____. **Código Comercial e legislação complementar anotados**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013;

CORREIA, Luís Alberto Ribeiro. **A desconsideração da personalidade jurídica: da origem ao sentido atual no Brasil**. Revista IOB [De] Direito Civil e Processual Civil, São Paulo, v.18, n.106, p. 98-114, mar./abr. 2017;

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. Disponível em: < <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/aspectos-processuais-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica.pdf>>. Acesso em 7 out. 2017;

_____. **Regras processuais no novo código civil: aspectos da influência do Código Civil de 2002 na legislação processual**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004;

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: volume 1 - teoria geral do direito civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de direito processual civil**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2017;

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris: 2015;

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. **Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007;

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: volume 1 - parte geral**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012;

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte de. **Teoria Geral do Processo - Comentários ao CPC de 2015 - Parte Geral**." iBooks;

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: volume 1- parte geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014;

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial** / Atual. Carlos Henrique Abrão – 37. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014;

MARTINS, Sergio Pinto. **Desconsideração da personalidade jurídica da empresa**. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, v.27, n.321, p. 9-24, mar./2016;

MEDINA, José Miguel. **Código Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014;

NADAIS, Carlos da Fonseca. **O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e suas peculiaridades**. Revista IOB [De] Direito Civil e Processual Civil, São Paulo, v.18, n.107, p. 61-85, maio/jun.2017;

NEGRÃO, Ricardo. **Direito empresarial: estudo unificado**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014;

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único**. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2016;

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FONSECA, Marina Silva. **O incidente de desconsideração da personalidade jurídica do Novo Código de Processo Civil**. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. geral). Novo CPC doutrina selecionada. V. 1. Parte geral. Salvador: JusPodivm, 2016.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014;

REQUIÃO, Maurício. **O incidente de desconsideração da personalidade jurídica: o novo Código de Processo Civil entre a garantia e a efetividade**. Revista de Direito Civil Contemporâneo - RDCC, São Paulo, v.4, n.10, p. 31-50, jan./mar. 2017;

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 803, p. 754, set. 2002;

_____. **Curso de direito comercial: volume 1**. 31. ed.,. São Paulo: Saraiva, 2012;

Rizzato Nunes, Luiz Antônio. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013;

ROCHA, Cláudio Jannotti da; CANTARINO, Yuri de Jesus. **Da procedimentalização do incidente da desconsideração da personalidade jurídica prevista no Código de Processo Civil de 2015 no processo do trabalho**. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, São Paulo , v.28, n.331, p. 55-72, jan./2017;

RODRIGUES, Ana Carolina; RODRIGUES, Yolanda Silvia Sendon. **A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, v.15, n.57, p. 9-41, jan./mar. 2016;

RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. **Desconsideração da personalidade jurídica e processo**. São Paulo: Malheiros, 2016;

SILVA, Eduardo Medeiros; FERREIRA, Rildo Mourão. **A desconsideração da personalidade jurídica e a garantia do contraditório e da ampla defesa no Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)**. Revista de Direito Privado, São Paulo, v.18, n.80, p. 129-145, ago./2017;

SOARES, Josué Guimarães; GARCIA NETTO, Juliete; SILVA, Cássia Bertassone da. **A desconsideração da personalidade jurídica na seara trabalhista à luz do novo Código de Processo Civil**. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, São Paulo , v.27, n.321, p. 25-39, mar./2016;

SOUZA, André Pagani de. **Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 42-43. (Coleção Direito e Processo: Técnicas de Direito Processuais; Coordenador Cassio Scarpinella Bueno);

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. **Lei de Introdução e parte geral**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2016;

_____. **Impactos do novo CPC no Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015;

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: volume 1** - teoria geral e direito societário. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017;

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: volume 1 - parte geral.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012;

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; PALHARES, Franchesco Leopoldino. **Incidente de desconsideração da personalidade jurídica à luz do novo Código de Processo Civil.** Revista IOB de Direito de Família, São Paulo, v.17, n.98, p. 45-56, out./nov. 2016;

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SLATTERY, Maria Eugênia Nassim. **A teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica no direito brasileiro à luz do novo CPC.** Revista Brasileira de Direito Comercial: Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, v.3, n.16, p. 56-82, abr./maio 2017;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016;

TRABALHO DOMÉSTICO INFANTIL E INFANTOJUVENIL EM LARES DE TERCEIROS: FORMAÇÃO E EFEITOS DECORRENTES DA INVALIDAÇÃO DO VÍNCULO

AMANDA MONTEIRO ROCHA: Graduanda em Direito pela Faculdade Católica do Tocantins

LEONARDO NAVARRO AQUILINO

(Orientador)

RESUMO: A exploração de jovens e crianças viola uma série de direitos e acarretam graves prejuízos físicos, morais e psíquicos. Ainda hoje, jovens menores de idade saem de suas residências para conhecer a relação empregatícia prematuramente e, muito se deve a busca por melhor educação e tentativa de mudança da realidade em que vivem. Em virtude disso, a pesquisa busca esclarecer, através de um método dedutivo e de uma pesquisa bibliográfica, os motivos determinantes da relação empregatícia de menores de idade e como a ordem jurídica regulará o contrato de trabalho com objeto proibido, qual seja, o contrato de trabalho infantil e infantojuvenil doméstico.

PALAVAS CHAVE: Contrato De Trabalho. Objeto Proibido. Efeitos. Trabalho Doméstico Infantil e Infantojuvenil.

ABSTRACT: The children and teenagers' exploration breaches a series of rights and lead to serious physical, moral and psychic damages. Still in the present day teenagers leave their homes to meet the employment relationship too early and a lot of that is due to the search for better education and in attempt to change the reality they live in. Therefore, this research seeks to elucidate, through a deductive method and a bibliographic research, the main reasons of employment relationship of minors and how the legal order will regulate the employment contract with a forbidden object which is the one where children and adolescents figure as domestic employees.

KEY WORDS: Employment contract. Forbidden object. Effects. Child and juvenile domestic labor.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Aspectos gerais do trabalho doméstico; 2.1. O trabalho doméstico infantil e infantojuvenil; 3. A formação do contrato de trabalho doméstico infantil; 4. Assistência material e afetiva como motivo

determinante; 5. Efeitos do contrato de trabalho com objeto proibido; 6. A atuação poder público face ao problema; 7. Trabalho doméstico infantil e infantojuvenil e o contrato de aprendizagem: um paralelo; 8. Considerações finais; 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário, entre outras funções, se faz presente para tornar concreta a garantia de todos os seus direitos sociais e individuais, à liberdade, à segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, à igualdade, à justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, como reza a Magna Carta em seu preâmbulo.

Mas o Estado muitas vezes falha por não garantir aos jovens cidadãos todos esses direitos em totalidade. O Trabalho Infantil e Infantojuvenil Doméstico – TIID – viola uma série de direitos além de acarretar graves prejuízos físicos, morais e psicológicos a muitos jovens e crianças. Diante disso busca-se apresentar o Trabalho infantil e Infantojuvenil na esfera doméstica, identificar a relação de trabalho, os motivos de sua formação e apontar as proteções constitucionais, civis e trabalhistas que grande parte dos menores não recebe.

2. ASPECTOS GERAIS DO TRABALHO DOMÉSTICO

O trabalho doméstico envolve uma categoria trabalhista que perpassou muitas dificuldades ao longo dos anos para ser reconhecido em sua plenitude como é atualmente. Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado em sua obra 'O Novo Manual do Trabalho Doméstico' (2016) perfazem todo o histórico dessa modalidade de trabalho até os dias atuais e afirmam que "O contrato de trabalho doméstico caracteriza-se por ser a última das figuras de contratação empregatícia de trabalhadores no Brasil que foi incorporada pelo Direito do Trabalho no País." (DELGADO, p. 17, 2016). Revelam ainda que, por muito a classe doméstica manteve-se em esquecimento, sem direito sequer a salário mínimo e reconhecimento previdenciário do tempo de serviço.

Em doutrina isolada, Delgado (2017) divide os momentos de inserção do trabalho doméstico à legislação trabalhista em períodos: período pré-Constituição de 1988 e o período inaugurado com a Constituição de 1988. Em termos práticos, apenas vigorava a Lei n. 5.859, de 1972, conhecida como a Lei

do Trabalho Doméstico da época, que garantia ao trabalhador dois únicos direitos (assinatura de CTPS e direito às férias anuais remuneradas de 20 dias), posteriormente algumas leis instituíram o vale-transporte (Lei n. 7.418 e 7.619/87), porém já em meados da promulgação da nova Magna Carta de 1988.

Foi somente com a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB – de 1988 que o trabalho doméstico conseguiu se inserir firmemente no mundo jurídico. A lei n. 11.324 de 2006 trouxe algumas outras garantias, a Emenda Constitucional n. 75, de 2013 outras tantas e por fim a Lei Complementar n. 150 de 2015 consolidou o arcabouço protetivo do Trabalho doméstico.

Importante destacar que devido sua natureza especial o trabalho doméstico não se insere no regime de trabalho celetista (regulado pela CLT), pois suas diferenças em relação às demais categorias de trabalho reguladas pelo Código são consideráveis, como explica Delgado (2016, p.25) “Essa natureza especial da regulação doméstica deriva do fato de essa relação social e jurídica ostentar diversas e importantes peculiaridades, que não poderiam ser desconhecidas ou negligenciadas pelo Direito.”

A Lei Complementar n. 150 de 2015, em seu artigo 1º, define o trabalho doméstico como sendo “aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana.” Essa definição ligeira aborda uma série de especificidades da modalidade de trabalho em questão.

Tal definição reúne características gerais do contrato de trabalho (como onerosidade, pessoalidade, subordinação, com continuidade) com três elementos específicos como serviço sem resultado econômico para o (s) empregador (es), prestado a uma pessoa física ou família no âmbito residencial deste(s). É em razão dessas especificidades que a CLT explicitamente seu artigo 7.º, I, entendeu não ser possível sua aplicação a essa categoria de empregados.

A nova lei Complementar n. 150 de 2015 trouxe mais formalidade e sofisticação a essa relação trabalhista e com ela maior número de direitos à classe como: a necessidade de um contrato escrito de trabalho;

obrigatoriedade de anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) do empregado; cadastramento virtual das partes e de dados do contrato de trabalho afim de viabilizar os recolhimentos do FGTS e previdenciários; pagamento do salário mensal em recibo próprio atestando que além do pagamento, recolheu os valores mensais que o cadastro virtual gera; jornada de trabalho formalmente pactuada com o empregador; possibilidade de desmembramento de intervalo intrajornada ao empregado que reside no ambiente de trabalho; dação escrita de aviso prévio; férias anuais remuneradas, acrescidas do terço constitucional; descanso semanal e em feriados seja ele religioso, civil, nacional, estadual ou municipal remunerado; dentre outros.

Como se pode perceber o trabalho doméstico sempre foi marcado pela informalidade, tendo em vista o lapso temporal em que estes trabalhadores deixaram de receber suas proteções e garantias constitucionais. Essa raiz, porém, nunca saiu do trabalho doméstico realizado por crianças e jovens no Brasil, pois além dessa cruel realidade ainda não ter sido extinta, é fortemente marcada pelo não reconhecimento do vínculo trabalhista.

2.1 O TRABALHO DOMÉSTICO INFANTIL E INFANTOJUVENIL

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) define trabalho infantil como o trabalho que **priva as crianças de sua infância, seu potencial e sua dignidade**, e que é **prejudicial ao seu desenvolvimento físico e mental**. Já o Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador juntamente com a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil (CONAETI) concluiu que:

O termo *trabalho infantil* refere-se, às atividades econômicas e/ou atividades de sobrevivência, com ou sem finalidade de lucro, remuneradas ou não, realizadas por crianças ou adolescentes em idade inferior a 16 (dezesesseis) anos, ressalvada a condição de aprendiz a partir dos 14 (quatorze) anos, independentemente da sua condição ocupacional. (FNPETI, 2018)

Embora a Consolidação das Leis Trabalhistas proteja o menor de idade e expressamente vede a possibilidade do trabalho à criança menor de 16 anos idade, salvo se aos 14 anos como aprendiz (art. 403 CLT e art. 60 ECA), infelizmente não é suficiente para erradicar o

problema. Além disso, a CRFB de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – trazem uma série de garantias à criança e ao adolescente, resguardando o direito à profissionalização e protegendo o trabalho do menor de idade (art. 69 ECA) e da mesma forma proibindo o trabalho de adolescentes em atividades noturnas, perigosas, insalubres, penosas (art. 67 do ECA e art.7, XXXIII CRFB/88). Contudo, ainda subsistem crianças e adolescentes nesse cenário abaladamente inconstitucional.

No âmbito familiar, o TIID toma forma quando preenchidos os requisitos do contrato de trabalho doméstico, ou seja, quando se verifica criança ou adolescente menor de 18 anos prestando serviços à família, no âmbito residencial, de forma contínua e com intuito não-lucrativo por parte de seu empregador.

De acordo com a PNAD Contínua de 2016 no Brasil haviam 20.140 mil crianças (entre 05 e 17 anos) envolvidas com cuidados de pessoas e afazeres domésticos, sendo esse dado mais expressivo com crianças entre 05 e 13 anos de idade, totalizando 10.260 crianças. Junto a essa mácula existe o fato de que esses jovens trabalhadores estão prejudicando sua vida escolar, podendo até frequentar a escola, entretanto, o tempo de estudo é por demais reduzido, quando não se veem cansadas demais para estudar – é o que elucida a pesquisa de Ana Lúcia Kassouf(2002) que busca analisar efeito da entrada precoce no trabalho sobre a escolaridade e esta sobre o rendimento.

Vale lembrar que grande parte de crianças, são levados ao trabalho em casa de terceiros, e não recebem qualquer contraprestação remuneratória, situação onde se tem configurado o trabalho escravo, conforme o tipo penal previsto no artigo 149 do Código Penal, no que tange ao trabalho forçado, jornada exaustiva e intensa e condições degradantes de trabalho. Corrobora esse pensamento Juliana Cantuária (2016) em sua obra:

A exploração de mão-de-obra infantil no trabalho doméstico – proibida legalmente , com ausência de salário ou percepção de salário inferior ao mínimo legal, sem oportunidade de estudo ou lazer, com a possível ocorrência de humilhações e assédio sexual configura, sim, um sério risco. (CANTUÁRIA, 2016 p.51)

Apesar de ser raro o noticiário abordar algum caso dessa monta, existe um caso emblemático que chocou o país no ano de 2008. Aos 12 anos, Lucélia Rodrigues foi torturada por quase dois anos. A criança que morava no interior do Goiás, foi morar com a empresária Silvia Calabresi na capital, Goiânia. Algumas semanas após a chegada ao novo lar, iniciaram os trabalhos. A menina limpava a casa inteira e quando finalizava a mulher costumava espalhar barro pela casa para que fosse limpa novamente. Não demorou muito as torturas foram iniciadas: dedos presos à porta, língua cortada com alicate, obrigada a comer fezes do cão e por vezes a própria urina. (GLOBO; CAMPO GRANDE NEWS, 2008)

Crianças são pequenos organismos em constante aprendizagem, algumas mais espertas que outras, mas todas puras de coração, capazes de confiar e amar por inteiro. É inegável que diante todo o aparato legal nunca parecem ser suficientes as proteções aos menores, pois como visto, adultos ainda não pararam de ludibriá-las. A ministra do Tribunal Superior do Trabalho, Kátia Magalhães (2007, p. 203) esclarece que “o envolvimento de organismos como a OIT e o UNICEF foram fundamentais para tornar mais conhecido e dar projeção ao combate mundial do trabalho infantil”. Resta agora entender os motivos que levam o TIID a se concretizar, pois diante toda a tutela jurisdicional sobre o tema, como a exploração de jovem menor de idade toma forma?

3. A FORMAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO DOMÉSTICO INFANTIL

Existem várias maneiras da relação trabalhista doméstica e infantil tornar-se concreta. Sobre esses fatores lecionam Gabriela Fernandes RochaPatriota e Maria de Fatima PereiraAlberto:

A alta incidência reside nas várias causas conhecidas acerca do trabalho infantil, dentre elas destacam-se três: a pobreza, a cultura ou imaginário social de que o trabalho é positivo em qualquer idade e a concepção de que o trabalho é disciplinador. Isto explica, em parte, a ideia de que para essas crianças e adolescentes é melhor trabalhar do que ficar “sem fazer nada”, como se as

únicas possibilidades para estes fossem trabalho ou criminalidade. (PATRIOTA; ALBERTO, 2014 p.07)

Por vezes esse tipo de emprego passa despercebido, tendo em vista que boa parte da sociedade considera uma prática aceitável e normal. Afinal, tem-se enraizado a máxima que *o trabalho dignifica* e que quanto mais cedo o jovem aprender um ofício mais qualificado será. Danila Cal (2015, p. 212) entende que o cenário doméstico é ainda mais delicado para o sexo feminino por que “a iniciação de meninas no trabalho doméstico ocorre como uma preparação para a realização dessas tarefas em sua futura casa”. Essas prerrogativas não devem ser utilizadas para legitimar o trabalho infantojuvenil.

4. DA ASSISTÊNCIA MATERIAL E AFETIVA COMO MOTIVO DETERMINANTE

Desde o período pós-escravatura era muito natural crianças trabalharem desde cedo, afinal precisariam adquirir um ofício, um labor futuro, pois nem todos tinham as mesmas oportunidades de estudo. Os rapazes acompanhavam os pais na função que exerciam, para dar seguimento àquela profissão, enquanto as moças seguiam os passos das mães, preparavam-se para serem esposas e um dia, mães também.

Hoje, as moças ainda aprendem as atividades de casa com as mães, afinal seguindo o ciclo natural da vida, um dia elas ainda serão mães, e segundo estas é preciso aprender a manutenção de uma casa e cuidado dos irmãos menores, se houver. A diferença reside no fato de muitos já compreenderem que o mercado de trabalho tornou-se mais criterioso e para garantir um bom futuro é preciso qualificar se e estudar.

Muito se deve à inércia do Estado frente ao fornecimento de educação de qualidade nas zonas e/ou cidades mais periféricas, e em virtude disso, crianças e adolescentes buscam educação fora de casa. Para isso, com a pretensão de buscar capacitação, crianças e adolescentes, voluntariamente, se dirigem a casa de terceiros, geralmente padrinhos, ou simplesmente conhecidos da família.

Grande parte das famílias brasileiras valorizam acima de tudo os estudos de seus filhos, pois tem a plena certeza que é o melhor caminho para o sucesso que não alcançaram em toda sua vida de trabalho. Amparados nesse ideal, tem como única opção a de confiar seus filhos à outra família capaz de

lhes fornecerem bons estudos nos grandes centros urbanos. A nova família promete-lhes um bom lar e uma boa educação, todavia de fato almejam em troca, um jovem para trabalhar nos serviços de sua residência quando não para simultaneamente realizar o cuidado de crianças, seus futuros *irmãos*.

O esperado é que nova família receba o menor espontaneamente, com o nobre intuito de ajudar alguém que precisa e para isso, abriga o jovem, lhe oferece educação e alimentação. Inicialmente tudo ocorre como planejado, até que ocasionalmente lhe é solicitado que uma louça deve ser limpa, uma roupa deve ser lavada ou uma fralda de bebê deve ser trocada.

Assim narra a Ministra do Tribunal Superior do Trabalho, Kátia Magalhães Arruda em periódico científico:

A maioria das crianças e adolescentes levadas ao trabalho doméstico vão para as casas das famílias com a promessa de que serão bem criadas, terão direito a estudo e serão tratadas como parte da família. No entanto, logo terão que lavar, passar e limpar todos os quartos da casa ou exercer a responsabilidade do cuidado de outras crianças, sem jornada de trabalho definida e sem remuneração, já que os patrões estão "fazendo o favor" de ajudar as famílias pobres, geralmente do interior do Estado, na criação dessas crianças. (ARRUDA, 2007, p.1)

Assim se faz notório que o real objetivo da família é uma troca de favores. Entretanto, observe-se que no fim das contas não há que se falar em uma troca, porque com o passar do tempo o labor se torna rotineiro e no fim do dia a criança está cansada demais para estudar.

Outrossim, válido lembrar que essa família não reconhece que sujeita menor de idade ao trabalho, tampouco busca formalizar a situação legal de guarda, para fins de regularização da convivência e atribuição de responsabilidade do guardião pelo menor. Fatores que contribuem ainda mais para averiguar a real intenção da nova família de fraudar a lei, aproveitar-se de menor incapaz e de manter a condição de irregularidade devido o intuito de acobertar a relação de trabalho que sustenta em sua casa. A Organização Internacional do Trabalho discorre sobre essa modalidade do trabalho infantil:

O trabalho doméstico infantil em casa de terceiros é uma das formas mais comuns e tradicionais de trabalho infantil, sendo caracterizado por todas as atividades econômicas realizadas por pessoas menores de 18 anos fora de sua família nuclear e pelas quais elas podem ou não receber alguma remuneração. A maioria do trabalho doméstico infantil é realizado por meninas, que levam uma vida de adulto prematuramente, trabalhando muitas horas diárias em condições prejudiciais à sua saúde e desenvolvimento, por salários baixos ou em troca de habitação e educação. (OIT, 2018)

Independentemente de como o TIIDse concretiza, em toda situação deve ser repudiado. É imprescindível que a proteção aos menores seja plena e eficaz com rigor, pois o desenvolvimento incompleto e a vulnerabilidade os expõe a situações que causam dor e sofrimento e retiram-lhe toda a infância e inocência num cenário de interesse e lucro. No mesmo sentido entende a desembargadora Maria Zúila Lima Dutra:

[...] essa prática impõe à população infanto-juvenil toda sorte de negligência, exploração, violência, crueldade e opressão, retirando-lhe o sagrado direito de brincar com outras crianças, de experimentar o lúdico, de exercitar a curiosidade e a criatividade, de estudar e de viver o tempo da infância, tão importante na formação de sua integridade para a vida. (DUTRA, 2015 p.154)

Com isso, nota-se a importância de trazer o assunto à pauta. A modalidade de trabalho infantil camuflada na casa de terceiros além de desumana é lamentável. Famílias levianas persistem em abusar de menor e valer-se dele para escusar-se dos ônus trabalhistas de uma contratação nos termos da lei. Com efeito, essa violação de direitos, mantém a alta incidência de desemprego no país e ao mesmo tempo retira de jovens e crianças parte da vida.

5. EFEITOS DO CONTRATO DE TRABALHO COM OBJETO PROIBIDO

O contrato de trabalho como negócio jurídico que é, pressupõe a existência de alguns elementos essenciais para sua validade, caso contrário deixará de surtir os efeitos almejados pelos contratantes, passível de ser declarado como inexistente, invalidado, ou ainda ser reconhecido como ineficaz. (TETI, 2011). Observe que o Código Civil de 2002, em seu Artigo 104, enumera os requisitos para que o negócio adquira validade, quais sejam: *agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei.*

Somam-se a isso os requisitos do contrato de trabalho domésticos supracitado em capítulo anterior conforme a Lei Complementar n. 150 de 2015: continuidade, subordinação, onerosidade e pessoalidade, com finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana.

Na situação de criança ou adolescente residindo em casa de terceiro e que nesta realize função de cuidados do lar e/ou crianças sem intuito lucrativo por parte do então *empregador* resta caracterizado o TIID, no campo fático-jurídico. Entretanto, essa relação empregatícia não pode ser considerada válida, tendo em vista o jovem menor de 16 anos não ser pessoa absolutamente capaz (art. 3º do CC), ou seja, não podendo exercer qualquer ato da vida civil, além de o trabalho doméstico exercido por menor de 18 anos ser proibido constitucionalmente (Art.1º p. único, LC 150/2015).

Regula o art. 166, em seus incisos I e VII do Código Civil que o negócio jurídico quando celebrado por pessoa absolutamente incapaz é nulo. E ainda o mesmo código ampara como absolutamente incapaz o menor de 16 anos de idade e aquele maior de 16 e menor de 18 anos são firmados como relativamente incapazes. Maurício Godinho Delgado (2017) define nulidade como a invalidação da existência ou dos efeitos jurídicos de um ato ou seu componente por ser contrário à norma jurídica imperativa vigente e por isso, carrega como consequência a anulação dos efeitos jurídicos que buscava conceber.

Importante lembrar neste momento da teoria civilista das nulidades, com ela entende-se que nulidade absoluta é aquela que pode ser conhecida de ofício, que trata matéria de ordem pública, não convalida, não prescreve, não decai ou preclui, não produz efeitos, sendo estes retroativos (*extunc*).

Nulidade relativa é aquela que necessita de provocação da parte interessada, para produzir efeitos precisa de pronunciamento jurisdicional, prescreve, convalida, preclui e decai e a anulação do negócio jurídico produz efeitos *ex nunc*, ou seja, para de produzir efeitos, mas reconhece aqueles que já aconteceram.

Dito isso, Vólia Bonfim Cassar (2017) quando trata em sua obra, a respeito do contrato de trabalho do menor de 16 anos subdivide em correntes os efeitos do contrato de trabalho com objeto proibido. A primeira delas entende que o menor não possui qualquer direito, pois trata-se de uma nulidade absoluta portanto produzindo efeitos *extunc*, que invalidam o negócio desde a sua concepção. A segunda corrente, capitaneada para ela, por Arnaldo Sussekind e Pontes de Miranda, também considera absolutamente nulo o contrato de trabalho do menor, mas que em vistas a impossibilidade de o trabalhador restituir as forças que dispendeu para o trabalho, faz jus aos salários não percebidos e ainda direito a FGTS, mas há quem afirme que esses salários tem natureza indenizatória e não salarial. A terceira e melhor corrente, na visão da professora, é no sentido de que é preciso considerar a nulidade absoluta do contrato de trabalho celebrado com menor apenas no campo teórico, por que quanto aos efeitos comparam-se aos da nulidade relativa, reconhecendo como devidos os salários do trabalhador até a declaração de nulidade ou extinção do contrato, protegendo assim é a incapacidade.

A terceira corrente empresta às nulidades absolutas apenas os efeitos da nulidade relativa, para afirmar que apesar de infringir norma de ordem pública, de poder ser declarada de ofício, independente de pronunciamento do juiz, de não convalidar ou prescrever, seus efeitos se operam a partir da declaração de nulidade absoluta, não retroagindo *ab initio*. (CASSAR, 2017, p.526)

Logo, o trabalho infantojuvenil é um negócio jurídico eivado de nulidade absoluta, por se tratar de matéria de ordem pública viciada desde o princípio, entretanto não pode carregar certos efeitos desta nulidade, pois se assim fosse, invalidaria o trabalho prestado por incapaz, que por vezes nem

mesmo sabia da sua condição de trabalhador e para tanto, precisaria do efeito *ex nunc* da figura relativizada das nulidades.

Daniel Teti (2011) defende que no âmbito do direito do trabalho alguns vícios de validade podem ratificar o pacto que no aspecto civilista seria nulo. A diferença situa-se no fato de a nulidade do contrato de trabalho não conseguir retroagir, no caso concreto, ao status quo ante para o trabalhador, como a legislação civil determina na hipótese de acordo considerado nulo, a julgar pela impossibilidade de desfazer o trabalho despendido e retribuído como se deve.

No mesmo sentido entende Alice Monteiro de Barros (2016, p.369) que *“por força dos art. 593 e 606 do Código Civil, entende ser este contrato nulo, sendo cabível ao menor todos os direitos trabalhistas haja vista não ser possível restituir-lhe as energias gastas na execução do serviço. Logo, o TIID é assentido como um contrato de trabalho com objeto proibido, nulo de pleno direito, com efeitos ex nunc pois ao trabalhador é assegurado todos os direitos a que faz jus durante todo o período em que laborou.*

Observe-se, por outro lado, a situação de contratação empregatícia da criança e do adolescente. Como se sabe, tal pactuação é proibida antes de 16 anos (ou 14, se se tratar de aprendiz), a teor do art. 7º, XXXIII, da Constituição de 1988. Também é proibida a contratação de menores de 18 anos nas atividades referidas na Lista TIP, regulada pelo Decreto n. 6.481/2008, em conformidade com a convenção n. 182 da OIT. Ora, se existente, na prática, o contrato irregular, pagar-se-ão ao empregado menor todas as parcelas cabíveis; contudo, imediatamente deve-se extinguir o vínculo, opejudicis, em face da vedação constitucional. Neste caso, a capacidade obreira é que não foi respeitada. Não obstante o vício em um dos elementos jurídico-formais do contrato, todos os efeitos trabalhistas devem lhe ser reconhecidos, em face da tutela justralhista ter sido construída exatamente para proteger a criança e o adolescente — e não ampliar a

perversidade de sua exploração. (DELGADO, 2017, p.333)

Se esse vínculo trabalhista não surtisse efeitos no âmbito do direito do trabalho a coletividade estaria diante uma injustiça social, que não leva em conta o caso concreto. Que não respeita as peculiaridades do trabalho, tampouco o infantil. Se invalidada fosse essa relação jurídica de nada adiantaria as tantas proteções legais que existem para o amparo do menor. Conclui acertadamente a Professora e Desembargadora Vólia Bonfim Cassar (2017, p. 527) “negar ao menor os direitos que os maiores têm é desprotegê-los, o que pode incentivar o empregador a tomar o trabalho da criança, pois mais barato e sem encargos trabalhistas.” Portanto, não basta que os direitos existam, se não forem cumpridos de forma isonômica, adequando-os àqueles que dele necessitem, não há dignidade humana que permaneça íntegra.

Com esses posicionamentos constata-se o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito, ou seja, titulares de direitos fundamentais. Para Jozilda Lima de Souza (2014) quando a CRFB proibiu o trabalho noturno, insalubre e perigoso aos menores de dezoito anos reconheceu consigo o direito subjetivo ao trabalho da criança e do adolescente maiores de 14, no caráter da aprendizagem, mas também o direito ao não-trabalho àqueles menores desse faixa etária, o qual Domênico de Masi (2000, p. 146) intitula como ócio criativo, devendo este ser um período preenchido com escolaridade e atividades lúdicas de socialização que proporcione a criança uma infância digna. E afirma ainda, que “Do mesmo modo que a máquina usava matérias primas como o aço e o carvão, transformando-as em bens duráveis, o cérebro precisa de ócio para produzir idéias”. Tal inferência reitera a necessidade de momentos de descanso e procrastinação em fases da vida da criança, permitindo assim o crescimento, tanto físico quando intelectual. Qualquer pessoa que não tenha momentos de hiato, durante o dia ou a semana, não abre margens para os questionamentos da vida, é a situação vivenciada por crianças e jovens que estão ocupadas demais no trabalho precoce.

6. A ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO FACE AO PROBLEMA

Como não existe lei regulamentadora do TIID, por ser este proibido, empregar-se-á por analogia as leis que tratam do trabalho doméstico em geral. A competência para fiscalizar o trabalho doméstico é do Auditor Fiscal do Trabalho (AFT). A [Lei](#) Complementar nº 150/15, em seu artigo 44 acrescentou o art. 11-A na Lei n.º 10.593/02 que dispõe sobre a carreira de certas classes de auditores:

Art. 11-A. A verificação, pelo Auditor-Fiscal do Trabalho, do cumprimento das normas que regem o trabalho do empregado doméstico, no âmbito do domicílio do empregador, dependerá de agendamento e de entendimento prévios entre a fiscalização e o empregador.

§ 1º A fiscalização deverá ter natureza prioritariamente orientadora.

Diante disso, encontram-se três problemas: O primeiro deles repousa na necessidade de agendamento prévio, pois notório que, considerando que o AFT consiga permissão para adentrar em residência ou local de trabalho suspeitos, quando realizado tal agendamento prévio com o suposto empregador então este claramente arquitetará todo o cenário para não se incriminar, facilmente concedendo por exemplo alguma espécie de férias à criança na casa de seus pais, ou seja, uma viagem velada, para não estar presente no dia da fiscalização, se preciso for. Nota-se, portanto que a fiscalização preparada não detém a mesma eficácia, que aquela que ocorre de maneira imprevista e inesperada.

O segundo problema manifesta-se ainda no artigo 11-A da Lei nº 10.593/2002 que deixa claro em seu primeiro parágrafo que tal fiscalização deverá ter natureza prioritariamente orientadora, ou seja, expressamente determina que o real fim desta fiscalização possui natureza não punitiva, mas apenas norteadora e aconselhadora ao suposto empregador de crianças ou jovens. Como se uma notificação desacompanhada de sanção fosse suficiente para erradicar o trabalho doméstico realizado por jovens e crianças.

O terceiro problema, mas não menos importante, calha à luz do texto constitucional, pois o TIID além da roupagem informal, abrange consigo a

grande dimensão de invisibilidade e isso decorre do direito à inviolabilidade do lar previsto no artigo 5.º, XI da CRFB de 1988::

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

[...]

XI –A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.(Brasil, 1988)

Esse direito fundamental está atrelado ao direito à privacidade e à intimidade daquele que ali reside. Canotilho et al.(2013) consideram que a prerrogativa da inviolabilidade do lar deve ser entendida como a limitação de atos legislativos, administrativos ou judiciais não justificados, pois para que os entes públicos não violem tal princípio, devem seguir os parâmetros constitucionais.

Em decorrência disso o texto constitucional comporta quatro ressalvas: flagrante delito, desastre natural, prestação de socorro ou por determinação judicial durante o dia. Entende-se por desastre natural o fenômeno natural que de forma imprevisível cause danos;prestação de socorro, significa socorrer aquele que precise de cuidados urgentes ea determinação judicial apenas pode ser efetuada durante o dia desde que formalmente fundamentado.

O TIID poderá excetuar a regra do preceito legal nos casos de flagrante delito, se a autoridade competente tiver certeza do que ocorre dentro do lar. Cantuária (2016) comenta que o trabalho infantil então, de acordo com essa excepcionalidade, só será flagrado quando situações extremas já estiverem ocorrendo, quando for certo que naquela residência existem episódios de tortura e redução à condição análoga à de escravo da criança ou adolescente. Vale lembrar ainda, da não suficiência do flagrante preparado, é preciso certeza e fé pública para adentrar a residência amparando-se nesta parte do

dispositivo. Canotilho et al. (2013) reiteram o supracitado ao afirmar que no caso de certeza do agente policial, em relação ao que ocorre dentro do domicílio, aí então o lar estará desprotegido da regra da inviolabilidade do lar. No caso de prestação de socorro crê-se já configurado a situação crítica do jovem estar sofrendo algum tipo de episódio que lhe arrisque a vida, porém em certos casos pode ser utilizado para aforar a regra, do mesmo modo.

A hipótese de determinação judicial implica motivo devidamente justificado, formalizado e baseado em lei, Canotilho et al. (2013, p. 289) ainda afirmam que “nada obsta que o investigador ou agente policial ostensivo requeira uma ordem judicial autorizadora de entrada a despeito da não anuência dos moradores.” Tal fato revela mais uma tentativa de identificar o problema, uma vez que frustradas os demais meios, este pedaço do dispositivo ampara a possibilidade do poder judiciário auxiliar a fiscalização do poder executivo. A mesma autora finaliza o assunto afirmando que a privacidade do lar admite uma dimensão pública na medida em que abriga uma relação de trabalho proibida e danosa, pois configura uma das hipóteses constitucionais de exceção ao princípio em tela, que não é absoluto. Do mesmo modo, Dutra (2015) ensina que assim que o problema se referir à pessoas acobertadas pela invisibilidade, o privado desaparece, principalmente se associado à superexploração do trabalho precoce. Quer dizer que a máxima constitucional do direito à privacidade do lar rompe-se no momento em que o direito de outrem está sendo rompido por igual.

O que se conclui neste ponto é que apesar de amparados por um direito fundamental, a proteção àquele que explora mão-de-obra infanto-juvenil não é incontestável. As ressalvas do dispositivo permitem acesso, seja por meio de Auditores Fiscais do Trabalho, ou por autoridade policial que tenha conhecimento através de denúncias. Logo, existem meios de constatar o trabalho proibido mesmo que abrigado pela proteção constitucional do lar, pois embora consista em direito fundamental, o legislador preocupou-se em não tornar tal aparato absoluto, e se assim fosse, restaria prejudicada toda a justiça, limitando a eficácia de todos os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A criança e o adolescente gozam de uma série de proteções em âmbito nacional e internacional que visam erradicar trabalho doméstico infantil e infanto-juvenil, entretanto acredita-se que a ineficácia destas se expressa

através da falta de concretude. Dutra (2015) entende que enquanto as leis não forem absorvidas pela sociedade não irão alcançar sua finalidade e, portanto no caso dos menores de idade que estas leis sejam associadas à políticas públicas de proteção integral que visem garantir seus direitos humanos, como ampara o art. 227 da CRFB. Congrega o dilema o fato de não existir punição expressa em lei específica, e direta, responsável pela proteção do trabalho doméstico infanto-juvenil. É como alerta João Batista de Albuquerque (1996): medidas sem penalidades e eficiente fiscalização estão fadadas ao fracasso.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispunha de um único dispositivo que tratava expressamente do trabalho doméstico infantil, que ordenava a regularização da situação de guarda do menor, se estivesse prestando serviço doméstico em outra comarca:

Art. 248. Deixar de apresentar à autoridade judiciária de seu domicílio, no prazo de cinco dias, com o fim de regularizar a guarda, adolescente trazido de outra comarca para a prestação de serviço doméstico, mesmo que autorizado pelos pais ou responsável:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência, independentemente das despesas de retorno do adolescente, se for o caso.

Entretanto o artigo foi [revogado pela Lei nº 13.431, de 2017](#) que decidiu por não tratar mais do assunto trabalho doméstico. A notícia versada pelo sitio da Câmara dos deputados concluiu que os autores do projeto de lei decidiram revoga-la, pois tal pratica daria margem para a regularização da exploração proibida. Resta dizer que além de não haver lei, nem dispositivo de lei que de maneira expressa preveja o trabalho doméstico infanto-juvenil como proibido, não há punição definida e severa o suficiente que ampare a exploração e tente eliminar o TIID de uma vez por todas.

7. TRABALHO DOMÉSTICO INFANTIL E INFANTOJUVENIL E O CONTRATO DE APRENDIZAGEM: UM PARALELO

Antes de adentrar o capítulo em questão, basilar abordar alguns motivos pelos quais a nova família que abriga o menor não é capaz de conceber a exploração infantil como uma prática errônea ou sequer proibida,

capaz de amputar a infância de uma criança. O primeiro permeia na cultura impregnada de que é melhor trabalhar do que vadiar pelas ruas e aprender o errado, pois existe o entendimento popular de que o trabalho dignifica, logo sua prática não é vista como proibida, mas educacional, como mera contribuição à manutenção de limpeza do lar. (ALBERTO et al., 2009, p. 59 apud CAL, 2015)

Outro motivo para essa exploração acontecer de forma omissa é o fato de que a família que dá início ao TIID, e traz para seu lar a criança ou jovem do interior, acredita estar praticando um ato louvável, digno de todo o reconhecimento de bom cidadão. É o que também apreende Dutra (2015 p.153) quando diz que “lamentavelmente muitas pessoas ainda defendem que o trabalho infantojuvenil doméstico é um ato de solidariedade prestado a uma família necessitada”. Pensa-se que a circunstância de coabitar na residência de uma família com melhores condições socioeconômicas que a sua, torna-se prerrogativa para posicionarem-se em lugar de destaque na sociedade (CAL, 2015). E neste cenário permanece a natureza dúbia da relação que por vezes é de ser parte da família e outras tantas, ser serviçal como aponta Maria Angélica Motta-Maués (2012).

Tanto o artigo 60 do ECA, quando o ART. 7º, XXXIII da CRFB proíbem o trabalho infantil ressalvada a condição de aprendiz, e o contrato de aprendizagem é devidamente regulamentado pela CLT, no artigo 428:

Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação. **(Brasil, 1943)**

O amparo constitucional do assunto é de suma importância, pois trouxe ao jovem a oportunidade de ser inserido no mercado de trabalho em conformidade com a lei e em respeito à suas limitações físicas, psíquicas e educacionais. O [Decreto nº 5.598, de 1º de dezembro de 2005](#) é a lei especial

responsável por regulamentar a contratação de aprendizes e estabelece todos os resguardos trabalhistas, como jornada e remuneração, e as formalidades desse contrato especial, formação e extinção do vínculo.

Algumas diferenças residem entre o contrato de trabalho efetuado por pessoa menor de idade, regulado e amparado por lei, e o trabalho doméstico infantil proibido. A primeira delas pode ser o ajuste prévio e por escrito (art. 3º da supracitada lei), com o prazo máximo de dois anos, enquanto que o TIID toma proporções que por vezes nem o menor tampouco seus pais imaginariam, então não há que se falar em clara intenção do empregador, sequer em ajuste prévio, por escrito ou com prazo determinado, pois o trabalho pode estender-se anos a fio.

É necessário que o aprendiz comprove inscrição em instituição de ensino (ainda art. 3º). Diferente do menor incluso em programa de aprendizagem, o jovem inserido no TIID, em primeiro plano, almejava melhores oportunidades de estudo, contudo, no fim das contas somente consegue atender às aulas, quando não está muito cansada da jornada de trabalho diária, o que de mesmo modo compromete o estudo em casa. (Você viu a Rosinha (?), 2007). De acordo com o artigo 7º da referida lei o contrato de aprendizagem obedece a alguns princípios:

7º A formação técnico-profissional do aprendiz obedecerá aos seguintes princípios:

- I - garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino fundamental;
- II - horário especial para o exercício das atividades;
- e
- III - capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho.

Parágrafo único. Ao aprendiz com idade inferior a dezoito anos é assegurado o respeito à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. (Brasil, 2005)

O TIID não goza nem de permissão legal tampouco princípios. O responsável pelo emprego de menor de idade de forma irregular não se preocupa com a educação deste, estabelecendo horário especial para iniciar e finalizar o trabalho a fim de permitir dedicação aos estudos, muito menos

atenta-se com a capacitação do menor para o mercado de trabalho, em verdade, a intenção no TIID é manter o ciclo de pobreza e a linha de pouca educação e mais trabalho, seu ensino por fim, está fadado a abranger puramente atividades do lar. Ana Lúcia Kassouf (2002), em sua pesquisa, buscou provar que o trabalho infantil é capaz de reduzir de forma significativa o salário percebido por estes indivíduos quando adultos, repetindo o quadro de pobreza já vivenciado pelos pais, uma vez que só concorrerão a empregos que não exigem muita qualificação e que, por consequência, ofereça baixa remuneração.

Ao jovem de até quatorze anos de idade é assegurado uma contraprestação salarial, a bolsa de aprendizagem enquanto que aos maiores de quatorze anos além da bolsa advêm as proteções trabalhistas e previdenciárias (art. 64 e 65 da Lei nº 8.069/1990). Grande parte dos jovens explorados pelo TIID não recebem qualquer tipo de remuneração. Por vezes pode até se caracterizar numa *mesada* ínfima em pecúnia, ou através de fornecimento de itens pessoais, como roupas e calçados, não sendo este sequer configurado como salário de acordo com o artigo 458, § 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, uma vez que os itens de necessidade pessoal não devem ser considerados como salário *in natura*. Logo, embora pareça que por vezes o TIID caminha tão próximo ao trabalho do aprendiz, depreende-se que na verdade estão em lados opostos em quase todos os sentidos.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante todo o exposto resta a reflexão: até quando essa relação empregatícia acobertada pelo vínculo familiar terá a proteção que merece? E será que apenas deste modo será possível sua extinção?

Apesar das dificuldades de enfrentamento do problema faz-se mister que a sociedade figure como sujeitos nesse cenário de indignação, de modo a agir e denunciar tais atrocidades, para que os direitos humanos, constitucionais e trabalhistas da criança e do adolescente sejam respeitados. Não sendo possível, que sejam reconhecidos ao jovem ao menos os direitos que lhe cabem.

Do mesmo modo, nestes casos, que seja acolhida a nulidade absoluta do negócio jurídico, entretanto, admitindo os efeitos retroativos da nulidade relativa do contrato proibido, para garantir as parcelas trabalhistas

devidas enquanto o legislativo não disciplinar ao certo os efeitos da nulidade do trabalho infantil doméstico velado.

Além disso, é imprescindível a implantação de políticas públicas claras que, de maneira expressa, tratem a matéria com a urgência e importância que exige e ainda, que seja capaz de indicar como proteger tais jovens após a identificação do exercício proibido, habilitando e realocando o menor, com o objetivo de melhorar as oportunidades educativas dos locais mais remotos, entre outros aspectos. Não basta sensibilizar a sociedade e as crianças envolvidas precocemente no trabalho proibido se não inserirmos suas famílias em programas de emprego, renda e educação.

9. REFERÊNCIAS

ALBERTO, Maria de Fátima Pereira; PATRIOTA, Gabriela Fernandes Rocha. **Trabalho infantil doméstico no interior dos lares: as faces da invisibilidade**. Estudos e Pesquisas em Psicologia, vol. 14, núm. 3, 2014, pp. 893-913. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Brasil.

ALBERTO, Maria de Fátima et al. (2009). **Trabalho infantil doméstico: perfil bio-sócio-econômico e configuração da atividade no município de João Pessoa, PB**. *Cadernos de Psicologia Social do Trabalho*, v. 12, n. 1, p. 57-73. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/cpst/article/view/25775>>. Acesso em: 31 de julho de 2018.

ALBUQUERQUE, João Batista de. **O Empregador e o Empregado Rural**. São Paulo: LTr, 1996, p. 100-101 apud FONSECA, Vicente José Malheiros da. **O Trabalho Infantil no Brasil e os Direitos Humanos** R. TRT 8ª Região. Belém. v. 44, n. 87, p. 17-68, jul./dez./2011. Disponível em: <https://www.trt8.jus.br/sites/portal/files/pdfs/revista/Revista_87.pdf>. Acesso em: 21 de outubro de 2018

ARRUDA, Kátia Magalhães. **O trabalho infantil doméstico: rompendo com o conto da cinderela**. Revista Tribunal Regional do Trabalho 3º Reg, Belo Horizonte, v.45, n.75, p.199-206, jan.-jun. 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2016, p. 369. ISBN 978-85-361-8688-7.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 de setembro de 2018.

_____. **Decreto nº 3.597, de 12 de set. de 2000**. Brasília-DF. Promulga a Convenção 182 e a Recomendação 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação, concluídas em Genebra, em 17 de junho de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3597.htm>.

_____. **Decreto nº 5.598, de 1º de dez. de 2005**. Brasília-DF. Regulamenta a contratação de aprendizes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5598.htm>.

_____. **Lei nº 10.593, de 6 de dez. de 2002**. Brasília-DF. Dispõe sobre a reestruturação da Carreira Auditoria do Tesouro Nacional, que passa a denominar-se Carreira Auditoria da Receita Federal - ARF, e sobre a organização da Carreira Auditoria-Fiscal da Previdência Social e da Carreira Auditoria-Fiscal do Trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10593.htm>.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de jan. de 2002**. Brasília-DF. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de jul. de 1990**. Brasília-DF. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de mai. de 1943**. Brasília-DF. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>.

_____. **Lei Complementar nº 150, de 1º de jun. de 2015.** Brasília-DF. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm>.

CAL, Danila Gentil Rodriguez. **Luta pública contra o trabalho infantil doméstico: implicações democráticas das ações de advocacy.** Revista Brasileira de Ciência Política, nº18. Brasília, setembro - dezembro de 2015, p. 211-242.

CANOTILHO, J. J. Gomes; et al. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. ISBN P

CANTUÁRIA, Juliana Pereira. **Trabalho infantil doméstico na casa de terceiros e o fracasso de sua erradicação.** Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia) – Curso de Direito, Universidade de Brasília. Brasília-DF, 2016. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/14731/1/2016_JulianaPereiraCantuarua_tcc.pdf>. Acesso em: 31 de julho de 2018.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho: de acordo com a reforma trabalhista Lei 13.467/2017.** 15. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. ISBN 978-85-309-7885-3.

CAMPO GRANDE NEWS. **Torturada quando criança, Lucélia recebia até choques, mas hoje fala de perdão.** 30, ago 2008. Disponível em: <<https://www.campograndenews.com.br/lado-b/comportamento-23-08-2011-08/torturada-quando-crianca-lucelia-recebia-ate-choques-mas-hoje-fala-de-perdao>>. Acesso em: 30 de agosto de 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho **Curso de direito do trabalho** - 16. ed. rev. e ampl.— São Paulo: LTr, 2017. p. 309 a 456

DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **O novo manual do trabalho doméstico.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2016. ISBN:978-85-361-8874-4.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental Ao Trabalho Digno.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 178-208.

DUTRA Maria Zuíla Lima. **A Inviolabilidade Do Lar E O Trabalho Infantil Doméstico**. Rev. TST, Brasília, vol. 81, no 1, jan/mar 2015.

FÓRUM NACIONAL DE PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL (FNPETI). **Conceito de Trabalho Infantil**. Disponível em: <<http://www.fnpeti.org.br/biblioteca/ver/511-conceito-de-trabalho-infantil.html>>. Acesso em: 14 de outubro de 2018.

GLOBO.COM. **Empresária é condenada a quase 15 anos por torturar menina em Goiás**. São Paulo. 30 jun 2008. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL629830-5598,00-EMPRESARIA+E+CONDENADA+A+QUASE+ANOS+POR+TORTURAR+MENINA+EM+GOIAS.html>>. Acesso em 30 de Agosto de 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD (2016)**. Tabela: Trabalho Infantil. Anual. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/rendimento-despesa-e-consumo/17270-pnad-continua.html?=&t=downloads>>. Acesso em: 14 de outubro de 2018.

KASSOUF, Ana Lúcia. **O efeito do trabalho infantil para os rendimentos dos jovens, controlando o background familiar**. In: XIII Encontro Nacional de Estudos Populacionais, 2002. Ouro Preto – MG. Violências, o Estado e a Qualidade de vida de população Brasileira, 2002.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 489-592

MASI, Domenico de, 1938. **O Ócio criativo**. 3. ed. Tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000. Tradução de: Oziocreativo. ISBN 85-86796-45-X1. p.136-157.

MOTTA-MAUÉS, Maria Angélica (2012). **Uma mãe leva a outra(?): práticas informais (mas nem tanto) de ‘circulação de crianças’ na Amazônia**. Scripta Nova, v. XVI, n. 398, p. 1-24.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho Doméstico Infantil**. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho->

domestico/WCMS_565969/lang--pt/index.htm >. Acesso em: 14 de outubro de 2018.

SOUZA, Jozilda Lima de. **Trabalho infantil e seus efeitos jurídicos**. Revista Científica Intr@ciência, v. 01, p. 204, 2014.

TETI, Daniel Vieira. **Efeitos do contrato de trabalho proibido e do contrato de trabalho ilícito**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 10 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31131> >. Acesso em: 02 de outubro de 2018.

VOCÊ VIU A ROSINHA(?). Direção: Armando Praça. Roteiro: Célia Gurgel e Armando Praça, 2007. Produção: Tibico Brasil. Brasil: Universidade Federal do Ceará. Curta-metragem (28 minutos). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=i5DLLzwV-ao> >. Acesso em 19/08/2015.

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS DESAFIOS DA AUTOCOMPOSIÇÃO EM DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS

LIDIANE DUTRA DIAS: Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Pós-graduada em Direito Previdenciário pela Rede de Ensino LFG/Anhanguera. Pós-graduanda em Direito Público pela Damásio Educacional. Advogada.

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo examinar os desafios da implementação dos mecanismos de autocomposição de demandas, tal como previstos na nova codificação processual civil, às questões previdenciárias. Para tanto, necessário se fez analisar detidamente a audiência de conciliação ou mediação, uma das principais inovações do Novo CPC. Ademais, foram apresentados os pontos em que o diploma processual falhou ao não adequar novos institutos às ações que envolvam a Previdência Social.

Palavras-chave: Autocomposição. Conciliação. Mediação. Ações previdenciárias.

ABSTRACT: This work pretend to examine the challenges of the implementation of the mechanisms for the autocomposition of demands, as foreseen in the new civil procedural codification, to the social security actions. To that end, it was necessary to have a detailed analysis of the conciliation or mediation hearing, one of the main innovations of the New CPC. In addition, it was presented the points in which the procedural document failed to adapt new institutes to the actions that involve Social Security.

Keywords: Autocomposition. Conciliation. Mediation. Social security actions.

PREMISSAS INICIAIS

No hodierno cenário do Direito Processual, tornou-se lugar comum a busca incessante por contornar o congestionamento da justiça brasileira. O Judiciário, desvirtuando-se de seu papel de pacificador social, passou os últimos anos concentrando seus esforços na redução da sobrecarga de processos,

notadamente na primeira instância, a qual, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça^[1], é o segmento com maior acúmulo de ações em curso.

Com isso, os jurisdicionados e suas lides deixaram de ser o foco da atividade jurisdicional para se tornarem meros espectadores do esforço dos magistrados para alcançar as metas impostas pelos tribunais, justificadas pela crescente demanda de processos, que a cada dia mais se avoluma.

As apostas para superar essa crise da jurisdição foram concretizadas com a publicação, em 16 de março de 2015, do novo Código de Processo Civil. Instituída pela Lei nº 13.105/2015, a nova codificação passou a vigorar em 18 de março de 2016, por decisão do Pleno do Superior Tribunal de Justiça, em sessão administrativa, ao interpretar o artigo 1.045 do diploma processual em combinação com o artigo 8º, parágrafo 1º, da Lei Complementar nº 95 de 1998.

Com o intuito de reduzir o número de processos na justiça brasileira sem perder de vista a função maior do Poder Judiciário, qual seja, a pacificação social, o legislador tratou de priorizar a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, ampliando a previsão da autocomposição no direito processual.

Abrindo um parêntese, necessário esclarecer que alguns juristas entendem que se tornou errônea a expressão “meios alternativos” para fazer referência à conciliação, à mediação, à arbitragem e ao julgamento por órgãos administrativos; isso porque, segundo eles, a partir da Lei nº 13.105/2015 eles passaram a ser previstos expressamente no Código de Processo Civil, não se caracterizando mais como alternativos.

Ocorre que o adjetivo em questão indica a alternatividade em relação ao pronunciamento judicial; conciliação, mediação, arbitragem e julgamento por órgãos administrativos são mecanismos alternativos à jurisdição, razão pela qual a expressão continua perfeitamente aplicável.

O CPC de 2015 pretendeu debelar a excessiva litigiosidade, vislumbrando um sistema multiportas de dimensionamento dos conflitos. A solução judicial passa agora a conviver com métodos que instigam o empoderamento das partes, tais como a mediação e a conciliação.

É certo que o novo código contempla a autocomposição nas modalidades judicial e extrajudicial. Neste trabalho, o foco será a forma judicial, consubstanciada na audiência de conciliação ou mediação logo no limiar do procedimento comum.

O momento não poderia ser o mais oportuno para tratar deste tema, tendo em vista sua relevância e atualidade diante da recente entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, o qual demandará apropriado estudo da atual legislação processual por parte dos acadêmicos e operadores do direito.

O objetivo geral do presente trabalho é apontar os desafios da implementação dos métodos de autocomposição, dando enfoque à audiência de conciliação ou mediação tal como prevista na nova codificação processual civil (Lei nº 13.105/2015), às demandas previdenciárias, desconstruindo a ideia de que o novo CPC, na medida em que concebe a solução judicial como a *ultima ratio*, representa uma panaceia para o problema da obstrução da justiça brasileira.

Como objetivo específico pretende-se demonstrar empiricamente a reduzida importância que ainda é destinada à justiça conciliativa em matéria previdenciária no ordenamento jurídico brasileiro. E, ainda, evidenciar que, aliada à nova codificação, há que haver a adoção de outras medidas, pois, em nosso entendimento, há uma série de entraves que precisam ser rediscutidos para que as alterações do diploma em questão possam surtir o efeito esperado.

Para tanto, de início, serão evidenciadas as modificações implantadas pela Lei nº 13.105/2015 no direito processual civil, mormente no que pertine à audiência de conciliação ou mediação. Será explicitada a normatização que passa a regular as práticas conciliatórias, tudo voltado ao rápido findar dos autos processuais, com o resultado advindo da própria vontade das partes.

Por derradeiro, o último capítulo tratará de apontar os desafios que a implantação da nova legislação enfrentará nas ações previdenciárias até que comece a surtir os efeitos desejados. São empecilhos das mais diversas searas, conforme será analisado adiante.

1. PARÂMETROS LEGAIS DO NOVO CPC

Os meios alternativos de solução de conflitos – em inglês, *alternative dispute resolution* – consubstanciam-se em instrumentos para dissolver um conflito particular antes que seja apresentado para julgamento perante um tribunal estatal.

São vantajosos se comparados à heterocomposição porque neles a solução da controvérsia advém das próprias partes, o que leva a uma pacificação mais duradoura do conflito, ao contrário da decisão prolatada por um tribunal estatal, que é imposta unilateralmente às partes, contrariando a vontade de, pelo menos, uma delas.

Importante salientar, ainda, que a autocomposição, de modo geral, implica celeridade do processo se comparada a um processo judicial. Isso porque este, não raras vezes, se prolonga durante muitos anos, passando por diversas instâncias.

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) trouxe a lume importantes modificações que afetam diretamente os métodos alternativos à jurisdição. Logo nos primeiros passos da redação já se vislumbra claramente a intenção do legislador de colocar entre as normas fundamentais do processo civil, o dever do Estado de incentivar a solução consensual dos conflitos, senão vejamos:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Uma das principais inovações diz respeito à audiência de conciliação ou mediação no limiar do procedimento.

O Código de Processo Civil de 2015 traz uma profunda inovação se comparado ao regime anterior, instituindo uma audiência prévia à apresentação da contestação e que se destina exclusivamente à tentativa de conciliação ou

mediação. Essa é talvez a mais importante modificação no que tange à autocomposição e vem regulada no artigo 334, que possui a seguinte redação:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato

atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

Neste contexto, exigindo-se a realização de audiência prévia de conciliação ou mediação para todo processo de conhecimento, fica evidente a extinção da separação dos ritos em sumário e ordinário. O novo CPC os unifica, passando a denominá-los "procedimento comum".

Como se vê, o dispositivo normativo introduziu no direito processual civil brasileiro uma fase inicial ao procedimento comum, que impõe a designação de uma audiência de conciliação ou mediação obrigatória, salvo raras exceções que serão tratadas mais adiante. Estamos, portanto, diante de uma regra: o processo de conhecimento se inicia com esta audiência, que ocorrerá não perante o juiz, mas perante o conciliador/mediador, em ambiente menos formal e intimidador.

Isso significa dizer que, ajuizada a demanda, ato contínuo, o réu será intimado para comparecer à audiência de conciliação ou mediação. A citação não é mais o primeiro ato de contato do réu com a pretensão jurídica do autor; ela passa a ser efetivada somente após a realização da mencionada audiência, em caso de não comparecimento de qualquer das partes ou de não ter sido celebrado acordo algum.

E essa mudança procedimental tem a sua razão de ser pautada justamente na valorização da solução consensual. Na data designada para a audiência o réu

não tem conhecimento do motivo que está sendo intimado para comparecer em Juízo, já que a contrafé só é entregue no momento da citação, que só ocorrerá após a audiência.

A alteração é pertinente, visto que o conhecimento prévio dos termos da inicial acabaria por incutir no réu um sentimento de raiva e de vingança que dificultaria o diálogo entre as partes. Dessa forma, se o réu não lê a exordial, não sabe os detalhes da ação e ao chegar à audiência de conciliação ou mediação estará mais desarmado, criando, assim, um ambiente propício para o acordo.

Não há que se falar em cerceamento de defesa e consequente inconstitucionalidade, uma vez que, a qualquer tempo antes da audiência, a parte ré pode comparecer no cartório para ficar a par da pretensão autoral.

Para comparecimento na audiência, o autor será intimado na pessoa de seu procurador (parágrafo 3º do artigo 334), ao passo que o réu, por ser sua primeira participação no processo, será intimado pessoalmente, mas no ato deverá estar acompanhado por advogado ou defensor público (parágrafo 9º do dispositivo em análise). Tanto é obrigatória a presença das partes - ou seus procuradores com poderes para negociar e transigir - na audiência que o não comparecimento injustificado é tido por ato atentatório à dignidade da justiça, incidindo multa de até 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, nos moldes do previsto no parágrafo 8º do artigo 334.

O prazo para a apresentação da defesa só começa a fluir a partir da data da realização da audiência, ou do dia em que o réu manifesta seu desinteresse na composição consensual.

Mas para que a audiência de conciliação ou mediação não ocorra não basta a ausência de interesse de apenas uma das partes, como ocorria no CPC/1973. É necessária a manifestação de desinteresse tanto pelo autor como pelo réu. Por autor e réu leiam-se todas as partes envolvidas, inclusive litisconsortes, ativos ou passivos. A parte autora deverá declinar logo na peça inicial sua opção por não se submeter à conciliação/mediação e a parte ré, através de petição autônoma com antecedência mínima de dez dias da data designada para o ato.

Importante salientar desde logo que ninguém é obrigado a permanecer em conciliação/mediação (isso vem, inclusive, previsto expressamente no parágrafo 2º do artigo 2º da Lei nº 13.140/2015 - Lei da Mediação). Isso quer dizer

que, embora a audiência seja obrigatória para ambas as partes, qualquer uma delas pode desistir do método conciliatório a qualquer tempo.

Além disso, há outra situação que excepciona a obrigatoriedade da audiência logo no início do procedimento comum: a indisponibilidade do direito pleiteado. Tão somente as controvérsias transacionáveis podem ser submetidas à justiça conciliatória. Em se tratando de direito que não admite autocomposição, o parágrafo 4º, inciso II do artigo 334 expressamente afasta a necessidade da audiência de conciliação/mediação.

Atenta ao avanço tecnológico das últimas décadas, que tem contribuído para a informatização dos processos, a nova codificação processual civil tratou de se antecipar e admitiu a realização da audiência de conciliação ou mediação por meio eletrônico. A dicção do parágrafo 7º do artigo 334, como se vê, remete à futura legislação a regulamentação desse sistema de transmissão.

E para terminar a exposição do dispositivo normativo *sub examine*, destaque para a redação do parágrafo 11. A autocomposição, seja por conciliação, seja por mediação, precisa ser sempre reduzida a termo e homologada por sentença judicial, constituindo, assim, um título executivo judicial. A homologação do acordo pelo juiz não se consubstancia em direito subjetivo das partes, mas sim uma faculdade do magistrado, que, se recusando a homologá-lo, deverá fundamentar sua decisão.

Diferentemente, a Lei da Mediação não exige a homologação do ajustamento entre as partes (vide artigo 20, parágrafo único da Lei nº 13.140/2015). Neste caso, o acordo constituirá um título executivo extrajudicial. Comentando o dispositivo normativo, Ada Pellegrini Grinover asseverou que é "realmente incompreensível que o acordo judicial não seja levado à homologação" (GRINOVER, 2015, *online*).

Não parece haver dúvidas de que a audiência de conciliação ou mediação, do modo como foi prevista no novo CPC, antes da contestação do réu, cria um ambiente mais propício à solução mais rápida da controvérsia através de um acordo. No entanto, alguns aspectos legislativos, materiais e culturais podem comprometer a eficácia desta audiência inaugural, especialmente em se tratando de conflitos envolvendo matéria previdenciária, como se verá a seguir.

2. AUTOCOMPOSIÇÃO EM MATÉRIA DE SEGURIDADE SOCIAL

O número excessivo de processos em curso, a inadequada estrutura dos órgãos do Poder Judiciário, a preterição de outras formas de solução de conflitos, entre outros fatores, são algumas das causas que podem ser atribuídas à crise jurisdicional vivenciada na atualidade, como explanado anteriormente.

No caso das ações previdenciárias, não bastasse isso, a situação é agravada porque um dos envolvidos no litígio, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, é uma autarquia federal, gozando de algumas prerrogativas que costumeiramente atrasam ainda mais o andamento processual, tais como os prazos diferenciados (o novo CPC, em seu artigo 183, *caput*, prevê que eles são em dobro para qualquer manifestação processual da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações); a efetivação da decisão dependente da expedição de precatórios; e a remessa necessária (IBRAHIM, 2011).

A seguridade social carrega em si própria a concretização de valores republicanos caros à sociedade: saúde, previdência e assistência social. Assim, diante da almejada celeridade processual e tendo em vista a vulnerabilidade daqueles que buscam o Poder Judiciário para verem satisfeitos os seus interesses perante o INSS, o sistema processual sob a ótica previdenciária se torna um estudo de primeira necessidade no que toca aos métodos alternativos de solução da demanda.

A presença de um litigante habitual no polo passivo de uma demanda proposta por um jurisdicionado hipossuficiente informacional e economicamente dificulta o equilíbrio entre as partes, porque gera por consequência o abuso por parte do réu – no caso, o INSS – de deficiências estruturais do Poder Judiciário para, valendo-se do seu poderio econômico e da lentidão da justiça, minimizar seus riscos e prejuízos.

Victor Roberto Corrêa de Souza elenca as principais vantagens das quais se valem os litigantes habituais:

- (a) maior experiência jurídica e melhor planejamento do litígio;
- (b) relações informais de seus mandatários com servidores públicos, juízes e membros de tribunais;
- (c) diluição econômica dos riscos processuais entre outros feitos;
- (d) litigância de larga escala e otimização de custos

com honorários advocatícios contratados com um único mandatário (ou poucos) para todos os processos do litigante habitual; (e) teste de estratégias processuais visando a casos futuros. (SOUZA, 2015, p. 598)

De outro lado, os litigantes eventuais, no caso das demandas previdenciárias, consubstanciam-se em pessoas financeiramente desfavorecidas, no caso os segurados, que não possuem condições de levar o processo judicial até às últimas instâncias, por causa das vultosas despesas com custas processuais e honorários advocatícios.

Esta desigualdade processual é facilmente percebida quando da realização das audiências de conciliação ou mediação, nos moldes previstos no artigo 334 do NCPC, cujo procedimento fora esmiuçado no capítulo anterior.

Em matéria previdenciária, mormente nos Juizados Especiais Federais, não é raro encontrar nas aludidas audiências partes bem pobres, desacompanhadas de advogados e na expectativa de saírem dali com um acordo, mesmo que parcial. Na ânsia de resolverem o mais brevemente possível o problema que lhes tenha levado a acionar o Poder Judiciário e sem contar com informações precisas acerca de seus direitos, muitos acabam por aceitar propostas iníquas, acordos que não correspondem ao que razoavelmente lhes era devido. E, ao final, o que houve não foi uma verdadeira transação, que pressupõe concessões recíprocas; somente uma parte cedeu – claro, a mais fraca.

Na tentativa de minimizar essa discrepância entre litigantes habituais e eventuais, o novo Código de Processo Civil traz uma importante previsão, qual seja o artigo 373, parágrafo 1º, que contemplou a distribuição dinâmica do ônus da prova, dispondo que

Art. 373 (...)

§1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo

diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Com isso, permitiu-se ao juiz distribuir tal ônus entre os litigantes observando-se a maior facilidade ou extrema dificuldade de uma das partes obter a prova imprescindível ao deslinde da ação. Impondo-se a produção da prova pelo envolvido no litígio com melhores condições de fazê-la, estar-se-á garantindo maior equidade entre litigantes habituais e eventuais.

Essa nova regra é especialmente importante para as relações previdenciárias, porque não raro é o réu, o Instituto Nacional do Seguro Social, quem detém as informações capazes de provar o alegado pelo autor, tais como os vínculos empregatícios, os benefícios previdenciários percebidos, o número e os valores de contribuições vertidas à previdência ou, ainda, o regime a que estava vinculado o autor em determinado período laboral.

Ressalte-se, por oportuno, que os mediadores e os conciliadores devem permanecer alertas quanto a eventuais desequilíbrios nos ônus probatórios atribuídos a cada parte. Embora a faculdade do supramencionado artigo 373, parágrafo 1º, se aplique tão somente aos magistrados, aqueles auxiliares da justiça poderão se utilizar da prerrogativa de suspender a audiência do artigo 334 e retomá-la em até dois meses, conforme dicção do parágrafo 2º deste dispositivo normativo.

Também o incidente de resolução de demandas repetitivas, inovação da nova codificação processual civil, é instrumento para tentar combater o notório desnível econômico-patrimonial dos litigantes habituais e eventuais. O novo instituto presta-se a auxiliar tribunais, TJs e TRFs, no julgamento por amostragem de ações repetidas cujo objeto seja exclusivamente uma única e mesma questão de direito. Tal incidente é particularmente relevante no direito previdenciário.

Entretanto, não obstante todos esses esforços do novo CPC voltados ao equilíbrio entre as partes litigantes e consequente composição justa da lide, olhando pelo aspecto macro das modificações, elas não culminaram em uma efetiva alteração das relações previdenciárias.

Ora, ao que parece o legislador do novo sistema processual reservou uma preocupação bastante restrita e minorada aos processos previdenciários. O foco estacionou na celeridade de tramitação das relações privadas, olvidando-se o texto legal do aspecto jurisdicional processual das relações sociais previdenciárias.

Nas palavras de [Theodoro Vicente Agostinho e Sérgio Henrique Salvador](#),

Importante também a ótica do equilíbrio processual que deve conduzir o julgador no exercício de suas atribuições. Neste ponto, a engenharia autárquica, a falta de senso conciliador, o abismo legislativo e normativo interno, além do ímpeto fiscalizador, colocam os gestores previdenciários em primazia da causa, abortando o jurisdicionado de um acesso a uma ordem jurídica justa.

Por este aspecto, agiu na contramão o projeto [novo CPC], que não conferiu o destaque necessário para o trato previdenciário, não arrematou em pé de igualdade com a Fazenda Pública o cidadão comum, destinatário-mor de um plano de proteção, que tem na própria Administração Pública, um devedor desta corolária obrigação constitucional. (AGOSTINHO; SALVADOR, 2015, *online*)

Essa reduzida importância destinada ao direito processual previdenciário no novo CPC acaba por não resolver a histórica discrepância de paridade de armas entre as partes envolvidas, quais sejam segurado e INSS.

Como se vê, o texto aprovado reafirmou várias das prerrogativas legais do Poder Público, regalias estas que continuarão a engessar as lides contra o INSS e a dificultar, sobremaneira, a autocomposição.

CONCLUSÃO

Os mecanismos consensuais para solução dos litígios trazidos na nova sistematização processual se mostraram demasiado necessários para se tentar chegar à definitiva pacificação social das controvérsias e, conseqüentemente, à

redução do número de demandas que hoje tramitam no Poder Judiciário brasileiro.

Ocorre que, como se viu, o novo *Codex* deu especial enfoque à celeridade de tramitação das relações privadas, olvidando-se das peculiaridades ínsitas às demandas sociais previdenciárias, mormente por envolver litigante habitual do porte do INSS.

Nítidos foram os esforços para a disseminação de uma cultura jurídica baseada em soluções diferentes da heterocomposição por meio do juiz. E os avanços do regramento da autocomposição têm se mostrado evidentes, porém, esperava-se maior dispêndio de esforços para discipliná-la especificamente na área previdenciária, a fim de que fosse minimizada a disparidade de armas inerente a tais relações.

Certo é que a solução de conflitos por meio dos métodos alternativos à jurisdição ainda tem muito a crescer, mormente na seara previdenciária. Sonha-se o dia em que seja possível entregar ao jurisdicionado uma resposta para o seu conflito baseada nas próprias percepções das partes, o que, enfim, ajudaria a atingir a almejada pacificação social efetiva.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, [Theodoro Vicente](#); SALVADOR, [Sérgio Henrique](#). **Modernização do judiciário não alcançou as relações previdenciárias**. In: Consultor Jurídico, mai. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-23/direito-previdenciario-nao-afetado-mudancas-cpc>>. Acesso em 07 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 fev. 2019.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 13 fev. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo Código de Processo Civil**. In: Programa de Atualização em Direito – PRODIREITO, v. 1, nov. 2015. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/conflitosnonovo/>>. Acesso em 31 de agosto de 2017.

IBRAHIM, Fábio Zambitte Ibrahim. **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. **O novo Código de Processo Civil brasileiro e a audiência de conciliação ou mediação como fase inicial do procedimento**. Revista de Processo, São Paulo, v. 243, 2015.

Nota:

[1] Informação colhida no site do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>>. Acesso em 22 de fevereiro de 2019.

AUTONOMIA DO PACIENTE EM FACE DA LEGISLAÇÃO

ASSOCIAÇÃO DAS TESTEMUNHAS CRISTÃS DE JEOVÁ

ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO: Doutor em Direito, Professor Titular de Direito Civil, Regente de Pós-Graduação e ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); Professor Titular de Direito Romano, de Direito Civil e ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em São Paulo; condecorado com o Colar do Mérito Judiciário pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Advogado e ex-Conselheiro Federal e Estadual, por São Paulo, da Ordem dos Advogados do Brasil; Parecerista e Consultor Jurídico.

Sumário: 1. Dignidade da pessoa humana — 2. Titular do direito à vida e liberdade de crença religiosa — 3. Jurisprudência específica — 4. Direitos da personalidade — 5. Direito de escolha de tratamento médico-Art. 15 do Código Civil - 6. Lei dos Transplantes de órgãos - 7. CFM — Conselho Federal de Medicina — 8. Aspectos constitucionais — 9. Matéria Penal: Omissão de Socorro e Constrangimento ilegal — 10. Direito a Vida e suicídio assistido.

1. Dignidade da pessoa humana

O princípio fundamental que a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, aponta, em seu artigo 1º, inciso III, é a dignidade de pessoa humana.

Nele, a autonomia da vontade e da liberdade de agir, integram seu sentido.

2. Titular do direito à vida e liberdade de crença religiosa

Outro princípio constitucional é o direito à vida, em seu artigo 5º, *caput*, pelo qual, completa o Código Civil, em seu artigo 15, que o Cliente tem o poder na escolha de seu tratamento médico, em toda a plenitude da autonomia de sua vontade e Liberdade de ação.

Aqui o caso das Testemunhas de Jeová, que têm o direito de escolher tratamento sem transfusão de sangue, na salvaguarda de seus direitos religiosos.

Nesse sentido, a proteção às entidades religiosas está garantida no artigo 5º, da Constituição Federal-1988, como um dos direitos e garantias fundamentais, incisos VI, VII e VIII, dizendo este último que “ninguém será privado de direito por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos impostas e recusar-se e a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Resta, assim, evidente essa proteção a todas as crenças religiosas, desde que não colidam com as normas jurídicas nacionais.

Ai a liberdade das crenças religiosas.

Qual o princípio mais importante, o que protege o direito à vida ou à liberdade de crença?

Não há princípio mais importante do que outros; é preciso sempre estudar o caso concreto, pois, às vezes, a proteção do direito à vida, que é direito da personalidade do seu titular, outras vezes, o risco de perdê-la é menos importante do que a salvaguarda da alma. Vale então o direito do Paciente de manter sua vida digna.

3. Jurisprudência específica

Embora existam outros julgados^[1], citarei dois, bem expressivos.

Conclui-se no último julgado, citado, de Minas Gerais, que a sentença bem ressaltou a prevalência do livre exercício dos cultos religiosos (artigo 5º, inciso VI, da CF).

Destaque-se desse decisório que “contrariar a vontade da suplicada, obrigando-a a receber a transfusão de sangue, seria um ato monstruoso e que invadiria a órbita da tortura, atualmente equiparada aos delitos hediondos”. Ressalta o magistrado com o entendimento do Desembargador Alberto Villas Boas no agravo 191,519-6/001 (TJMG).

Reconheceu-se o direito à vida condigna, optando-se pelo julgamento diante do caso concreto.

Cite-se, ainda, caso importante^[2] em que foi indeferida liminar e a própria inicial, em que se pretendia autorização judicial para realização de transfusão de sangue, em paciente adulto e capaz com quadro clínico de insuficiência renal crônica e anemia, que se recusou peremptoriamente a esse procedimento médico, por professar a religião Testemunhas de Jeová.

4. Direitos da personalidade

Os direitos da personalidade, guardam-se no interior do ser humano como verdadeiro tesouro, só do seu titular.

Assim, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, resguardados no *caput* do artigo 5º da CF. A religião, especialmente, destaca-se, também como direito de personalidade, no mesmo artigo 5º, da CF, em seu inciso II (liberdade de consciência, de crenças ou de crenças e de cultos).

Esses direitos da personalidade, da pessoa, são invioláveis, menciona o mesmo art. 5º, citado, da CF, inciso X, e 5510 regulamentados pelo Código Civil de 2002, em seus arts.11 a 21.

5. Direito de escolha de tratamento médico

Entre eles, desponta o art.15 que assenta: "Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida (morte), a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica".

Aliás, a transfusão de sangue pode transmitir doenças graves, como AIDS, doença de chagas, sífilis etc.

A exemplo um grande Hospital Americano fechou suas portas em razão de transmissão sanguínea de AIDS a inúmeras pessoas, ante a pesada condenação judicial sofrida.

6. Lei dos Transplantes de órgãos

A Lei de transplantes de órgãos e tecidos, 9.434, de 23 de março de 2001, é bem rigorosa e só admite esse procedimento com o expresso consentimento do receptor do órgão ou do tecido, após rigoroso aconselhamento médico.

Essa Lei reconhece expressamente esse consentimento do Paciente, respeitando sua titularidade de direito sobre seu corpo, seu direito da personalidade de cuidar dele.

7. CFM — Conselho Federal de Medicina

O CFM, em caso de eminente perigo de vida, autorizava a transfusão de sangue contra a vontade do Paciente CCFM-Resolução 1.021/80).

Como vemos, isso aconteceu antes da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil, de 2002.

Atualmente, o Código de Ética Médica, de 2009, garante a autonomia do Paciente, que deve ser respeitada.

Ha muito tempo atrás, realizei uma palestra sobre o Paciente e sua vontade autônoma de não querer se submeter a transfusão sanguínea, no Hospital das clínicas, de São Paulo, a pedido de aproximadamente 40 médicos professores de testemunhas de Jeová, à época matéria de difícil orientação. Essa palestra foi dada sobre prismas filosóficos, à falta de uma legislação específica como a atual.

8. Aspectos constitucionais

Lembre-se de que, desde a Constituição Imperial, de 25 de março de 1824, já se mencionava, em seu art. 179, inciso I, que “Nenhum Cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei”.

Rezava a Constituição Imperial, seu art. 5º, que a “Religião Católica e Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinados, sem forma alguma exterior de Templo”.

Na Constituição Republicana, de 24 fevereiro de 1891, repetiu-se esse preceito, em seu art. 72, §1º.

A Constituição de 16 de julho de 1934 tratou desse texto no capítulo relativo aos direitos e garantias individuais, com a mesma redação, no art. 113, inciso 2, e nesse artigo, inciso 1, declarava “Todos são iguais perante a lei: Não haverá privilégios, nem distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas”.

A Constituição de 10 de novembro de 1937 tratou da matéria, no art. 122, inciso 4: “Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes”.

Ao seu turno, a Constituição de 18 de setembro de 1946 ressalta, em seu art. 141, §2º, que ninguém pode ser obrigado ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Também evidencia a importância da convicção religiosa (art. 141, §8º).

Também a Constituição de 24 de janeiro de 1967, cuida da mesma matéria, no art. 150, §2º e §§5º, §6º, respectivamente; depois da Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969, respectivamente, art. 153, §2º e §5º 6º e 7º.

9. Matéria Penal: Omissão de Socorro e Constrangimento ilegal

O art. 135 do Código Penal caracteriza o crime de omissão de socorro quando se deixa de prestar assistência, quando possível fazê-lo, sem risco pessoal a criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo e em eminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública.

O crime é doloso, devendo existir a vontade consciente e livre de não prestar possível auxílio, como previsto na lei penal.

Assim, se o Paciente recusa-se ao tratamento transfusional, optando por outros tratamentos médicos, que a dispensem, não se consumará o crime referido de omissão dolosa pelo profissional da medicina.

Quanto ao crime de constrangimento ilegal, caracteriza-se se o Paciente se recusar expressamente a realização de transfusão de sangue e ela realizar-se contra a sua vontade (*caput* do art. 146 do Código Penal).

A base desse crime está no art. 5º, inc. II, da CF que assegura eu “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”.

Não há lei que obrigue o Paciente a aceitar ou submeter-se a um determinado tratamento médico.

No caso das Testemunhas de Jeová, por exemplo, não há suicídio nessa recusa, mas escolha de tratamento médico.

10. Direito a vida e suicídio assistido

Se bem que, na Suíça por exemplo, é possível o suicídio assistido.

É o direito de morrer com dignidade.

Cito como exemplo, o caso real de um ancião, com 104 anos de idade, que se declarou infeliz, com o desejo de morrer; sendo austríaco em cujo País não seria possível esse procedimento, mudou-se para a Suíça, marcando o dia de sua morte.

O Brasil não acolhe tal prática; aliás à que sou pessoalmente contrário, no plano espiritual.

Todavia essa admissão de suicídio assistido prova meu entendimento em tese, de que o Paciente é titular do seu direito a vida.

A vida foi-lhe dada por Deus ou pela Natureza (para os descrentes), só Estes ou o Paciente (titular do direito) podem dele dispor.

Assim, o direito a vida é do Paciente (direito da personalidade); qualquer paternalismo legal pode ser dispensado.

Esse direito é defendido pela lei, em face de pessoas (terceiros) que o violem ou pretendam violá-la. Não contra o titular, que pode dele dispor.

São Paulo, 13 de setembro de 2018.

[1] TJ MT, Rec — A1. 2239512006, Cuiabá, 5º Câmara Cível, Relator Des. Leônidas Duarte Monteiro, j. em 31.05.2006; TIMG, Agr. 191.519-6/001 in www.tjmg.gov.br, j. em 14.08.2007 (no mesmo sentido de "preservar os valores morais, espirituais e psicológicos, que se lhe agregam), Rel. Des. Alberto Villas Boas.

[2] TJMG, Med. Cautelar inominada da 3ª V. Cível de B.H., com sentença do Juiz Raimundo Messias, de 09.06.2008, proc. 002408102781-5, cassou liminar e indeferiu a própria inicial pretendia realização de transfusão de sangue.

ABORDAGENS INTERDISCIPLINARES EM ECOLOGIA, GEOGRAFIA E HISTÓRIA NO TURISMO ESCOLAR: POTENCIAL PEDAGÓGICO DO PARQUE ESTADUAL VALE DO SUMIDOURO - MG, BERÇO DO HOMEM DE LAGOA SANTA E DA PAISAGEM CÁRSTICA ADJACENTE

VAGNER LUCIANO DE ANDRADE: Educador e Mobilizador socioambiental, Bacharel/Licenciado em Geografia e Análise Ambiental (UNI-BH) e graduado em Biologia/Licenciatura (Patrimônio Natural) e História/Licenciatura (Patrimônio Cultural) com oito especializações na área pedagógica. Monitorado XI Educação para o Risco Socioambiental (GEEDA/SMMA/PBH) em 2008/2º

SÉRGIO AUGUSTO DE LIMA JÚNIOR¹

RESUMO: A região ancestralmente ocupada pelo Homem de Lagoa Santa no entorno dos povoados de Fidalgo, Lapinha e Quinta do Sumidouro, entre os municípios de Lagoa Santa e Pedro Leopoldo é extremamente importante para o cenário nacional, devido à importância dos achados arqueológicos. O Homem de Lagoa Santa inaugurou novas abordagens para a construção da história do povo brasileiro. A região abrange terrenos cársticos do Grupo Bambuí, com ocorrência de várias grutas calcárias, sendo que algumas delas apresentam pinturas rupestres. Foi na região de Lagoa Santa que Doutor Lund descobriu o maior número de ossadas humanas, o que lhe permitiu inaugurar a discussão sobre a origem do homem pré-histórico. Historicamente conhecida como uma região paleontológica, esta área foi transformada em APA Carster de Lagoa Santa e parte do Vale do Sumidouro foi convertida em parque estadual. O bandeirante Fernão Dias se instituiu na região do Sumidouro, em busca de metais preciosos, trazendo consigo, uma bandeira com quase cinco mil pessoas fundando a Quinta do Sumidouro, um dos quatro primeiros povoados do estado. A Capela de Nossa Senhora do Rosário, construída em 1676 e tombada em 1976 pelo IEPHA, é um típico exemplar da arte barroca mineira do século XVII. O altar esculpido em madeira é atribuído ao Aleijadinho. A Casa de Fernão Dias tem arquitetura típica

¹ Orientador do artigo. Graduado em História pela PUC Minas com especialização em Ensino de História e Políticas Públicas. É professor da educação básica lotado em estabelecimento de ensino da rede estadual de educação.

da segunda metade do século XVII, e foi apoio à mineração no Rio das Velhas, por volta de 1701. A edificação em pau-a-pique, com frontal em adobe e as janelas em canga, demonstra que a casa foi reformada em diferentes épocas. Um dos antigos proprietários solicitou na época o seu tombamento e recuperação para posterior implantação de um museu. O espaço sediou a administração da APA Carster de Lagoa Santa e também Centro de Referência Patrimonial do COPAM. Objetivando averiguar as relações pedagógicas entre ecologia, geografia e história no âmbito da educação básica, o presente trabalho traz observações a partir de viagens escolares a essa região cárstica, berço do Homem de Lagoa Santa, em especial à Gruta da Lapinha, à Casa de Fernão Dias e ao Parque do Sumidouro.

Palavras Chave: Viagens escolares; Relações pedagógicas, Ensino de História

ABSTRACT:

The ancestral area occupied by Man of Lagoa Santa in the surroundings of the villages of Fidalgo, Lapinha and Quinta do Sumidouro, between the municipalities of Lagoa Santa and Pedro Leopoldo is extremely important for the national scenario, due to the importance of the archaeological findings. The Man from Lagoa Santa inaugurated new approaches for the construction of the history of the Brazilian people. The region covers karst lands of the Bambuí Group, with occurrence of several limestone caves, some of which have rock paintings. It was in the region of Lagoa Santa that Doctor Lund discovered the greatest number of human bones, which allowed him to inaugurate the discussion about the origin of the prehistoric man. Historically known as a paleontological region, this area was transformed into APA Carster de Lagoa Santa and part of the Sumidouro Valley was converted into a state park. The bandeirante Fernão Dias was established in the region of Sumidouro, in search of precious metals, bringing with him a flag with almost five thousand people founding Quinta do Sumidouro, one of the first four towns of the state. The Chapel of Our Lady of the Rosary, built in 1676 and listed in 1976 by the IEPHA, is a typical example of baroque mining art from the 17th century. The altar carved in wood is attributed to Aleijadinho. The House of Fernão Dias has typical architecture of the second half of the seventeenth century, and was support for mining in the Rio das Velhas, around 1701. The construction in pau-a-pique, with adobe frontal and windows in canga, demonstrates That the house has been renovated at different times. One of the former owners requested

at the time its tipping and recovery for later implantation of a museum. The space was the headquarters of the APA Carster of Lagoa Santa and COPAM's Center of Patrimonial Reference. With the objective of ascertaining the pedagogical relationships between ecology, geography and history in the scope of basic education, the present work brings observations from school trips to this karst region, the birthplace of the Man from Lagoa Santa, especially to the Cave of Lapinha, to the House of Fernão Dias and the Sumidouro Park. The ancestral area occupied by Man of Lagoa Santa in the surroundings of the villages of Fidalgo, Lapinha and Quinta do Sumidouro, between the municipalities of Lagoa Santa and Pedro Leopoldo is extremely important for the national scenario, due to the importance of the archaeological findings. The Man from Lagoa Santa inaugurated new approaches for the construction of the history of the Brazilian people. The region covers karst lands of the Bambuí Group, with occurrence of several limestone caves, some of which have rock paintings. It was in the region of Lagoa Santa that Doctor Lund discovered the greatest number of human bones, which allowed him to inaugurate the discussion about the origin of the prehistoric man. Historically known as a paleontological region, this area was transformed into APA Carster de Lagoa Santa and part of the Sumidouro Valley was converted into a state park. The bandeirante Fernão Dias was established in the region of Sumidouro, in search of precious metals, bringing with him a flag with almost five thousand people founding Quinta do Sumidouro, one of the first four towns of the state. The Chapel of Our Lady of the Rosary, built in 1676 and listed in 1976 by the IEPHA, is a typical example of baroque mining art from the 17th century. The altar carved in wood is attributed to Aleijadinho. The House of Fernão Dias has typical architecture of the second half of the seventeenth century, and was support for mining in the Rio das Velhas, around 1701. The construction in pau-a-pique, with adobe frontal and windows in canga, demonstrates That the house has been renovated at different times. One of the former owners requested at the time its tipping and recovery for later implantation of a museum. The space was the headquarters of the APA Carster of Lagoa Santa and COPAM's Center of Patrimonial Reference. With the objective of ascertaining the pedagogical relationships between ecology, geography and history in the scope of basic education, the present work brings observations from school trips to this karst region, the birthplace of the Man from Lagoa Santa, especially to the Cave of Lapinha, to the House of Fernão Days and the Sumidouro Park.

Keywords: School trips; Pedagogical relations, History teaching

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O currículo do ensino fundamental atrela-se fundamentalmente ao ensino de Português e Matemática como eixos principais do processo ensino-aprendizagem. Neste contexto, a ecologia, a geografia e a história são negligenciadas, silenciadas e às vezes anuladas na prática cotidiana de docentes do currículo oficialmente consolidado. É preciso romper com este viés cujo formato é limitado e ultrapassado. Os conceitos teóricos de natureza, patrimônio e identidade, por sua vez estão diretamente ligados às áreas de Ecologia, Geografia e História, e analisados numa perspectiva, sistêmica, integrada, interdisciplinar, transdisciplinar e multidisciplinar apontam para uma nova compreensão dos aspectos, fenômenos e elementos da relação ser humano e meio ambiente na prática educativa. Historicamente, o homem manteve uma relação harmônica com a natureza, da qual dependia basicamente para sobreviver, evoluir biologicamente e perpetuar sua espécie, principalmente na Pré-história. Na Antiguidade, com o advento e consolidação da agricultura e do pastoreio, esta relação começou a transformar-se. Já no Medievo, a relação nos feudos era de trato e manejo direto das terras agricultáveis e dos remanescentes florestais, pastoreio e caça, porém a burguesia que vivia nas cidades, já reinaugurava novos modos de vida que se consolidariam com as idéias iluministas. Assim com o Renascimento, revoluções culturais diversas e novas formas de agir e pensar levou às sociedades ocidentais a se tornarem cada vez mais antropocêntricas. A Revolução Industrial trouxe o rompimento maior do homem com os ciclos naturais.

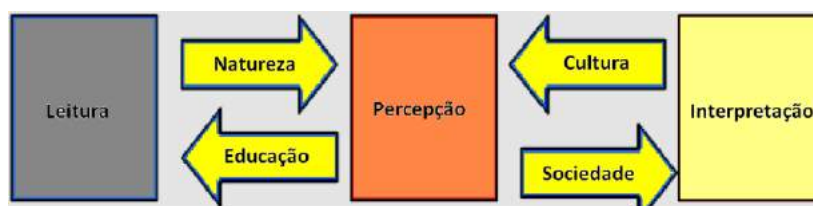
Na atualidade, principalmente após o advento e consolidação do sistema urbano-industrial capitalista, os meios naturais começaram a ser explorados sem limites ou preocupações objetivando atender aos ditames do desenvolvimento insustentável. Assim, gradativamente a natureza dava sinais de desequilíbrios, que por sua vez, se agravaram, década após década, consolidando na atualidade problemas como desmatamento, extinção de espécies, mudanças climáticas, dentre outros. Estas dificuldades, por sua vez, afetam a integridade e a qualidade de vida dos diversos agrupamentos humanos, gerando questionamentos e

mobilizações em prol de mudanças efetivas. Assim surgiram discussões teóricas, que a nível mundial debatiam sobre as mazelas do sistema socioeconômico apontando diretrizes que minimizassem a situação, bem como revertissem projeções da mesma. Destacam-se a Conferência de Estocolmo (1972), o Encontro em Tbilisi (1977), o Relatório “Nosso Futuro Comum” (1987), a Conferência do Rio de Janeiro (1992), dentre vários mecanismos que discutiam a necessidade de se atrelar o desenvolvimento econômico, com justiça social e preservação ambiental. Nascia assim, a premissa do Desenvolvimento Sustentável que por sua vez, orienta a agenda pública de municípios, estados e países na construção de um futuro mais sustentável. Mas os currículos da educação básica ainda estão distantes desta problematização tão relevante na sociedade.

1. TURISMO, EDUCAÇÃO E CULTURA: conexões e realidades

Faz se necessário pensar na interdisciplinaridade (Figura 01) como forma de aplicar o vasto conhecimento histórico-cultural acumulado às realidades dos discentes. Nesta perspectiva de entendimento sistêmico da relação homem e natureza, entra em cena, a viagem escolar, e seus desdobramentos interdisciplinares (ANDRADE; FERREIRA. 2016). No contexto do ensino de história, as visitas geralmente se consolidam em torno de dois complexos turísticos: Santuário de Congonhas, região do Alto Paraopeba – MG e na cidade de Ouro Preto, limitando-se a estes. Neste sentido, o papel educativo do turismo voltado ao entendimento da diversidade biológica e cultural se amplia e se desdobra (BRITO, CAMPOS; VASCONCELOS, 2014). Essas viagens se formatam no sentido de prover conceitos científicos e saberes populares relacionados à natureza, patrimônio e identidade, geralmente negligenciados no currículo tradicional. Assim, este breve estudo de caso trata de potencialidades da região de Lagoa Santa apresentando aspectos relevantes referentes à ecologia pretérita de seu entorno, dominada no passado pré-histórico pelos ancestrais humanos (PILÓ; NEVES, 2003). Assim empreendem-se observações a partir de visitas escolares ao respectivo lugar averiguando as relações pedagógicas entre ecologia, geografia e história no âmbito dos currículos do ensino fundamental contribuindo para uma dinâmica de aprendizagem interdisciplinar em que tais áreas do conhecimento, possibilitem aos alunos uma compreensão eficaz da realidade ao seu redor (BECHELENI; MEDEIROS, 2010).

Figura 01 – Interdisciplinaridade numa viagem escolar



Fonte: Andrade; Ferreira (2016, p. 08)

Quando se discute uma viagem escolar contextualizada numa relação interdisciplinar entre ecologia, geografia e história, o espaço do Santuário do Caraça, no leste do Quadrilátero Ferrífero – MG se destaca. A Serra do Caraça apresenta um conjunto de elementos significativos de ecologia e história tanto no complexo do Santuário como seu entorno. Além de história ligada ao Brasil Colônia e ao Império, o Caraça faz parte de uma área de extrema relevância ambiental. Esta é a mesma realidade da Gruta da Lapinha em Lagoa Santa e região. As observações a partir de uma viagem pedagógica ao conjunto Lapinha e Sumidouro permitem entender as várias lacunas deixadas pelo currículo do ensino fundamental (PÔSSAS; TRAVASSOS; RODRIGUES, 2012). A programação prevista à região da Lapinha (Figura 02) objetiva à visita de alunos e professores do 6º ano a três pontos turísticos: Gruta da Lapinha, Museu Lund e Museu do Castelinho, com abordagens dos conteúdos programáticos de Ciências, Geografia e História priorizando as seguintes abordagens (Quadro I): análise da biologia e geografia local, Circuito Peter Lund, esportes radicais na região como escaladas e rapel, fontes históricas, história local, patrimônio ambiental, pintura rupestre e sustentabilidade (COSTA, 2008).

Figura 02 – localização da região da Lapinha, freqüentemente contemplada com viagens escolares



Fonte: <http://www.lagoasanta.com.br/cidade/mapas.htm>.

Quadro I - Principais abordagens no Parque Estadual Vale do Sumidouro e adjacências

Abordagem interdisciplinar	Local/paisagem estudada	Conteúdo trabalhado
Análise da biologia/Megamastofauna	Museu do Castelinho	Ciências
Circuito Peter Lund	Capela do Rosário e Cruzeiro	Ciências
Esportes radicais (escaladas, rapel, etc...)	Lagoa do Sumidouro	Geografia
Fontes históricas e oralidade	Casa Fernão Dias	História
Geografia local, paisagem e lugar	Relevo cárstico	Geografia
História local e memória	Ribeirão Samambaia	História
Patrimônio ambiental	Gruta da Lapinha	Geografia
Pintura rupestre	Trilha do Sumidouro	História
Sustentabilidade na região	Quinta do Sumidouro	Ciências

2. CARSTER DE LAGOA SANTA: Mapeamento do trajeto

A região entre os municípios de Lagoa Santa e Pedro Leopoldo foi ancestralmente ocupada pelo Homem de Lagoa Santa, área extremamente importante para o cenário nacional, se considerar a importância dos achados arqueológicos, no entorno dos povoados de Fidalgo, Lapinha e Quinta do Sumidouro para a construção da história do povo brasileiro DA-GLÓRIA; NEVES, 2014). Na década de 1950, foi indicada por Barros (1952, p. 30), em seu texto "Lugares para Parques Nacionais no Brasil", como área potencial para se tornar um parque nacional.

"É também de calcário mineiro a região da Lagoa Santa, localidade de renome científico pelos estudos de Lund, Warming, Burmeister, Burton e Reinhardt, que contém característica própria para justificar a criação de um Parque Nacional. A florística de Lagoa Santa, toda a topografia da região, os achados referentes à pré-história humana pertencente a 56 gêneros – 15 dos quais novos para a ciência – e com 114 espécies, a belíssima lagoa que nominou o local, são atributos que o fazem centro típico, de relevo invulgar".

Esta região, parte integrante do Vetor Norte Metropolitano contempla possibilidade de roteiros pedagógicos perpassando por três importantes municípios, Belo Horizonte, Vespasiano e Lagoa Santa. A região abrange terrenos cársticos do Grupo Bambuí, com ocorrência de várias grutas calcárias (Figura 03), sendo que algumas delas apresentam pinturas rupestres (BARBOSA; DEUS, 2016). É uma região turisticamente apta às práticas em esportes radicais como escaladas e rapel. Foi na região de Lagoa Santa que Doutor Lund descobriu o maior número de ossadas humanas, o que lhe permitiu inaugurar a discussão sobre a origem do homem pré-histórico (RODRIGUES, 2013). Sobre a geografia local, Goulart & Diniz (2013, p. 412-413) afirmam que:

É denominado carste o tipo de relevo que apresenta formações como cavernas, dolinas, vales, paredões rochosos e rios subterrâneos, que se formam devido à dissolução química de rochas, principalmente de rochas calcáreas. Um dos mais importantes exemplares da paisagem cárstica brasileira é encontrado na região do município de Lagoa Santa, localizado na porção centro-sul de Minas Gerais

(MINAS GERAIS, 20092). Essa região é importante também por apresentar ricos acervos paleontológicos e arqueológicos (PARIZZI e KOHLER, 20083), tendo sido palco dos estudos realizados pelo naturalista Peter Lund (1801-1880), considerado o “pai da paleontologia brasileira”, além de se destacar pela rica biodiversidade, sendo uma das áreas prioritárias para conservação do bioma Cerrado (DRUMMOND et al., 20054). Apesar da grande importância ambiental, científica e histórica de Lagoa Santa, diversas atividades geradoras de impactos têm alterado seu estado de conservação, como o acúmulo de lixo, depredação de cavernas, ocupação humana inadequada, mineração e desmatamento, afetando direta e indiretamente a fauna, flora e relevo cárstico (MINAS GERAIS, 2009). Buscando reverter o cenário de degradação e disciplinar a ocupação humana na região, foram implantadas unidades de conservação, entre elas: a Área de Preservação Ambiental (APA) Carste de Lagoa Santa e o Parque Estadual do Sumidouro. A APA Carste foi criada em 1990 pelo governo federal com o objetivo de “proteger e preservar as cavernas e demais formações cársticas, sítios arqueopaleontológicos, a cobertura vegetal e a fauna silvestre” (BRASIL, 19905). A

2 MINAS GERAIS. **Região Cárstica de Lagoa Santa: potencialidades, impactos ambientais e principais desafios**. Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável: Diretoria de Educação e Extensão Ambiental, SEMAD. Belo Horizonte, 2009.

3 PARIZZI, M. G.; KOHLER, H.C. **Formas de relevo cárstico elaboradas por processos químicos e físicos**. Cadernos Manuelzão (5) 29-35, 2008.

4 DRUMMOND, G. M.; MARTINS, C. S.; MACHADO, A. B. M.; SEBAIO, F. A.; ANTONINI, Y. **Biodiversidade em Minas Gerais: um atlas para sua conservação**. 2a. ed. Belo Horizonte: Fundação Biodiversitas. 2005.

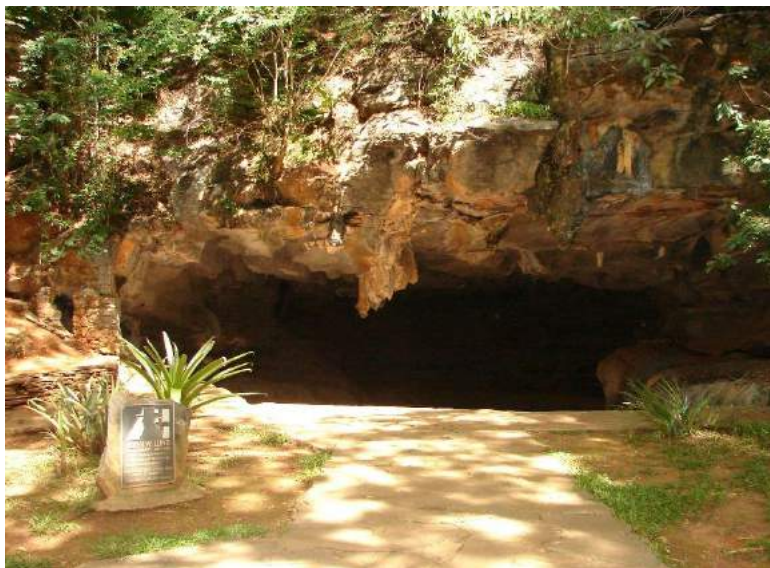
5 BRASIL. Decreto Nº 98.881, de 25 de Janeiro de 1990. **Dispõe sobre a criação de área de proteção ambiental no Estado de Minas Gerais e dá outras providências**. Brasília, DF, jan. de 1990. Disponível em: < <http://www.sbe.com.br/leis/dec99881.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2011.

APA abrange parte dos municípios de Lagoa Santa, Matozinhos, Pedro Leopoldo, Prudente de Morais, Funilândia e integralmente o de Confins, com área total de 35.600 hectares (HERRMANN et al. 19986). O Parque Estadual do Sumidouro localiza-se no interior da APA Carste, foi decretado em 1980 e apenas em 2010 foi oficialmente para visitação turística. O Parque abriga 53 cavernas, 170 sítios arqueológicos e uma exuberante lagoa, apresenta trilhas interpretativas e uma caverna com estrutura adequada para a visitação turística, a Gruta da Lapinha, um dos principais atrativos da região (IEF, 20117).

Figura 03 – Entrada da Gruta da Lapinha, localizada no município de Lagoa Santa, em áreas do Parque Estadual Vale do Sumidouro.

6 HERRMANN,G.; KOHLER, C.; DUARTE, J.; CARVALHO, P. **Gestão Ambiental. In: Série APA Carste de Lagoa Santa.** Belo Horizonte: IBAMA/Fund. Biodiversitas/CPRM, p.1-37, 1998.

7 INSTITUTO ESTADUAL DE FLORESTA. **Parque Estadual do Sumidouro.** Disponível em: <<http://www.ief.mg.gov.br/areas-protegidas/215?task=view>>. Acesso em : Jun. 2011.



Fonte: <https://media-cdn.tripadvisor.com/media/photo-s/08/5b/3e/1b/parque-estadual-do-sumidouro.jpg>

3. SONHOS DE UM PARQUE NACIONAL: possibilidade ou quimera?

Historicamente conhecida como a região do Homem de Lagoa Santa, esta área foi transformada no dia 25 de janeiro de 1990 em APA⁸ Carster de Lagoa Santa e parte adjacente à lagoa do Sumidouro, foi significativamente preservada após transformação em parque estadual no ano de 1980 (CARDOSO; RIBEIRO, 2014). Por guardar importantes acervos arqueológicos, culturais, históricos, espeleológicos, naturais e paleontológicos (figura 04), de reconhecimento científico internacional, é uma região de tamanha relevância (FARIA, 2008). Nóbrega et al (2013, p. 502):

A Área de Proteção Ambiental (APA) Carste de Lagoa Santa foi criada pelo Decreto Federal nº 98.881 em 1990, abrangendo uma área de 35.600 hectares e compreende parte dos municípios de Lagoa Santa, Pedro Leopoldo, Matozinhos, Funilândia e Confins (19°33'5.33"S 43°58'54.38"O) (IBAMA, 1998a9). Seus objetivos básicos são

⁸ APA – sigla de Área de Preservação Ambiental, tipologia de unidade de conservação de uso sustentável segundo o SNUC - Sistema Nacional de Unidades de Conservação

⁹ IBAMA. **Gestão ambiental**. Orgs. G. Herrmann; H.C. Kohler; J.C. Duarte; P.G.S. Carvalho. BIODIVERSITAS/CPRM. 40p. 1998a.

proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais (Lei nº 9.985, de 2000). Está situada no hotspot de biodiversidade Cerrado, no centro-sul do Estado de Minas Gerais, sendo considerada de extrema importância para a conservação da biodiversidade (DRUMMOND et al., 2005:10). Localiza-se em uma das regiões brasileiras mais importantes em termos de paisagem cárstica carbonática (BERBERT-BORN, 2002:11). Em função das características cársticas, há na APA cerca de 40 lagoas distribuídas ao longo de toda sua área. A maioria dessas lagoas é temporária, com ciclos anuais ou plurianuais, condicionados pelo regime pluviométrico associado ao nível freático e aos sistemas de fluxo do aquífero cárstico.

Figura 04 – Paredão com inscrições rupestre às margens da Lagoa do Sumidouro.

10 DRUMMOND, G.M.; C.S. MARTINS; A.B.M. MACHADO; F.A. SEBAIO E Y. ANTONINI. **Biodiversidade em Minas Gerais: um atlas para a sua conservação**. Belo Horizonte, Fundação Biodiversitas, 222p. 2005.

11 BERBERT-BORN, M. 2002. Carste de Lagoa Santa, MG - Berço da paleontologia e da espeleologia brasileira. In: SCHOBENHAUS, C.; CAMPOS, D.A.; QUEIROZ, E.T.; WINGE, M.; BERBERT-BORN, M.L.C. (Eds.) **Sítios Geológicos e Paleontológicos do Brasil**. 1. ed. Brasília: DNPM/CPRM - Comissão Brasileira de Sítios Geológicos e Paleobiológicos (SIGEP), 2002, v.01: 415-430.

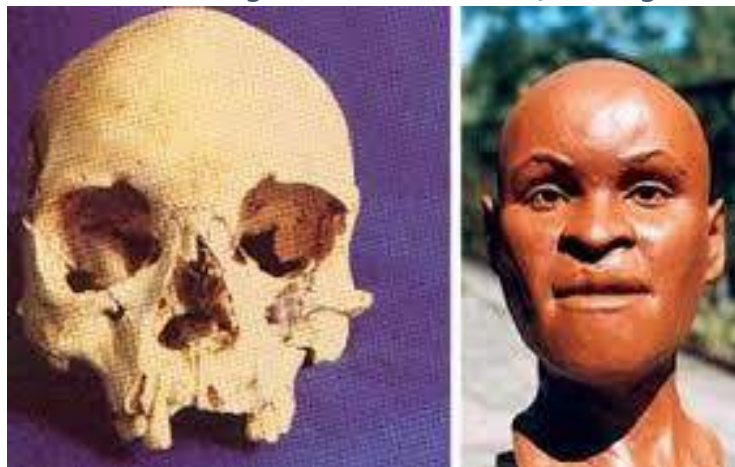


Fonte: http://www.blog.gpme.org.br/wp-content/uploads/2012/11/006-ag1_0979.jpg

O parque localiza-se entre os municípios de Lagoa Santa e Pedro Leopoldo, estando próximo às áreas urbanas de Fidalgo, Lapinha, Quinta do Sumidouro e do Aeroporto de Confins (MACEDO; LIPARIONI; MUNIZ, 2011). Este espaço preserva importantes regiões de cerrado, matas de galeria e vegetação rupícola, apresentando composição florística com muitas espécies endêmicas (DIPRE/IEF-MG, 1988). Insere-se no Circuito Turístico Peter Lund com possibilidades pedagógicas veiculadas à arqueologia e à paleontologia (SALLES, 2011). O Professor Bussunda (2016) alega que:

4. Luzia, a primeira brasileira – Em 1975, foi desenterrado em Lagoa Santa, Minas Gerais, o mais antigo fóssil humano já encontrado no continente americano. Pelo exame do fóssil foi possível saber que se trata de uma mulher, com altura aproximada de 1,5 metros e que faleceu com pouco mais de 20 anos de idade, há cerca de 11,5 mil anos. Após várias análises, Luzia [na imagem] desconcertou os pesquisadores ao apresentar traços negróides, mais próximo aos dos povos africanos do que dos povos asiáticos (de onde teria vindo o Homem para a América).

Figura 05 – crânio do Homem de Lagoa Santa, e suas feições negroides na figura



de Luzia.

Fonte: <http://brasilecola.uol.com.br/upload/e/cranio%20pre%20historia.jpg>

Na análise de conteúdos pedagógicos da Biologia, destaca-se além da Evolução, elementos de Botânica, Ecologia e Zoologia. Com área de aproximadamente 1.300 hectares, o Parque Estadual Vale do Sumidouro (Figura 06) foi criado em 04 de junho de 1980, pelo decreto nº 20.597 (PADOAN; SOUZA, 2013). Há um levantamento técnico preliminar de fauna e flora, realizado pelo biólogo Jefferson Ribeiro da Silva, pelo engenheiro florestal Sérgio Kochi e pelo taxidermista Geraldo Theodoro de Mattos (DIPRE/IEF-MG, 1988), apontando como principais espécies da fauna local: andorinhão, beija-flor, biguá, quati, gambá, garça-grande, João-de-barro, mão-pelada, paca, periquito-rei, sagui ou mico-estrela e tatu-galinha; e da flora: araticum, aroeira do sertão, ipê-amarelo, jatobá do campo, murici e pequi (DIPRE/IEF-MG, 1988). Mas os inventários ambientais não se encerram podendo haver outros animais e plantas para serem descobertos

Figura 06 - Localização do Castelinho no Parque Estadual Vale do Sumidouro, no estado de Minas Gerais.



Fonte: <https://media-cdn.tripadvisor.com/media/photo-s/09/d0/ab/bd/gruta-da-lapinha.jpg>

4. PAISAGENS CÁRSTICAS: Ecologia, história e geografia

Fontes históricas são amplas e vão desde a Pré-história ao Brasil Colônia. A história local da lagoa do Sumidouro é marcada por particularidades com destaques para lendas e narrativas envolvendo seus 15 km de perímetro. Próxima da lagoa encontra-se um paredão, onde podem ser apreciadas pinturas rupestres. Em Fidalgo fica o rochedo do Alto do Fidalgo, onde morreu Dom Rodrigo Castelo Branco, representante da Coroa Portuguesa, assassinado por integrantes do grupo de Manuel Borba Gato, genro de Fernão Dias. No local encontraram-se objetos de cerâmica (DIÁRIO DA TARDE, 2000). A lagoa é abastecida pelo ribeirão Samambaia, que nasce no interior da fazenda homônima e desaparece na base de um rochedo calcário (Figura 07), onde inicia um curso subterrâneo, ressurgindo novamente na margem oposta do rio das Velhas, num local conhecido como Olhos d'água. Este curso d'água é abastecido por uma ressurgência vinda da localidade de Mocambeiro, no município de Matozinhos. Sobre as lagoas cársticas, Nóbrega et al (2013, p. 505) declaram que:

O mau planejamento da instalação de cemitérios (ex. Mocambeiro) e lixões, com o estabelecimento destes em terrenos elevados e próximos a lagoas, e a construção de residências e hotéis nas APP, ou próximas a elas, também

ameaçam diretamente o sistema lacustre. Essas infraestruturas resultam na supressão das últimas áreas de vegetação nativa e no lançamento de efluentes domésticos e/ou resíduos sólidos que contaminam o aquífero cárstico, que é altamente suscetível à poluição (HARDT, 2008¹², MILANOVIC, 2002¹³, URICH, 2002¹⁴). Essa suscetibilidade é decorrente, dentre outros aspectos, do fato de os sumidouros de algumas lagoas temporárias serem pontos de absorção de água que alimentam todo um sistema de drenagem subterrâneo (HARDT, 2008; SAMPAIO, 2010¹⁵). A poluição afeta toda a cadeia trófica lacustre (FERNANDEZ et al., 2005¹⁶) e, conseqüentemente, moradores locais e turistas que se valem da pesca para complementar a alimentação (KELLY et al., 2007¹⁷ MILANOVIC, 2002). Vale

12 HARDT, R. Sistema Cárstico e Impactos Antrópicos: Considerações sobre o manejo. In: 1º Simpósio de Pós-Graduação em Geografia do Estado de São Paulo. 2008. Rio Claro. **Anais...**

Rio Claro: Unesp, 2008. p. 1295-1309.

13 MILANOVIC, P. The environmental impacts of human activities and engineering constructions in karst regions. **Episodes**. 25(1):13-21. 2002.

14 URICH, P.B. Land use in karst terrain: review of impacts of primary activities on temperate karst ecosystems. **Science for Conservation** 198. 60 p. 2002.

15 SAMPAIO, J.L.D. **Inventário digital da APA (Área De Proteção Ambiental) Carste Lagoa Santa e algumas implicações**. Belo Horizonte. 2010. 223p. Tese (Doutorado em Geografia). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2010.

16 FERNANDEZ, J.M. et al. Aquatic birds as bioindicators of trophic changes and ecosystem deterioration in the Mar Menor lagoon (SE Spain). **Hydrobiologia**. 550:221-235. 2005.

17 KELLY, B.C. et al. Food Web-Specific Biomagnification of Persistent Organic Pollutants. **Science**. 317(5835): 236-239. 2007.

ressaltar que em várias lagoas da APA (ex. Sumidouro e Mocambeiro) são encontrados caramujos do gênero *Biomphalaria*, hospedeiros do *Schistosoma mansoni*, responsável pela esquistossomose humana.

Além disso, o descarte de resíduos sólidos, como garrafas pet, encontradas em grande quantidade nas margens de algumas lagoas, compromete o turismo na região.

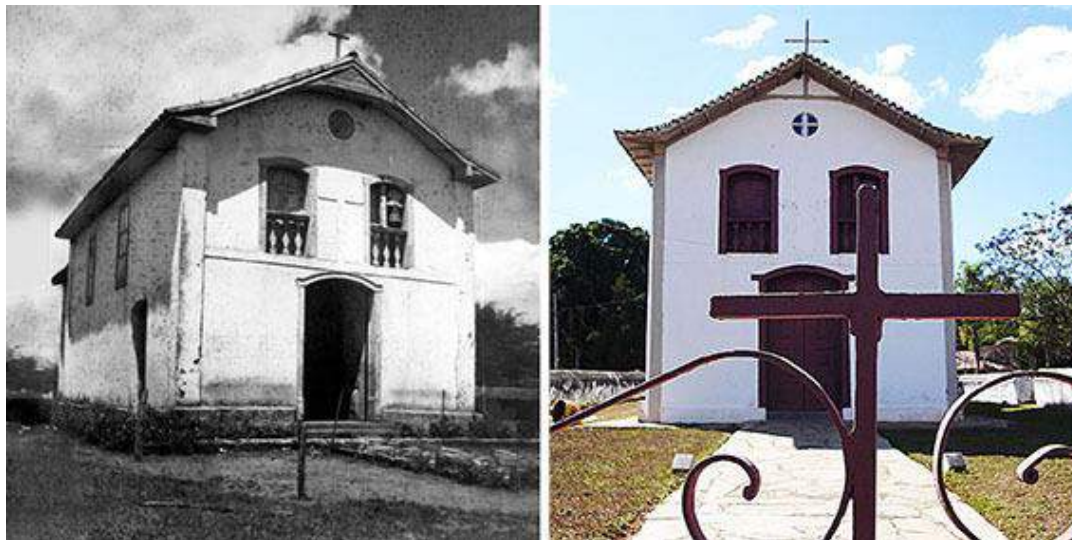
Figura 07 – paredões calcários às margens da Lagoa do Sumidouro.



Fonte: http://4.bp.blogspot.com/-vnIELTv7T_M/TjnkbaLIS5I/AAAAAAAAABgI/kIakU8j_Uhg/s1600/blog+1403.jpg

Fernão Dias Paes Leme se estabeleceu na região do Sumidouro, a procura de ouro e pedras preciosas, trazendo consigo, uma bandeira com aproximadamente cinco mil pessoas e a Quinta do Sumidouro, um dos três primeiros povoados fundados por ele no estado, guarda importantes acervos arqueológicos, culturais, históricos, espeleológicos, naturais e paleontológicos, de reconhecimento científico internacional (BERBERT-BORN, 2002). A Capela de Nossa Senhora do Rosário (figura 08), construída em 1676 e tombada em 1976 pelo IEPHA, é um típico exemplar da arte barroca mineira do século XVII. O altar todo esculpido em madeira é atribuído ao arquiteto e escultor Antônio Francisco Lisboa, o Aleijadinho (DIÁRIO DA TARDE, 2000).

Figura 08 - Capela de Nossa Senhora do Rosário



Fonte: <https://sumidoiro.files.wordpress.com/2013/12/post-capela-n-s-rosc3a1rio.jpg?w=567&h=283>

A Casa de Fernão Dias (figura 09) é um prédio com arquitetura típica da segunda metade do século XVII, que serviu de apoio à mineração no Rio das Velhas, por volta de 1701. A casa tem paredes laterais em pau-a-pique, a frontal em adobe e as janelas em canga, o que demonstra reformas sofridas pela edificação em diferentes épocas (DIÁRIO DA TARDE, 2000). Um dos antigos proprietários, Gustavo Vale, presidente da Ordem dos Bandeirantes, solicitou na época o tombamento e recuperação para posterior implantação do Museu do Bandeirante, onde se exporiam réplicas em cera, objetos, móveis, ferramentas e documentos do período da mineração (DIÁRIO DA TARDE, 2000). O espaço chegou a ocupar as sedes da APA Carster de Lagoa Santa e do Centro de Referência Patrimonial do COPAM.

Figura 09 - Casa de Fernão Dias



Fonte: <https://media-cdn.tripadvisor.com/media/photo-s/09/3c/9e/66/parque-estadual-do-sumidouro.jpg>

Para se preservar o patrimônio ambiental e promover a sustentabilidade, pensa-se na necessidade de criação e implantação de um parque nacional para se preservar Lagoa Santa e Sumidouro de possíveis impactos ambientais decorrentes da expansão urbana do vetor norte, impulsionado pela Cidade Administrativa (PEREIRA; CALDEIRA,). O ribeirão que alimenta a lagoa nasce fora do perímetro do parque, próximo a áreas de mineração de calcário, comprometendo sua área de recarga, e, portanto ocasionando redução em sua vazão (IBAMA, 1998). Apesar de tombada, a lagoa (figura 10) encontra-se seriamente ameaçada, pela poluição causada pelo lixo e esgoto doméstico lançados indiscriminadamente (BARBOSA, 2014). Sobre as ameaças, Nóbrega et al (2013, p. 506) afirmam que:

Alguns fatores indiretos, que fogem à governança dos gestores da APA, são causadores de diferentes impactos sobre o sistema lacustre em estudo. Esses fatores são gerados por políticas públicas ligadas ao desenvolvimento do Vetor Norte da Região Metropolitana de Belo Horizonte, que estimulam o crescimento demográfico, industrialização, mineração e turismo desordenados, em detrimento da preservação ambiental e de bens culturais. Por outro lado, existem unidades de conservação dentro dos limites da APA, como os Parques Estaduais do Sumidouro e de Cerca

Grande, e os Monumentos Naturais Lapa Vermelha, Vargem de Pedra, Experiência da Jaguará, Santo Antônio e Várzea da Pedra, que podem minimizar alguns impactos na região. Acredita-se que a conservação e recuperação de APP da maioria das lagoas poderia ser incentivada por meio de participação direta dos proprietários rurais onde elas estão inseridas. Isso poderia ser impulsionado por meio de incentivos econômicos, como o pagamento pela conservação de serviços ambientais, pela compensação monetária daqueles que mantêm ou recuperam essas áreas. Vários programas de pagamento por serviços ambientais são desenvolvidos em países como Austrália, Barbados e Colômbia, entre outros (KAWAICHI, 2009¹⁸). No Brasil, esse tipo de auxílio aos produtores conservacionistas já ocorre em algumas regiões, como na região sudeste, onde existem oito projetos de pagamento por serviços ambientais relacionados à conservação da quantidade e qualidade de água (MMA, 2011¹⁹). Em Minas Gerais, o projeto “conservador das águas”, no município de Extrema tem grande projeção. Nele, os produtores colaboram para uma melhor e maior produção de água, através do reflorestamento das encostas e recuperação de nascentes e matas ciliares (KFOURI; FAVERO, 2011²⁰, MMA, 2011).

18 KAWAICHI, V.M. **Uma análise das políticas públicas ambientais dos países e a adoção do Pagamento por Serviços Ambientais no Brasil**. Piracicaba. 2009. 91p. Monografia (Graduação em Ciências Econômicas). Universidade de São Paulo. 2009.

19 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. 2011. **Pagamentos por Serviços Ambientais na Mata Atlântica: lições aprendidas e desafios**. Brasília. 272p.

20 KFOURI, A.; FAVERO, F. **Projeto Conservador das Águas Passo a Passo: Uma Descrição Didática sobre o Desenvolvimento da Primeira Experiência de Pagamento por uma Prefeitura Municipal no Brasil**. 1ª. ed. Brasília, DF: The Nature Conservancy do Brasil, 2011. 60 p.

Figura 10 – Lagoa do Sumidouro



Fonte:

<http://www.agenciaminas.noticiasantigas.mg.gov.br/multimedia/galerias/minas-e-dinamarca-estudam-parceria-para-conservar-patrimonio-2/>

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As destruições destas paisagens singulares atestam para a necessidade da imediata implantação de uma unidade de conservação nacional de proteção integral entre os municípios de Lagoa Santa e Pedro Leopoldo com a transformação da APA Carster de Lagoa Santa em Parque Nacional Peter Lund. É uma região de tamanha relevância, que na década de 1950, foi indicada como área potencial para se tornar um parque nacional. É possível que por se localizarem em áreas adjacentes a um parque nacional, os núcleos urbanos da Quinta do Sumidouro, Doutor Lund, e Fidalgo tenham tratamento especial por parte do poder público no sentido de se conter a expansão urbana. O Parque Nacional de Lagoa Santa é também a garantia da preservação da memória de Fernão Dias, um dos pioneiros portugueses da região. E a Ecologia, a Geografia e a História, enquanto categorias científicas e conteúdos escolares contribuíram efetivamente

para toda a discussão e consolidação destes processos socioambientais. Inquestionavelmente, estas contribuições são de origem epistemológica no sentido, de que está intrinsecamente expressas na essência científica de cada uma, a análise dos processos e complexas relações construídas entre ser humano e natureza. Como é possível notar, todo o processo de reconfiguração da relação homem/meio ambiente inicia-se com o advento da Revolução Industrial e prossegue com a consolidação do capitalismo, inaugurando uma nova relação entre ser humano e meio ambiente, um tanto quanto conturbada. Certamente todo este processo histórico, foi elucidado, acompanhado e registrado pela Ciência, através da Ecologia, da Geografia e da História, que se posicionaram com criticidade sobre os conflitos decorrentes desta relação.

Assim além do registro histórico e análise dos processos que consolidaram a atual crise socioambiental, de âmbito planetário, estas áreas do pensamento continuam contribuindo filosoficamente e metodologicamente com discussões e análises para apresentar à sociedade através de estudos de diagnóstico, novas perspectivas de gestão ambiental que conduzam a uma ordem global verdadeiramente pautada numa relação mais harmônica e menos predatória entre o espaço natural e as comunidades humanas. Este diagnóstico deve perpassar por um diálogo interdisciplinar, multidisciplinar e transdisciplinar construindo considerações e reflexões nos aspectos educativos, científicos, éticos, políticos, culturais, ecológicos, econômicos, tecnológicos e sociais que por sua estabeleçam relações epistemológica, metodológicas e didáticas entre natureza, patrimônio e identidade. Assim, interdisciplinarmente estes conceitos específicos de cada pensamento científico se integram para discutir e apontar alternativas que minimizem os efeitos perversos do sistema vigente, elucidando considerações que conduzam município, estados e nações a readequarem seus modelos de desenvolvimento, sem que as prioridades que são na pauta dos governos, causem impactos e danos, por vezes irreversíveis à continuidade da vida na Terra.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vagner L.; FERREIRA, Marina M. B. **A APROPRIAÇÃO TURÍSTICA DO CONHECIMENTO E A BUSCA POR INOVAÇÕES NA APRENDIZAGEM HUMANA CONTEMPORANÊA: a leitura ambiental e o estudo de paisagens**

como metodologia diferenciada no desenvolvimento cognitivo. In: Anais do 4º Colóquio Iberoamericano Paisagem Cultural, patrimônio e Projeto. Belo Horizonte, setembro de 2016, p. 08

BARBOSA, Cláudia Silva. **ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL CARSTE DE LAGOA SANTA: desafios e perspectivas em relação à participação social na gestão das águas subterrâneas.** In: XVIII Congresso Brasileiro de Águas Subterrâneas. 2014, 09 páginas

BARBOSA, Claudia Silva; DEUS, Jose Antônio Souza de. **A IMPORTÂNCIA DO GEOTURISMO PARA A GESTÃO DA PAISAGEM CULTURAL NA ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL CARSTE DE LAGOA SANTA/MG/BRASIL.** In: Anais do 4º Colóquio Iberoamericano Paisagem Cultural, patrimônio e Projeto. Belo Horizonte, setembro de 2016, 17 páginas

BARROS, Wanderbilt Duarte de. **PARQUES NACIONAIS DO BRASIL.** Rio de Janeiro: Ministério da Agricultura, 1952. p. 30

BECHELENI, Débora Goulart; MEDEIROS, Mirna de Lima. **O TURISMO COMO FERRAMENTA PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL ARQUEOLÓGICO: um estudo na APA Carste de Lagoa Santa – MG.** In: Campinas, SeTur/SBE. Revista Turismo e Paisagens Cársticas, 3(1), 2010. p. 21-30

BERBERT-BORN, Mylène. **CARSTE DE LAGOA SANTA, MG: Berço da paleontologia e da espeleologia brasileira.** In: SCHOBENHAUS, C. ;CAMPOS, D.A.; QUEIROZ, E.T.; WINGE, M.; BERBERT-BORN, M.. Sítios geológicos e paleontológicos do Brasil, CPRM; Rio de Janeiro, 2002, p. 415-430

BRITO, Tiago Silva Alves de; CAMPOS, Renata Ferreira; VASCONCELOS, Fernanda Carla Wasner. **GEOTURISMO NA APA CARSTE LAGOA SANTA/MG: breve reflexão sobre a identidade do espaço.** In: Campinas, SeTur/SBE. Pesquisas em Turismo e Paisagens Cársticas, 7(1/2), 2014, p. 07-17

CARDOSO, Fernanda Assis. RIBEIRO, Natália Fernandes. **A APA CARSTE LAGOA SANTA: patrimônio arqueológico ou paisagem cultural?** In: 3º COLÓQUIO IBERO-AMERICANO PAISAGEM CULTURAL, PATRIMÔNIO E PROJETO - DESAFIOS E PERSPECTIVAS. Belo Horizonte, de 15 a 17 de setembro de 2014, 15 p.

COSTA, Fábio Luis Bondezan da. **ROTEIRO INFORMATIVO SOBRE A REGIÃO CÁRSTICA DE LAGOA SANTA: a Gruta da Lapinha e o Parque Estadual do Sumidouro.** Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Ensino de Ciências e Matemática. Belo Horizonte, 2008. 97f. : Il.

DA-GLORIA, Pedro; NEVES, Walter Alves. **HISTÓRIA DAS PESQUISAS EM LAGOA SANTA: Museus, Crânios e Antropologia Biológica no Brasil.** In: 29ª Reunião Brasileira de Antropologia, realizada entre os dias 03 e 06 de agosto de 2014, Natal/RN. 12 p.

DIÁRIO DA TARDE. **RECONSTRUÇÃO DA HISTÓRIA: Pedro Leopoldo restaura altar colonial da Capela Nossa Senhora do Rosário.** Caderno Grande BH. 01/05/2000. p. 5

DIPRE/IEF-MG. **Unidades de Conservação do Instituto Estadual de Florestas. Diretoria de Parques e Reservas Equivalentes.** Instituto Estadual de Florestas de Minas Gerais Belo Horizonte. Julho/1988.

FARIA, Frederico Felipe de Almeida. **Peter Lund (1801-1880) e o questionamento do catastrofismo.** In: Filosofia e História da Biologia, v. 3, p. 139-156, 2008.

GOULART, Maíra Figueiredo. DINIZ, Mariana Ferreira. **PERCEPÇÃO AMBIENTAL DOS ALUNOS DO ENSINO FUNDAMENTAL COMO SUBSÍDIO PARA A EDUCAÇÃO AMBIENTAL E CONSERVAÇÃO DE UMA PAISAGEM CÁRSTICA.** In: In: GONTIJO, Bernardo . ÁREAS PROTEGIDAS E INCLUSÃO SOCIAL TENDÊNCIAS E PERSPECTIVAS VOLUME 06, NÚMERO 01, 2013. ANAIS DO VI - Seminário Brasileiro sobre Áreas Protegidas e Inclusão Social | I - Encontro Latino-americano

sobre Áreas Protegidas e Inclusão Social 15 a 20 de setembro de 2013. Belo Horizonte – MG, p. 412-422

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA **Série APA Carste de Lagoa Santa – MG: Gestão ambiental**; organizado por Gisela Herrmann, Heinz Charles Kohler, Júlio César Duarte, Patrícia Garcia da S. Carvalho. – Belo Horizonte: IBAMA/Fund. BIODIVERSITAS/CPRM, 1998. 40p.: mapa e anexos.

MACEDO, Fernanda Fernandes; LIPARINI, Alexandre; MUNIZ, Fabrício G. **ATUALIZAÇÃO DOS REGISTROS DE CAVIDADES CADASTRADAS PARA O PARQUE ESTADUAL DO SUMIDOURO (LAGOA SANTA/ PEDRO LEOPOLDO – MG) E LEVANTAMENTO DE NOVAS OCORRÊNCIAS DE CAVERNAS PARA A REGIÃO DO PARQUE E O SEU ENTORNO**. In: ANAIS do 31º Congresso Brasileiro de Espeleologia Ponta Grossa-PR, 21-24 de julho de 2011 – Sociedade Brasileira de Espeleologia, p. 581-592

NOBREGA, Paula Fernanda Albonette de. et al. **ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL CARSTE DE LAGOA SANTA: análise de impactos e de estratégia de inserção social em projetos de conservação**. In: GONTIJO, Bernardo. **ÁREAS PROTEGIDAS E INCLUSÃO SOCIAL TENDÊNCIAS E PERSPECTIVAS VOLUME 06, NÚMERO 01, 2013. ANAIS DO VI - Seminário Brasileiro sobre Áreas Protegidas e Inclusão Social | I - Encontro Latino-americano sobre Áreas Protegidas e Inclusão Social 15 a 20 de setembro de 2013. Belo Horizonte – MG, p. 501-508**

PADOAN, Lucas de Lima Fernandes; SOUZA, Leonardo Vasconcelos de. **CONTEXTO SOCIOAMBIENTAL DO PARQUE ESTADUAL DO SUMIDOURO, APA CARSTE DE LAGOA SANTA, MG**. In: Anais – Uso Público em Unidades de Conservação, n. 1, v. 1, 2013 Niterói – RJ, p. 277-288. Disponível em <http://www.uff.br/usopublico>. Acesso em 02. Jan. 2016

PEREIRA, Rubem Gomes; CALDEIRA, Altino Barbosa. **IMPACTOS ANTRÓPICOS NO PATRIMÔNIO NATURAL E CULTURAL DO VETOR NORTE DA REGIÃO METROPOLITANA DE BELO HORIZONTE (RMBH)**. In: Revista de Biologia e Ciências da Terra Volume 11 - Número 1 - 1º Semestre 2011, p. 22-31

PROFESSOR BUSSUNDA. **Mundo da História com o Professor Bussunda.** Disponível em <http://www.mundoedu.com.br/uploads/pdf/53e12bec438a1.pdf>
Acesso em 03. Jan. 2016

PILÓ, Luis; NEVES, Walter A. **NOVAS DATAÇÕES ¹⁴C (AMS) QUE CONFIRMAM A TESE DA COEXISTÊNCIA DO HOMEM COM A MEGAMASTOFAUNA PLEISTOCÊNICA NA REGIÃO CÁRSTICA DE LAGOA SANTA.** In: **Anais do XXVII Congresso Brasileiro de Espeleologia. Januária/MG, 04-14 de julho de 2003.** Sociedade Brasileira de Espeleologia, p. 100-104

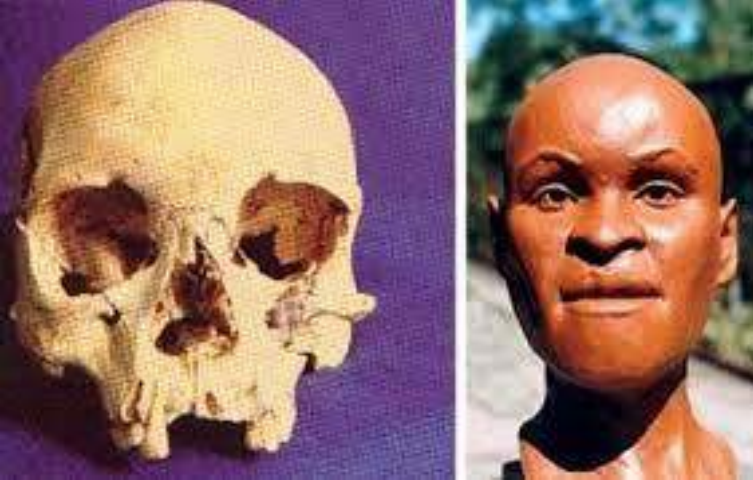


PÔSSAS, Isabela Braichi; TRAVASSOS, Luiz Eduardo Panisset; RODRIGUES, Bruno Durão. **REGISTROS DE PETER W. LUND SOBRE A REGIÃO DO CARSTE DE LAGOA SANTA, MINAS GERAIS: possibilidades para o turismo pedagógico e científico.** In: Campinas, SeTur/SBE. Revista Tourism and Karst Areas, 5(1), 2012., p. 25-33.

RODRIGUES. Deise. **Peter Lund: entre o mito e a história.** In: História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro. v.20, supl., nov. 2013, p.1427-1429. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-59702013000400022>. Acesso em 02. Jan. 2016,

SALLES, Maurício. **O EPC2 DE LAGOA SANTA: do catastrofismo à Evolução Conscencial.** In: Conscientia, 15(4): p. 621-633, out./dez., 2011

ANEXO – QUADRO PEDAGÓGICO

Abordagem interdisciplinar	Local/paisagem estudada
---------------------------------------	--------------------------------

<p>Análise da biologia</p>	
<p>Circuito Peter Lund</p>	
<p>Esportes radicais (escaladas, rapel, etc...)</p>	

Fontes históricas	
Geografia local	
História local	
Patrimônio ambiental	

<p>Pintura rupestre</p>	
<p>Sustentabilidade na região</p>	

REFLEXÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE JURÍDICA ADMINISTRATIVA POR ATOS DE CORRUPÇÃO

LANNA GABRIELA BRUNING SIMONI: Pós-Graduada em Direito Público - Anhanguera Uniderp. Pós-Graduada em Direito Processual Penal - Escola do Ministério Público de Santa Catarina. Pós-Graduada em Direito Processual Civil - Damásio Educacional

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo principal analisar a aplicação na nova Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13) segundo os institutos penalizadores do Direito Administrativo Sancionador. Não obstante a aplicação de sanções criminais e cíveis às pessoas físicas, carecia o ordenamento jurídico de regras que, de um lado, responsabilizassem administrativamente os entes coletivos corruptores e, de outro, incentivassem as boas práticas corporativas. A mais recente peça do Sistema Brasileiro Anticorrupção passou a prever, assim, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, o estímulo às políticas de *compliance*, a aplicação da responsabilidade administrativa e judicial às empresas corruptoras e a possibilidade do acordo de leniência.

Palavras-chave: Corrupção; Direito administrativo sancionador; Responsabilidade objetiva; Responsabilidade administrativa e judicial; Compliance; Acordo de leniência.

ABSTRACT: This article is meant to examine the application in the new Anti-Corruption Law (Law n. 12.846/13) according to penalizing institutes of Administrative Law Sanctioning. Notwithstanding the application of criminal and civil sanctions to individuals, lacked the legal system of rules that, on the one hand, administratively responsabilizassem loved collective mischief and on the other, would encourage good corporate practices. The latest piece of the Brazilian System Anti now provides thus the strict liability of the corporation, the incentive to compliance policies, the application of administrative and judicial responsibility to corrupting companies and the possibility of leniency agreement.

Keywords : Corruption; Sanctioning administrative law; Strict liability; Administrative and judicial accountability; Compliance; Leniency agreement.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 LEGISLAÇÃO NACIONAL APLICADA AOS ATOS DE CORRUPÇÃO. 2 CENÁRIO DA ELABORAÇÃO NORMATIVA DA LEI ANTICORRUPÇÃO. 3 NOÇÕES GERAIS DA LEI 12.846/2013. 3.1 DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA. 3.2 DOS ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 3.3 DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS. 3.4 DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. 3.5 DO ACORDO DE LENIÊNCIA. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente Artigo tem como objeto a análise da Lei n. 12.846/13, eis que trata sobre novo campo de incidência de responsabilização no Sistema Brasileiro Anticorrupção. Constata-se, desde já, que a Lei Anticorrupção, como ficou conhecida no país, é o primeiro diploma voltado para a penalização da pessoa jurídica por atos de corrupção praticados no âmbito de sua atuação.

O seu objetivo é realizar um estudo acerca das inovações trazidas pela nova Lei Anticorrupção segundo a penalização dada pelo ramo do Direito Administrativo Sancionador.

Para tanto, principia-se, tratando dos institutos que influenciaram sua construção, mediante a apresentação das leis nacionais aplicáveis à corrupção. É possível apontar diversos regulamentos penais, e até extrapenais, dando-lhes uma visão geral acerca de sua colaboção no combate às práticas corruptivas. Busca-se, assim, identificar os fundamentos utilizados para a evolução legislativa.

A seguir, tratando da ausência de meios específicos para atingir o patrimônio das empresas jurídicas que obtém vantagens com as condutas coruptas, contextualiza-se o cenário em que foi elaborada a Lei Anticorrupção.

Em suma, defende-se que o contole da corrupção parece ser, pois, a resposta para o fortalecimento das instituições democráticas e a solução para o crescimento econômico do país.

Para finalizar, abordando especificamente os pontos distintivos que compõem a LAC, elenca-se: os sujeitos ativos das infrações, as condutas puníveis,

as sanções aplicáveis, a espécie de responsabilidade cabível, a importância e efetividade dos programas *compliance*, as esferas de punição e as regras do acordo de leniência.

O presente se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre as inovações advindas com a vigência da Lei Anticorrupção.

Quanto à Metodologia empregada foi utilizado o Método dedutivo. Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas, do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

1 LEGISLAÇÃO NACIONAL APLICADA AOS ATOS DE CORRUPÇÃO

Inúmeras leis têm sido criadas na busca do adequado tratamento jurídico à corrupção.

No Código Penal Brasileiro é possível encontrar diversos dispositivos legais que punem os crimes de corrupção cometidos contra a Administração Pública nacional e estrangeira, dentre eles os delitos de corrupção ativa^[1], corrupção passiva^[2], corrupção ativa em transação comercial internacional e tráfico de influência em transação penal internacional.

Leite e Nobre aduzem ser indispensável a demonstração do dolo para a configuração do crime de corrupção, segundo a sistemática do Código Penal Brasileiro.

Verifica-se que o ato de corrupção, conduta típica e antijurídica, só possui relevância no texto da norma incriminadora se praticada com dolo, ou seja, somente quando demonstrada a intenção do agente na prática do fato criminoso, não sendo admitida a figura culposa para a configuração do delito. ^[3]

Integrando o arcabouço legislativo repressivo aos atos corruptivos, a Lei de Licitações – Lei n. 8.666/93 -, prevê sanções administrativas de proibição de licitar e contratar com o poder público e ainda os chamados crimes licitatórios. Não obstante, deve-se ressaltar que, embora a Lei de Licitações venha obtendo bons

resultados em relação à competitividade dos certames, as sanções nela previstas não alcançam o patrimônio da empresa, não ensejam, necessariamente, a reparação do dano ao erário e também não alcançam a Administração Estrangeira. Além disso, verifica-se as condutas tipificadas como crimes naquela lei não se aplicam às pessoas jurídicas e que a multa nela prevista possui reduzido efeito repressivo, pois é aplicada apenas em caso de inadimplemento contratual

Outrossim, destaca-se como útil ao sistema normativo da corrupção a Lei de Lavagem de Ativos – Lei n. 12.683/12 – , que criminaliza não só a lavagem de dinheiro, mas também prevê a responsabilidade administrativa das pessoas físicas e jurídicas que possuem o dever de informar operações suspeitas aos órgãos controladores. Por ser a corrupção uma das principais infrações penais que antecedem o crime de lavagem de dinheiro, Araújo assenta que:

os ganhos ilícitos auferidos com atos de corrupção se submetem a processos de ocultação para futuro gozo pelos corruptos. A corrupção, também, é comumente praticada por e para beneficiar organizações criminosas. Indo além, para alguns autores, o elemento essencial do conceito de crime organizado é justamente a corrupção de agentes públicos, no sentido de que a operação criminosa cresce a tal ponto que precisa infiltrar-se no Estado para influenciar a continuidade tolerada das praticas delitivas.[4]

Ademais, pode-se encontrar na legislação vigente a Lei n. 12.850/2013, que dá o tratamento jurídico adequado às organizações criminosas, sobretudo como instrumento de controle da corrupção, já que, para Fabretti[5], é comum que esta esteja diretamente vinculada a uma ou mais organizações criminosas. De mais a mais, o autor elenca que a criação de novos institutos, como a colaboração premiada e a possibilidade de infiltração de agentes, podem incrementar a utilização do Direito Penal para a repressão da corrupção.

Todavia, cabe salientar que, não obstante alguns juristas afirmarem que a Constituição Federal, em seus arts. 173, §5º e 225, §3º, adotou a responsabilidade criminal em relação às pessoas jurídicas[6], não se pode conceber que esses dispositivos tenham, de fato, autorizado a criminalização de um ente coletivo aquém das searas ambital e financeira. Com autoridade, Zaffaroni[7] preleciona que a pessoa jurídica não comete crime, pois quem os pratica são seus sócios,

diretores etc, já que *societas delinquere non potest*. O jurista Miguel Reale também assentou esse entendimento:

Falta à pessoa jurídica capacidade criminal. Se a ação delituosa se realiza com o agente realizando uma opção valorativa no sentido do descumprimento de um valor cuja positividade a lei penal impõe, se é uma decisão em que existe um querer, e um querer valorativo, vê-se que a pessoa jurídica não tem essa capacidade do querer dotado dessa postura axiológica negativa. A Constituição estabelece que a pena não passa da pessoa do condenado (inc. XLV do art. 5.º), e o inciso seguinte diz que a lei individualizará a pena. A individualização da pena é feita com base na culpabilidade. A culpabilidade significa o quanto de reprovação, de censurabilidade merece a conduta, sendo absolutamente incongruente com admissão da pessoa jurídica como agente de delitos. Portanto, há uma incapacidade penal da pessoa jurídica, que a análise sistemática do texto constitucional torna evidente.^[8]

Essa necessidade de haver uma conduta humana, para que se possa atribuir a autoria a quem efetivamente pode agir, leva à constatação de que só a pessoa humana pode ser sujeito de uma ação penalmente relevante. René Ariel Dotti trata do tema no seguinte aspecto:

O 'ilícito penal' (crime ou contravenção) é fruto exclusivo da conduta humana. O Código Penal declara que a causa produtora do resultado (de que depende a existência do crime) é a 'ação' ou a 'omissão' sem a qual o resultado não teria ocorrido. Todos os elementos da economia da infração penal (conduta, tipicidade, ilicitude e culpabilidade) são inerentes à vontade e consciência como estados anímicos do homem.^[9]

Além de não se reconhecer a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica pela falta de capacidade da ação, pode-se atestar que o Direito Penal vigente no país exige a existência da culpa para que os crimes possam ser caracterizados, consagrando o brocardo *nullum crimen sine culpa*, consoante

dispõe o art. 29 do referido diploma, o qual alude que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Não bastasse isso, Rogério Greco^[10] ainda defende que, considerando o Direito Penal como ultima ratio, não deve ele exercer interferência se os demais ramos do Direito forem suficientes para coibir os atos que causam prejuízos a bens jurídicos. Ressalta o autor que a morosidade no encerramento de uma ação penal leva, muitas vezes, à prescrição do delito, o que, por outro lado, não ocorre na via administrativa, pois “o Direito Administrativo” é suficientemente forte e rápido, se bem aplicado, para inibir qualquer atividade praticada por pessoa jurídica que venha a causar danos”. E mais, em sua precisa lição assevera, ainda, que não havendo possibilidade de ser aplicada à pessoa jurídica pena privativa de liberdade, por absoluta impossibilidade no seu cumprimento, as demais sanções poderiam ser aplicadas pelo Direito Administrativo, no exercício de seu poder de polícia, com muito mais efetividade.

Nessa esteira, Petrelluzzi e Rizek Junior também preceituam que não é possível efetivar o controle da corrupção somente mediante a utilização das normas penais. Nos dizeres dos autores:

O fato é que o garantismo exarcebado, a tese do direito penal mínimo, a cultura da aplicação sistemática das penas no mínimo legal, a impossibilidade de início de execução da pena antes do julgamento definitivo do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário pelos Tribunais Superiores da República, tudo isso, além de outros fatores que fogem ao escopo deste trabalho, faz com que a presença nas prisões de condenados em razão de corrupção seja exceção que confirma a regra geral da impunidade. ^[11]

A adoção de institutos civis e administrativos criou, portanto, outros marcos legais de combate à corrupção como a Lei do Processo Administrativo Federal (Lei n. 9.784/99), a Lei do Funcionalismo Público (Lei n. 8.112/90), a Lei do Pregão (Lei n. 10.520/02), a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/00), a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/11), a Lei de Conflito de Interesses (12.813/13), entre outras.

Dentre esses, merece ser mencionada a Lei de Improbidade Administrativa, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos e aos particulares que com eles concorrerem na prática dos atos ímprobos. A Lei de Improbidade Administrativa enumerou três modalidades de atos configuradores de improbidade administrativa, aparelhando-os em três grupos, quais sejam: no art. 9º os atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito, no art. 10 os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário e no art. 11, os atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública.

Improbidade tem o significado de incorreção, má conduta, desonestidade, imoralidade, malícia. No caso da Lei de Improbidade Administrativa, busca-se assegurar que as condutas de agentes públicos praticadas com o fim de obter vantagem patrimonial indevida, que causem prejuízo ao erário ou que violem princípios regentes da administração pública, sejam sancionadas adequadamente, de modo a reparar os danos causados e a prevenir a prática de condutas desviadas por parte de outros agentes públicos.^[12]

Com propriedade, Jorge Hage Sobrinho^[13] suscita que, não obstante a publicação da Lei de Improbidade Administrativa, não havia, até então, sanções que alcançassem diretamente o agente corruptor da pessoa jurídica e o patrimônio da empresa corruptora; sanções que pudessem ser aplicadas também pela via administrativa; a responsabilidade objetiva, independentemente de dolo ou culpa; sanções com real poder inibitório e repressivo; normas que pudessem facilitar e agilizar a investigação com a colaboração da empresa; regras aplicáveis à corrupção transnacional.

Ora, nenhuma pessoa jurídica poderia perder a função pública ou mesmo ter suspensos seus direitos políticos, próprios de pessoas naturais. Não havia nenhuma punição prevista que tivesse por objetivo afetar especificamente a esfera de direitos da pessoa jurídica, salvo o ressarcimento do dano e o impedimento de contratar com a Administração Pública.^[14]

A fim de complementar os instrumentos sancionadores e inibidores da corrupção foi criada a n. 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção. Segundo

Sobrinho[15], embora o Brasil ostentasse uma multiplicidade de regras sancionadoras, ainda era lacunosa a seara administrativa da punição das pessoas jurídicas. É que, conforme descreve o autor, foi necessário investir em um mecanismo mais célere para a punição dos infratores do que a praticada no âmbito judicial, já que, deviso a sua extrema morosidade, os processos judiciais punitivos constituíam um dos principais fatores a alimentar a sensação de impunidade.

2 CENÁRIO DA ELABORAÇÃO NORMATIVA DA LEI ANTICORRUPÇÃO

Os recentes escândalos de corrupção projetados no cenário nacional e mundial chamaram a atenção das instituições públicas e dos órgãos investigativos em razão do papel fundamental desempenhado pelas pessoas jurídicas na elaboração e na participação de gigantescos esquemas de aliciamento de servidores públicos e de desvios de verbas públicas.

As práticas ilegais perpetradas por determinados empresários e por agentes públicos podem, entretanto, não apenas caracterizar o desvio isolado de atos, mas também são capazes de se consubstanciar em ferramentas pontenciais de estratégias corporativas para a conquista de novos mercados de consumo. Como sentenciou Bittencourt[16], a corrupção “propicia a apropriação de recursos públicos que deveriam ser utilizados em políticas voltadas para os direitos fundamentais, tais como os serviços de educação, saúde, segurança, saneamento, transporte e moradia”.

Observa-se, pois, que a corrupção, longe de se ater apenas à tipificação elencada pelo direito penal, pulveriza seus danos para outras áreas jurídicas, já que transgride os valores probos que devem pautar o comportamento dos particulares com os órgãos governamentais, além de afetar negativamente a competitividade do mercado e do sistema econômico, limitando as oportunidades de negócios e o progresso social.

Dessa forma, com o alicerce sobre uma nova visão na dinâmica dos atos perpetrados pelas empresas privadas, não há como se conceber um ordenamento jurídico baseado apenas nos imperativos de culpabilidade das pessoas naturais, beneficiando as práticas ilícitas das pessoas jurídicas.

Isso porque, conforme anota Bittencourt, a sociedade brasileira se ressentia de um mecanismo que exaurisse a corrupção empresarial existente, pois, até

então, “as pessoas jurídicas flagradas em situações dessa natureza eram punidas apenas com o impedimento de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com a administração”. [17]

Por sua vez, a utilização da Lei de Improbidade, como instrumento de atuação dos Órgãos Ministeriais na defesa do patrimônio coletivo, também se mostrava insuficiente para coibir as práticas das pessoas jurídicas, eis que apenas o agente público subjetivamente ligado ao ato ímprobo era punido.

Atentando a possibilidade de alcançar a empresa do corruptor, a Lei Anticorrupção brota como inovação ao sistema brasileiro de combate à corrupção, pois, além de se afastar dos enlaces da responsabilidade subjetiva, inova o ordenamento jurídico como valiosa ferramenta à reprimenda de atos ímprobos, sem comprometer o debate do dolo e da culpa ímprobos às práticas dos agentes físicos envolvidos.

Segundo entendimento de Tamasauskas e Bottini os aparatos legais até então existentes não eram suficientes para o combate efetivo da corrupção, pois “a ideia da responsabilidade objetiva (que parece ser o eixo central da nova lei) é inadmissível na seara penal, que exige a culpabilidade do agente, ou seja, uma relação de dolo ou de culpa deste com o ato cometido” [18]. Por sua vez, Pereira Neto afirma que a intenção do legislador com a nova lei anticorrupção é “assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público” [19].

Nesse contexto, a lei anticorrupção, denominada similarmente de Lei da Probidade Empresarial ou Lei da Empresa Limpa, foi publicada, de acordo com DRUMMOND [20], a fim de atender aos compromissos internacionais ajustados pelo Brasil na área de combate à corrupção, dentre eles à Convenção Interamericana contra Corrupção (1996); a Convenção sobre Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (1997); e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003).

Ao se exigir de diferentes países a adoção de legislação relativamente uniforme sobre a corrupção transnacional, pretendia-se também evitar que empresas de determinados

países fossem economicamente beneficiadas por não terem que se sujeitar às medidas anticorrupção impostas apenas em alguns mercados, o que poderia inclusive ocasionar uma corrida para que países atraíssem investimentos a partir de políticas de enfraquecimento da legislação anticorrupção [...].^[21]

Destarte, buscando tutelar o patrimônio público, nacional e estrangeiro, o conjunto de bens imateriais e os princípios jurídicos que regem a Administração Pública, a Lei Anticorrupção é a primeira lei especial brasileira voltada exclusivamente para a prevenção, combate e repressão dos atos de corrupção.

3 NOÇÕES GERAIS DA LEI 12.846/2013

3.1 DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA

A lisura exigida no relacionamento do setor privado com o setor público busca coibir práticas fraudulentas e ilegais "que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil". ^[22]

A Lei Anticorrupção foi criada, portanto, com o intuito de punir objetivamente as pessoas jurídicas, nas searas administrativas e civil, quando verificada a prática de infrações corruptivas contra a administração pública nacional ou estrangeira.

O rol das pessoas jurídicas que podem ser punidas na lei anticorrupção é bastante extenso, sendo a Lei n. 12.846/2013 enfática ao afirmar que as sociedades empresárias e as sociedades simples, independentemente de personificação, modo de organização ou modelo adotado, bem como as fundações, as associações e as sociedades estrangeiras responderão pelos atos que praticarem em contramão à probidade administrativa.

Depreende-se da Exposição de Motivos do Projeto de Lei n° 6.826, alicerce da Lei ora analisada, que optou-se:

pela responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica, porque **o Direito Penal não oferece mecanismos efetivos ou céleres para punir as sociedades empresárias, muitas vezes as reais interessadas ou beneficiadas pelos**

atos de corrupção. A responsabilização civil, porque é a que melhor se coaduna com os objetivos sancionatórios aplicáveis às pessoas jurídicas, como por exemplo o ressarcimento dos prejuízos econômicos causados ao erário; e o processo administrativo, porque tem-se revelado mais célere e efetivo na repressão de desvios em contratos administrativos e procedimentos licitatórios, demonstrando melhor capacidade de proporcionar respostas rápidas à sociedade. (grifou-se)

A mencionada responsabilidade da pessoa jurídica está consubstanciada na responsabilidade objetiva, que segundo Fernando Magalhães Noronha (2013), nada mais é do que “a obrigação de reparados danos causados a outrem, que tenham acontecido durante atividades realizadas no interesse ou sob controle da pessoa responsável e independentemente de qualquer atuação dolosa ou culposa desta”.[\[23\]](#)

A teoria que instrui a responsabilidade objetiva especificada na lei é a do risco-proveito, pela qual as entidades privadas, nas relações com o erário, estão sujeitas ao risco de cometerem atos lesivos aos patrimônio público, independentemente de culpa.

Sérgio Cavalieri Filho fundamenta a teoria do risco-proveito nas seguintes palavras:

Pela teoria do risco-proveito, responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa, com base no princípio de que, onde está o ganho, aí reside o encargo – ubi emolumentum, ibi onus. O suporte doutrinário dessa teoria, como se vê, é a ideia de que o dano deve ser reparado por aquele que retira algum proveito ou vantagem do fato lesivo. Quem colhe os frutos da utilização de coisas ou atividades perigosas deve experimentar as consequências prejudiciais que dela decorrem.[\[24\]](#)

Diante de tais conceitos, o art. 2º da Lei n. 12.846/2013 determina que “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu

interesse ou benefício, exclusivo ou não”, de modo que, independentemente de juízo de valor sobre a culpa, a obrigação de reparar o prejuízo resvala sobre a entidade corruptora.

Dessa forma, Bonfim^[25] estabelece que, uma vez comprovado o fato, o resultado e o nexo de causalidade, a empresa jurídica será responsabilizada independentemente da pessoa natural que, de fato, tenha cometido o ato prejudicial à Administração Pública. Evita-se, portanto, adentrar no aspecto subjetivo da conduta do agente, corriqueiramente analisado na responsabilização das pessoas naturais, que podem, inclusive, ser punidas de forma concomitante, na medida de sua culpabilidade, por outros institutos legais, inclusive na seara penal.

Ter a lei optado por prescindir, na responsabilização de empresas e pessoas coletivas, de qualquer elemento de culpa ou dolo é sintoma de que, na prática, muitas vezes, a incursão nessa seara da vontade do agente acaba por gerar déficits de punição inaceitáveis, permitindo que o processo de castigo estatal seja evitado por meio de expedientes defensivos que jogam com a dificuldade, ou mesmo a impossibilidade, de se provar a vontade de uma pessoa.^[26]

Há, inclusive, previsão expressa no art. 30, *caput*, e incs. I e II da Lei n. 12.846/2013 de que a punição que decorre de um diploma legal não tem o condão de afastar a sanção oriunda de outro:

Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - atos ilícitos alcançados pela Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC instituído pela Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Nesse contexto, o art. 3º, *caput*, do mencionado diploma, preconiza que “a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito”. Sendo assim, a empresa poderá ser responsabilizada ainda que as pessoas naturais não sejam.

O entendimento de Justen Filho é, no entanto, diametralmente oposto àquele da maioria dos juristas, pois, para o doutrinador, somente poderão ser aplicadas as sanções previstas na Lei n. 12.846/2013 caso a conduta da pessoa física tiver sido exercida com dolo. Conforme preleciona as infrações previstas na lei anticorrupção somente serão consumadas “quando a conduta da pessoa física for eivada de um elemento subjetivo reprovável. Esse elemento será necessariamente o dolo. Em momento algum a Lei 12.846 instituiu uma espécie de corrupção objetiva”^[27], sem que houvesse um vínculo com a pessoa física infratora.

Contudo, corroborar com o entendimento de que os atos ilegais previstos na Lei Anticorrupção apenas restariam consumados quando fosse comprovado o dolo do agente público seria aniquilar o objetivo da norma, pois esta é clara e enfática ao dispor que a responsabilização dos dirigentes e administradores será apartada do encargo que decairá sobre a pessoa jurídica.

Frisa-se que referida obrigação subsiste ainda que ocorram alterações na estrutura social da pessoa jurídica, seja por meio de transformações, cisões, incorporações ou fusões das empresas envolvidas no ilícito.

3.2 DOS ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O art. 5º da Lei n. 12.846/2013 apresenta exaustivamente um conjunto de ações nocivas à Administração Pública, as quais são passíveis de punição tanto no âmbito administrativo quanto no judicial, com a aplicação de sanções distintas. Refetidos preceitos não estão, contudo, restritos à noção de tipicidade estrita, advinda do Direito Penal.

Como dito alhures, destaca-se que, não obstante as práticas previstas no referido dispositivo corresponderem a condutas já consideradas ilícitas pela Lei de Improbidade Administrativa, pelo Código Penal e pela Lei de Licitações, esta foi a

primeira vez em que a pessoa jurídica passou a ser punida ainda que seu empregado ou representante não tenha concorrido, nem mesmo concordado com o ato.

Art. 5o Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1o, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização

em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Os ilícitos acima previstos foram classificados como extrapenais, sem embargo de que também possam ser considerados ilícitos civis ou penais por outras leis.

De modo a comprovar sua natureza, chama a atenção o fato da Lei anticorrupção ter se utilizado de tipos abertos, com múltiplos entendimentos, permitindo uma maior discricionariedade das autoridades competentes para a investigação e punição dos envolvidos, contrariamente ao que se tipifica no campo penal.

Deve-se salientar que para a configuração do ilícito previsto no inc. I do referido dispositivo não é necessário o efetivo recebimento da vantagem indevida pelo agente público, ou por pessoa a ele relacionada, bastando que a promessa ou a oferta seja proposta.

Nesse íterim, também cabe salientar que o legislador por bem determinou que para a caracterização dos ilícitos relacionados ao procedimento licitatório previsto no inc. IV, não é necessária a demonstração do prejuízo suportado pelo Erário, já que, tutelando a competitividade e a licitude dos certames, é presumível o dano em caso de irregularidades.

3.3 DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Há muito disseminado no Brasil, o princípio da independência entre as instâncias permite que uma mesma conduta indesejada seja considerada ilícita por diversos ramos do ordenamento jurídico, sendo capaz de caracterizar um ilícito

civil, administrativo e penal, com o conseqüente sancionamento conforme as especificidades do regime jurídico próprio de cada esfera de responsabilização.

É matéria extremamente controversa, entretanto, a existência de diferença ontológica entre os ilícitos e as sanções penais e administrativas. Os que defendem essa diferenciação, dividem-se entre a identificação de uma corrente qualitativa e outra quantitativa. Nesse cenário, a primeira defenderia que o Direito Penal seria responsável pela proteção de bens jurídicos, ao passo que o Direito Administrativo restaria a função de proteger o interesse das estruturas do Estado, enquanto que a segunda argumenta que a ilicitude jurídica seria una, mas que ao Direito Penal seria transportado apenas o ilícito administrativo de maior gravidade objetiva.^[28]

Tais concepções, embora ainda hoje encontrem alguma ressonância, passaram a um segundo plano no debate sobre o tema à medida em que vem prevalecendo na doutrina e na jurisprudência a necessidade de se abandonar diferenciações essencialistas – ontológicas – para se assumir uma diferenciação funcionalista, que se atente menos ao comportamento regulado, e mais à discricionariedade do legislador na utilização do instituto penal ou do administrativo ao exercer o *ius puniendi* estatal.

"Na seqüência do que vem sendo exposto, percebe-se uma enorme dificuldade em diferenciar ilícitos penais e administrativos pelo critério do conteúdo ou qualidade das penas, salvo em raras limitações constitucionais, precisamente no que diz respeito às penas privativas de liberdade, cujos regimes jurídicos ostentam clara vinculação à sua natureza penal. Diante da ausência de elementos diferenciadores no plano moral, ético ou qualitativo, percebe-se que a comparação dos elementos entre as infrações penais e administrativas conduziria a uma substancial identidade entre os ilícitos penais e administrativos. Prova dessa inegável realidade seria o fato de que o legislador ostenta amplos poderes discricionários na administração de ilícitos penais ou na penalização de ilícitos administrativos. Pode um ilícito hoje ser penal e no dia seguinte amanhecer administrativo ou vice-versa. Não há um critério qualitativo a separar esses ilícitos e tampouco um critério rigorosamente quantitativo, porque algumas

sanções administrativas são mais severas do que as sanções penais. Pode haver, claro, tendências em termos de política do Direito Punitivo. Isto não significa que haja espaços demarcados por critérios qualitativos, salvo em raras e excepcionais situações contempladas nas Cartas Constitucionais, onde se torna possível discriminar situações de obrigatória tipificação penal ou, ao revés, de tipificação penal interdita".[\[29\]](#)

Nesse momento, ao se levar em conta que a responsabilização de um ente coletivo não está sujeita à pena privativa de liberdade, em um primeiro momento, poderia se pensar que inexistiria distinção entre as sanções disponíveis na esfera penal e administrativa.

Todavia, há que se mencionar o fato de, por vezes, as sanções administrativas serem mais graves que as próprias sanções penais, quando vistas sob seu impacto simbólico.

Nessa toada, no plano do Direito Administrativo Sancionador, a LAC inseriu nos incs. I e II do art. 6º da LAC as sanções aplicáveis no âmbito administrativo, qual sejam a de pagamento de multa e de publicação extraordinária de decisão condenatória.

A primeira categoria estabelece que a autoridade administrativa poderá aplicar multa de 0,1% a 20% do faturamento bruto do exercício anterior ao da instauração do processo de responsabilização, excluídos os tributos, em valor nunca inferior ao da vantagem ilícita auferida. Por sua vez, o §4º do art. 6º da LAC prescreve que "não sendo possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), sendo a principal regra que a multa não seja inferior à vantagem auferida.

Observa-se que o legislador deliberadamente, segundo Souza, pretendeu incrementar o custo da corrupção, de modo que a aplicação da multa pelos órgãos de controle seja "suficientemente severa para inverter a lógica de incentivos que atualmente o corruptor possui ao incorporar práticas ilícitas em sua lógica comercial com a Administração Pública".[\[30\]](#)

A segunda punição elencada na Lei Anticorrupção é a publicação extraordinária da decisão condenatória, que, em tese, trata-se de instrumento de potencial de efeito dissuasório da condenação, eis que a divulgação dos fatos pode gerar uma série de consequências negativas para a empresa, dentre elas a dificuldade de relacionamento com os clientes e até a queda no preço das ações[31].

A própria prática administrativa parece começar a incorporar as finalidades da sanção penal para aplicar suas sanções disciplinares. Como exemplos desse fenômeno, podemos mencionar o respeito e o efeito simbólico que têm atualmente os pronunciamentos de dois órgãos da esfera administrativa: a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Esses dois exemplos parecem mostrar que o potencial simbólico de uma sanção é algo mutável, que depende de uma série de circunstâncias sociais, podendo, portanto, ser construído também quando se tem em mãos a possibilidade de responsabilização administrativa. [32]

Atente-se que, embora a reparação integral do dano não tenha sido elencada no rol do art. 6 da LAC como espécie de penalidade, o §3º do referido artigo institui que “a aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado”.

Insta salientar, outrossim, que a teor do art. 18 da LAC, a responsabilidade da pessoa jurídica na esfera administrativa não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial, podendo as duas vias de responsabilização serem concorrentes.

Para tanto, são previstas sanções mais graves no art. 19, as quais poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, mediante um processo revestido de garantias ao contraditório e à ampla defesa:

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à

aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

A fim de salvaguardar a aplicabilidade das punições, o Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação do dano causado[33].

Como quer que seja, certo é que, tanto na via administrativa quanto na via judicial, o art. 7º da Lei Anticorrupção cria um alistamento de critérios para a mensuração punitiva, personalizando as penas conforme: a gravidade da infração; a vantagem auferida ou pretendida; a consumação ou não da infração; o grau de lesão ou perigo de lesão; o efeito negativo produzido pela infração; situação econômica do infrator; a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; e o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com órgão ou entidades lesadas.

Outrossim, relevante notar que a Lei Anticorrupção prevê a existência de um programa de prevenção à corrupção dentro da própria empresa como forma de mitigar a sanção imposta. O *Compliance* "constitui a obrigação de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades da organização"[34], ganhando clara relevância nas empresas que pretendem mudar a cultura de sua organização, de forma a estimular a ética nos negócios.

3.4 DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL

Nos países em que se adotam o sistema contencioso administrativo não se admite que o controle praticado pela Administração Pública seja revisto pelo Poder Judiciário. Todavia, no Brasil, o sistema que vige é o da jurisdição una, sendo “princípio assente em nosso Direito – e com expresse respaldo na Lei Magna – que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV)” [35].

Esse amplo acesso ao Poder Judiciário, não impede, entretanto, que os atos lesivos à Administração Pública sejam apurados e julgados na via administrativa pela autoridade máxima de cada órgão envolvido, observados o contraditório e a ampla defesa (art. 8º da LAC).

O processo administrativo será conduzido por uma comissão de pelo menos dois servidores estáveis a serem designados pela autoridade administrativa competente (art. 10 da LAC). Para tanto, os responsáveis pela condução do processo administrativo poderão contar com o auxílio do Poder Judiciário para que sejam deferidas medidas judiciais necessárias à investigação e ao processamento das infrações (art. 10, §1º da LAC). Ademais, a comissão poderá, ainda, propor cautelarmente a suspensão dos efeitos do ato ou processo objeto da investigação. (art. 10, §2º da LAC).

Nesse íterim, importante notar que o legislador elencou no art. 14 da Lei n. 12.846/2013 a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica “sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial”, devendo os efeitos das sanções serem avultados aos todos os seus administradores e sócios. Essa é, sem dúvida, a principal forma de desarticulação das “empresas de fachada”, que buscam a obtenção de lucro por meio de negócios ilícitos.

Concluído o processo administrativo, a comissão processante deverá encaminhar o processo à autoridade instauradora e dará ciência ao Ministério Público sobre a sua existência, a fim de que apure e o caso comporta a adoção de outras providências, tais como a promoção de demandas de natureza civil ou criminal para complementação das sanções administrativas.

Para formar sua convicção, o Ministério Público poderá se valer exclusivamente dos elementos colhidos nos autos do processo administrativo ou, caso os entenda insuficientes, poderá instaurar procedimento próprio (inquérito civil público ou procedimento investigatório criminal) ou, ainda, requisitar a instauração de inquérito policial, de forma a amealhar evidências adicionais. É possível também que o Ministério Público e a Polícia Judiciária já possuíssem investigações em curso quando do recebimento de cópia do processo administrativo; neste caso, em vez de instaurar uma nova investigação, limitar-se-ão a juntar a esta a cópia recebida.^[36]

Por sinal, cabe ressaltar que a comissão poderá comunicar o Ministério Público antes mesmo da conclusão do processo administrativo, eis que ao possibilitar aos membros do *parquet* o acompanhamento da produção de provas, poderá tornar mais célere a apuração dos delitos e dos atos de improbidade praticados pelos responsáveis dos entes coletivos.

Quanto à apuração dos atos lesivos na esfera judicial, a Lei Anticorrupção atribui legitimidade concorrente tanto ao Ministério Público como às Advocacias Públicas ou Órgãos de representação judicial dos entes federativos para a propositura da ação de responsabilização contra a empresa corruptora.

Ao deflagrarem uma ação cível de responsabilização da pessoa jurídica por ato lesivo cometido à administração pública, poderão, como já dito, ser aplicadas sanções mais graves que as comináveis na via administrativa.

O procedimento judicial para apuração dos atos, segundo o art. 21 da LAC, seguirá o rito da Lei 7.347/85, que prevê a Ação Civil Pública como instrumento processual de tutela do patrimônio público.

Nessa conjuntura, é importante consignar que, nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas no art. 19º, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.

3.5 DO ACORDO DE LENIÊNCIA

Como um instrumento de efetivação da responsabilização objetiva da pessoa jurídica no âmbito administrativo, a LAC organizou um programa de leniência voltado a incentivar a colaboração das empresas corruptoras na apuração dos atos ilícitos.

Esse instrumento de maior atenção legislativa assemelha-se às descrições de delação ou colaboração premiada na instância penal, à guisa de facilitar a produção probatória[37]. São diversos exemplos na legislação pátria em que o legislador premia aquele que colaborar com as investigações.

É instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução da pena, podendo chegar até à liberação da pena, pela sua confissão, e ajudar nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária (isso quer dizer, sem qualquer tipo de coação).[38]

Nessa toada, pode-se mencionar as seguintes leis que albergam a delação premiada: a) a Lei de Crimes Hediondos; b) a Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo; c) a Lei de Proteção à Vítimas e Testemunhas; d) a Lei de Entorpecentes; e) a Lei que Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; f) a Lei de lavagem de Capitais; e, g) a Lei de Combate às Organizações Criminosas.

Embora não extensivo à esfera criminal e às pessoas físicas, referido acordo possui um paralelismo com o praticado na esfera criminal, uma vez que em ambos persegue-se uma cooperação voluntária ou espontânea do agente e a obtenção de um resultado benéfico às investigações, seja pelo desarmamento da empreitada criminosa ou pela recuperação da vítima ou do fato ilícito.[39]

A situação em que mais aflora tal necessidade investigativa diz respeito aos crimes de natureza associativa, que por possuírem uma complexidade tamanha, que por vezes inclusive estende-se para além dos limites territoriais do Estado, são também as hipóteses em que mais usualmente é utilizado o instrumento ora comentado.[40]

Apesar disso, ao contrário do que ocorre com a delação premiada, o acordo de leniência pode ser celebrado sem a intervenção do Poder Judiciário, bastando que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade lesada seja responsável pela tratativa com a pessoa jurídica corruptora.

Nos termos do art. 16, incs. I e II da Lei Anticorrupção, para que o acordo de leniência possa ser celebrado é necessário, também, que a colaboração possar resultar na "identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber" e na "obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração".

Além disso, apregoa o §1º do mencionado artigo que a negociação somente poderá ser realizada se preencher, cumulativamente, as seguintes exigências: a) "a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito"; b) "a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo"; c) "a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento".

No que diz respeito aos efeitos da celebração do acordo, a Lei estabelece que, no âmbito administrativo, a pessoa jurídica estará isenta da sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória e, na esfera judicial, da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público. Outrossim, a LAC dispõe que a multa poderá ser reduzida em até dois terços.

Outra regra importante é a prevista no art. 17 da LAC, pela qual a Administração poderá celebrar o acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei de Licitações, visando a isenção ou atenuação das penalidades dispostas em seus arts. 86 e 88.

Cabe ressaltar, entretanto, que, sob o ponto de vista de eficácia, o acordo de leniência deixa a desejar ao possibilitar a persecução da responsabilização judicial do ente coletivo para aplicação das reprimendas do art. 19 da Lei n.

12.846/13. Demais disso, outro grave defeito é a não inclusão das pessoas físicas como beneficiárias da delação.

A Lei nº. 12.846/2013 pecou em não contemplar possíveis efeitos penais do pacto, podendo o Ministério Público se utilizar das leniências para alcançar decretos condenatórios contra pessoas físicas e eventuais reparações de danos no âmbito civil. A Lei Anticorrupção também falhou em não disciplinar a extinção da punibilidade à pessoa jurídica infratora que efetivamente cooperar com as investigações e com o processo administrativo, limitando-se a estipular apenas redução da pena de multa aplicada. De igual forma, não houve previsão de leniência dúplice no decorrer do processo administrativo quanto à infração que venha a surgir no decorrer das investigações. E, ainda, o fato de o acordo de leniência não impedir que o órgão ministerial promova ação judicial a fim de aplicar as sanções previstas no artigo 19 da Lei Anticorrupção.[\[41\]](#)

Dessa forma, observa-se que nem sempre as empresas podem se sentir atraídas a requerer os benefícios da leniência, dadas as incertezas a que poderão estar submetidas.

Por fim, nota-se que a lei omitiu completamente a participação do Ministério público na celebração do acordo de leniência. Na perspectiva pretoriana, é evidente não só a legitimidade do *parquet* para a propositura da ação, como também seu poder de investigação dos fatos, dado que, muitas vezes, esse tipo de acordo acaba tendo reflexos na própria atuação ministerial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tempos em tempos ecoam escândalos que demonstram o mal trato para com o dinheiro público, correntemente relacionados a atos de corrupção praticados por empresas jurídicas, que preocupando-se unicamente com o lucro privado, extorquem dos cofres públicos valores pertencentes ao povo.

As mazelas da corrupção acarretam notórios custos políticos, sociais e econômicos à sociedade. Nota-se que a prática desses atos enfraquece os preceitos da democracia e os valores morais do povo, além de gerar um ambiente

de desequilíbrio e insegurança no mercado econômico, de modo a impedir o desenvolvimento do país.

Com efeito, esta é a tônica das manifestações que sazonalmente eclodem pelo país, já que são atitudes em total descompasso com a lei que causam o descrédito nas instituições constituídas democraticamente.

Em que pese a diversidade de institutos penais e extrapenais criados para coibição dos atos de corrupção contra a Administração Pública nacional e estrangeira, inexistia, até então, um diploma voltado à responsabilização dos entes coletivos sob a ótica do direito administrativo sancionador.

Assim, ao disciplinar o controle administrativo e jurisdicional da corrupção no Brasil, a Lei n. 12.846/13 contribuiu para a fortificação do arcabouço normativo que regulamenta a responsabilidade das pessoas jurídicas, trazendo ao sistema jurídico vigente mecanismos inovadores para o estabelecimento de comportamentos éticos na relação da empresa com o Poder Público.

Dentre essas contribuições, a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas representou um significativo avanço no combate à corrupção, vez que abstraiu a necessidade de comprovação da autoria individualizada e de estados subjetivos das pessoas físicas por ela responsáveis.

Outrossim, um dos efeitos mais importantes trazidos pela nova lei, reside no programa Compliance, o qual busca estimular a integridade corporativa como forma de atenuar seu sancionamento, a despeito de ter se envolvido com algum dos ilícitos elencados pela lei.

Sem dúvidas, uma das grandes inovações do novo diploma foi a viabilização dos acordos de leniência. Semelhantes ao instituto da delação premiada, ainda que não excluam a responsabilidade penal dos delatores, tais tratativas são capazes de isentar a empresa de várias penalidades e de reduzir-lhes a multa em até dois terços do valor, em compensação à colaboração da empresa com as investigações e com o processo.

A entrada da nova lei trouxe, assim, a expectativa de que, de fato, o apanágio da impunidade seja, definitivamente, reduzido do cenário nacional e

mundial mediante a aplicação dos novos institutos do direito administrativo sancionador.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Felipe Dantas. **Uma análise da Estratégia Nacional contra a corrupção e a lavagem de dinheiro**. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/1649>>. Acesso em 25.ago.2015.
- _____. Responsabilidade de pessoas jurídicas por corrupção. Disponível em: <usp-br.academia.edu/FelipeDantas>. Acesso em 30.ago.2015.
- ARAÚJO, Kleber Martins de. **Responsabilização administrativa da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção**. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. Lei anticorrupção. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 181-235.
- Bittar, Walter Barbosa. Observações necessárias. In: _____ (coord.). **Delação premiada. Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5.
- BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BONFIM, Natália Bertolo. **A desconsideração da personalidade jurídica na Lei Anticorrupção**. Revista dos Tribunais., São Paulo, v. 103, n. 947, set. 2014, p. 91-118.
- CANETTI, Rafaela Coutinho. **Os acordos de leniência na lei de combate à corrupção**. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. Lei anticorrupção. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 267.
- CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Legislação Anticorrupção no mundo: análise comparativa entre a lei anticorrupção brasileira, o foreign corrupt practices act norte-americano e o bribery act do Reino Unido**. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. Lei anticorrupção. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 35-62.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DE CAMPOS, Patrícia Toledo. **Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção**. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, p. 160-185, 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/80943/pdf_10>. Acesso em: 25 ago 2015.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DRUMMOND, João Augusto de Moraes. **Da sanção pela prática objetiva de ato ilícito administrativo pela pessoa jurídica na Lei anticorrupção brasileira: teoria do ato ilícito por seu efeito imediato : análise da norma**. Revista Síntese. Direito Administrativo, São Paulo , v. 9, n. 104, p. 58-81, ago. 2014.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Panorama crítico da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013)**. Revista dos Tribunais., São Paulo , v. 103, n. 947, p. 25-36, set. 2014

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Niterói: Impetus, 2012. 4 v.

HAGE SOBRINHO, Jorge. **Lei 12.846/2013: Lei da Empresa Limpa**. Revista dos Tribunais., São Paulo , v. 103, n. 947, p. 37-55, set. 2014.

KIST, Dario José; SILVA, Maurício Fernandes da. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei nº 9.605/98**. Revista Jus Navigandi, Teresina, [ano 8, n. 66, 1 jun. 2003](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4168>>. Acesso em: 3 set. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **A “Nova” Lei Anticorrupção Brasileira (Lei Federal 12.846)**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n 82, dezembro de 2013. Disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em 11.ago.2015.

LEITE, Maurício Silva; NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. **Responsabilidade solidária por atos de corrupção**. Revista dos Tribunais., São Paulo , v. 103, n. 947, p. 313-330, set. 2014.

LUZ, Yuri Corrêa da. **O combate à corrupção entre direito penal e direito administrativo sancionador**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 19, n. 89, 2011, p. 429-470.

MASSON, CLEBER. **Direito Penal - Parte Especial**. Ed. Método: São Paulo. v. 3. 3ª ed., 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. **A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas**. Revista Fórum Administrativo [eletrônica], vol. 14. Belo Horizonte: Fórum, fev., 2014.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JR., Rubens Naman. **Lei Anticorrupção: Origens, comentários e análise da legislação correlata**. São Paulo: Saraiva, 2014.

REALE JÚNIOR, Miguel. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: R. dos Tribunais, 2001.

PIMENTEL FILHO, André. **Comentários aos artigos 1º ao 4º da Lei Anticorrupção**. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. Lei anticorrupção. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 63-82.

SOUZA, Jorge Munhos de. **Responsabilização Administrativa na Lei Anticorrupção**. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. Lei anticorrupção. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 131-168.

TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção**. Revista dos Tribunais., São Paulo , v. 103, n. 947, p. 133-155, set. 2014.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. **Interpretação do artigo 30 da Lei 12.846/2013**. Revista dos Tribunais., São Paulo , v. 103, n. 947, p. 281-294, set. 2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NOTAS:

[1] "Será ativa, quando o corruptor oferece a funcionário público alguma vantagem, para que este retarde, pratique ou omita ato de ofício. Ou seja, quando a parte interessada no ato a ser praticado pelo funcionário público procura suborná-lo, fazendo-lhe ofertas, promessas ou oferecimento de quaisquer vantagens para que pratique ou deixa de praticá-lo. Registra-se que, para os efeitos penais, funcionário público é aquele que exerce cargo, função ou emprego público, mesmo que transitoriamente ou até sem remuneração". BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 18.

[2] "A corrupção passiva é crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado. Consuma-se no momento em que o funcionário público

solicita, recebe ou aceita a promessa de vantagem indevida." MASSON, CLEBER. **Direito Penal - Parte Especial**. São Paulo: Ed. Método. v. 3. 3ª ed. 2013, p. 666.

[3] LEITE, Maurício Silva; NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. **Responsabilidade solidária por atos de corrupção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 103, n. 947, 2014, p. 318.

[4] ARAÚJO, Felipe Dantas. **Uma análise da Estratégia Nacional contra a corrupção e a lavagem de dinheiro**. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/1649>>. Acesso em 25.ago.2015.

[5] FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Panorâma crítico da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013)**. Revista dos Tribunais., São Paulo , v. 103, n. 947, 2014, p.28.

[6] Como defensores da responsabilização criminal dos entes coletivos, cabe citar os renomados juristas Luíz Paulo Sivinskas, Toshio Mukai, Gilberto e Vladimir Passos de Freitas, Sérgio Salomão Shecaira, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Fausto Martin de Sanctis, Walter Claudius Rothenburg, Celeste Leitos dos Santos Pereira Gomes, Paulo Affonso Leme Machado, Eládio Lecey, José Afonso da Silva, Pinto Ferreira, Édís Milaré, entre outros. Conteúdo extraído de: KIST, Dario José; SILVA, Maurício Fernandes da. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei nº 9.605/98**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4168>>. Acesso em: 3 set. 2015.

[7] " Não se pode falar de uma vontade em sentido psicológico no ato da pessoa jurídica, o que exclui qualquer possibilidade de admitir a existência de uma conduta humana. A pessoa jurídica não pode ser autora de delito, porque não tem capacidade de conduta humana no sentido onto-ontológico da mesma". ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 339.

[8] REALE JÚNIOR, Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 138.

[9] DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 302.

- [10] GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Niterói: Impetus, 2012. 4 v., p. 177.
- [11] PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. **Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 49.
- [12] PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JUNIOR, *op.cit.*, p. 35.
- [13] HAGE SOBRINHO, Jorge. **Lei 12.846/2013: Lei da Empresa Limpa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 103, n. 947, 2014, p. 41.
- [14] TOJAL, Sebastião Botto de Barros. **Interpretação do artigo 30 da Lei 12.846/2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 103, n. 947, 2014, p. 282.
- [15] HAGE SOBRINHO, *op.cit.*, p. 39-40.
- [16] BITTENCOURT, *op.cit.*, p. 19.
- [17] BITTENCOURT, *op.cit.*, p. 21.
- [18] TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 103, n. 947, set. 2014, p. 134.
- [19] PEREIRA NETO, Miguel. **A Lei Anticorrupção e a administração pública estrangeira**. Revista dos Tribunais., São Paulo , v. 103, n. 947, 2014, p. 336.
- [20] DRUMMOND, João Augusto de Moraes. **Da sanção pela prática objetiva de ato ilícito administrativo pela pessoa jurídica na Lei anticorrupção brasileira: teoria do ato ilícito por seu efeito imediato : análise da norma**. Revista Síntese. Direito Administrativo, São Paulo , v. 9, n. 104, 2014, p. 60.
- [21] CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Legislação Anticorrupção no mundo: análise comparativa entre a lei anticorrupção brasileira, o foreign corrupt practices act norte-americano e o bribery act do Reino Unido**. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. Lei anticorrupção. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 38.
- [22] Art. 5º da Lei nº 12.846.
- [23] NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 436.

[24] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 143.

[25] BONFIM, Natália Bertolo. **A desconsideração da personalidade jurídica na Lei Anticorrupção**. Revista dos Tribunais., São Paulo , v. 103, n. 947, 2014, p. 92.

[26] PIMENTEL FILHO, André. **Comentários aos artigos 1º ao 4º da Lei Anticorrupção**. *In*: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. Lei anticorrupção. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 75.

[27] JUSTEN FILHO, Marçal. **A “Nova” Lei Anticorrupção Brasileira (Lei Federal 12.846)**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n 82, dezembro de 2013. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em 11.ago.2015.

[28] LUZ, Yuri Corrêa da. **O combate à corrupção entre direito penal e direito administrativo sancionador**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 19, n. 89, p. 433-435.

[29] OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 116.

[30] SOUZA, Jorge Munhós de. **Responsabilização Administrativa na Lei Anticorrupção**. *In*: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. Lei anticorrupção. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 148-149.

[31] ARAÚJO, Felipe Dantas. **Responsabilidade de pessoas jurídicas por corrupção**. Disponível em: < usp-br.academia.edu/FelipeDantas>. Acesso em 30.ago.2015.

[32] LUZ, Yuri Corrêa da., *op.cit.*, p. 453.

[33] Art. 19, § 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

[34] BITTENCOURT, *op.cit.*, p. 84.

[35] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 974.

[36] ARAÚJO, Kleber Martins de. **Responsabilização administrativa da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção**. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. Lei anticorrupção. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 227.

[37] “Não obstante a duvidosa imoralidade da delação premiada, em que os fins justificam os meios, dando-se guarida à traição de um criminoso confesso que passa a acusar os demais coautores do crime que com ele haviam agido, movida por motivos egoísticos consistente em ver-se excluído da denúncia, beneficiado com uma redução de pena ou até mesmo com o perdão judicial, não se pode deixar de reconhecer que a delação premiada, ao lado da interceptação telefônica, tem se mostrado um instrumento poderoso na apuração de gravíssimos crimes, os quais, sem ela, permaneceriam impunes”. DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014, p. 1031.

[38] Bittar, Walter Barbosa. Observações necessárias. In: _____ (coord.). **Delação premiada**. Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5.

[39] CANETTI, Rafaela Coutinho. **Os acordos de leniência na lei de combate à corrupção**. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. Lei anticorrupção. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 267.

[40] *Ibid*, p. 267.

[41] DE CAMPOS, Patrícia Toledo. **Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção**. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, p. 160-185, 2014. Disponível em: < http://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/80943/pdf_10 > . Acesso em: 25 ago 2015.

A FAUNA COMO FINALIDADE CULTURAL SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

CÁSSIA RAFAELLE AMORIM TRAVASSOS:
Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Estácio do Pará.

FERNANDO DE ALVARENGA BARBOSA
(Orientador)

RESUMO: Este trabalho trata do comportamento humano em relação aos animais, isto é, da visão de que apenas o homem é sujeito de direitos. Porém, essa ideia foi mudando a partir do momento em que a Constituição da República incluiu a fauna como objeto de proteção dentro do direito ambiental, cabendo a todos protegê-la. O presente trabalho tem como finalidade esclarecer que todo ato que submeta animais a tratamento cruel é considerado crime ambiental, bem como, a inconstitucionalidade das práticas culturais que utilizam animais de forma abusiva. O artigo destina-se a abordar que além da Constituição assegurar a todos o direito à cultura, há uma limitação quanto a esse direito, essa restrição está direcionada a crueldade contra a fauna. Pois, a partir do momento que uma prática submete animais a maus tratos, tal prática não pode ser considerada cultural, havendo assim, violação de preceitos constitucionais, cabendo responsabilização no âmbito civil e penal. Destarte, é dever do Poder Público e da coletividade preservar e proteger a fauna para essa e as próximas gerações.

Palavras chaves: Tratamento cruel. Práticas culturais. Limitação.

ABSTRACT: This work deals with human behavior in relation to animals, that is, the view that only man is subject to rights. However, this idea was changed from the moment the Constitution of the Republic included the fauna as an object of protection within the environmental law, and it is up to all to protect it. The present work aims to clarify that any act that subjects animals to cruel treatment is considered an environmental crime, as well as the unconstitutionality of cultural practices that abuse animals. The article aims to address that in addition to the Constitution to ensure everyone the right to culture, there is a limitation on this right, this restriction is directed at cruelty against wildlife. For, from the moment that a practice subjects animals to ill-treatment, such practice can not be considered cultural, thus violating constitutional precepts, with civil and criminal

responsibility. Therefore, it is the duty of the Government and the community to preserve and protect the fauna for this and the next generations.

Keywords: Cruel treatment. Cultural practices. Limitation.

SUMÁRIO: 1 introdução. 2 a proteção aos animais no direito brasileiro. 3 o paralelo entre direito ambiental e proteção aos animais. 4 a fauna. 4.1 a fauna como finalidade cultural. 5 a responsabilidade por dano causado ao meio ambiente. 5.1 a responsabilidade civil. 5.2 a responsabilidade penal. 6 fundamentos constitucionais do direito criminal ambiental. 7 dos crimes contra a fauna. 8 as manifestações culturais. 9 considerações finais. 10 referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho, pretende-se abordar o tratamento abusivo que a fauna é submetida com o fim de assegurar o direito a cultura previsto no texto constitucional.

A proteção ao meio ambiente está inserida na Constituição da República em seu artigo 225. Ao mencionar o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a essencial qualidade de vida como objeto de proteção, estão incluídos também a fauna e a flora, contudo, aqui será abordado especificamente a fauna.

O Direito ambiental é um Direito Constitucional, pois emana da Carta Magna. Esta lei veda as práticas que coloquem em risco a função ecológica da fauna, que provoquem a sua extinção ou submetam os animais a tratamentos cruéis, assim como, incumbe à coletividade e ao Poder Público o dever de proteger os bens ambientais.

O paralelo entre Direito Ambiental e proteção aos animais se encontra no momento em que o direito ambiental faz menção à vida em todas as suas formas como objeto de proteção. Ou seja, essa proteção se estende à vida animal em suas diversas espécies.

Este artigo destina-se a abordar a posição de inferioridade que o animal se encontra em relação ao ser humano, além de identificar os limites dessa posição, onde o homem é o destinatário principal da proteção imposta pela lei.

Cabendo, neste caso, um questionamento acerca da violação de dispositivos constitucionais que proíbem que os animais sejam submetidos a tratamentos cruéis.

Quem pratica ato de crueldade contra animais pode ser responsabilizado civilmente e, essa responsabilização será transformada em uma obrigação de reparar o dano causado.

Além da responsabilidade no âmbito civil, é possível também que haja a responsabilização no âmbito penal. Pois, a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 prevê essa possibilidade. Essa lei especificou os crimes contra a fauna, da mesma forma que abordou o abuso e maus tratos contra animais, bem como, as devidas punições para tais atos.

Objetiva-se aqui, mostrar práticas consideradas como crime ambiental. Nessas práticas estão inseridas as manifestações culturais que submetem animais a tortura e crueldade. O STF em decisões já considerou que estes atos são inconstitucionais.

Contudo, ainda será abordado, o afastamento da violação do direito à cultura a partir do momento em que essas práticas causam danos ao meio ambiente, colocando uma vida em condição de abuso.

A metodologia aplicada neste artigo baseia-se em pesquisa jurisprudencial e bibliográfica através de livros.

2 A PROTEÇÃO AOS ANIMAIS NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição da República é a principal fonte formal do Direito Ambiental. O fato de a Constituição fazer menção à proteção ao meio ambiente em seu artigo 225 e, colocar esse artigo no ápice, demonstra que o Direito ambiental é um Direito constitucional. Pois, emana diretamente da Lei Fundamental.

A Constituição Federal de 1988, como tem sido amplamente sublinhado pelos constitucionalistas, trouxe imensas novidades em relação às Cartas que a antecederam, notadamente na defesa dos direitos de garantias individuais e no reconhecimento de nova gama de direitos, dentre os

quais se destaca o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nas constituições anteriores as referências aos recursos ambientais eram feitas de maneira não sistemática, com pequenas menções aqui e ali, sem que se pudesse falar na existência de um contexto constitucional de proteção ao meio ambiente. Os constituintes anteriores a 1988 não se preocupavam com a conservação dos recursos naturais ou com a sua utilização racional. Na verdade, o meio ambiente não existia como um conceito jurídico merecedor de tutela autônoma, coisa que só veio a ocorrer após a edição da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, em 1981; contudo, o elemento constitucional básico que dava sustentação à lei na época de sua edição era a proteção à saúde pública. (ANTUNES, 2014, p.61)

A CRFB estruturou uma composição para a tutela dos valores ambientais, reconhecendo-lhes características próprias, desvinculadas do instituto da posse e da propriedade, consagrando uma nova concepção ligada a direitos. (FIORILLO, 2012, p. 47)

Esse instituto é compreendido por meio do art.225 da CRFB que dispõe em seu caput:

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

A natureza jurídica do bem ambiental foi expressa neste artigo, classificando-o como “de uso comum do povo”.

[...] ou seja, ninguém no plano constitucional pode estabelecer relação jurídica com o bem ambiental que venha a implicar a possibilidade do exercício de outras prerrogativas individuais ou mesmo coletivas (como as de gozar, dispor, fruir, destruir, fazer com o bem ambiental de forma absolutamente livre tudo aquilo que for da vontade, do desejo da pessoa humana no plano individual ou meta

individual), além do direito de usar o bem ambiental. Enfim, a Constituição Federal não autoriza fazer com o bem ambiental de forma ampla, geral e irrestrita aquilo que permite fazer com outros bens em face do direito de propriedade.

Destarte, o bem ambiental, diante da manifestação constitucional que informa sua natureza jurídica, não guarda necessariamente compatibilidade absoluta com o direito de propriedade. (FIORILLO, 2016, p.69)

Quando a Constituição impõe ao poder público o dever de defesa e preservação dos bens ambientais, há uma clara determinação de que as pessoas jurídicas de direito público assumam a responsabilidade de defender e preservar a vida em todas as suas formas. Portanto, além do Poder Público, essa responsabilidade cabe também à coletividade, ou seja, essa imposição constitucional não fica limitada apenas ao Poder Público, ela se estende à sociedade civil. Por isso, não basta apenas defender os bens ambientais em decorrência de lesão já ocorrida, mas sim, e principalmente, preservar a vida a partir de ameaça que possa surgir. (FIORILLO, 2016)

No mesmo artigo, o texto constitucional com objetivo de assegurar e dar efetividade a esse direito também protegeu a fauna. A CRFB em seu Art. 225 §1º, VII, determina:

§1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: VII- proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

O texto constitucional ao aludir à proteção da fauna, não delimitou o seu conceito, possibilitando ao legislador infraconstitucional o preenchimento dessa lacuna. O preenchimento desse conceito possibilitou a recepção da Lei n. 5.197/67 - Lei de Proteção à Fauna. (FIORILLO, 2013, p. 301)

Nos termos do caput do seu art. 1º:

Art. 1º Os animais de quaisquer espécies em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora

do cativo, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha.

Esse artigo tratou o conteúdo da fauna de forma estrita, colocando como objeto da lei apenas a fauna silvestre, objeto este que não foi delimitado no texto constitucional. Contudo, a Constituição Federal, ao prescrever a incumbência do Poder Público e da coletividade de proteger a fauna, faz de forma ampla, não restringindo a tutela à fauna silvestre apenas, incluindo também os animais domésticos. (FIORILLO, 2013, p. 302)

3 O PARALELO ENTRE DIREITO AMBIENTAL E PROTEÇÃO AOS ANIMAIS

A palavra “ambiente” indica o lugar que envolve os seres vivos ou as coisas. Logo, o termo “meio ambiente” que é caracterizado de forma ampla, pois, abrange toda a natureza, é classificado em “meio ambiente natural” (constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a fauna, a flora), “meio ambiente cultural” (formado pelo patrimônio arqueológico, artístico, histórico, paisagístico, turístico) e “meio ambiente artificial” (integrado pelas edificações, equipamentos urbanos, comunitários, todos os assentamentos de reflexos urbanísticos). (GONÇALVES, 2012)

A CRFB, ao estabelecer em seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana como fundamento a interpretar todo o sistema constitucional, adotou uma visão explicitamente antropocêntrica, atribuindo aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, uma posição de centralidade em relação ao sistema de direito positivo. (FIORILLO, 2013, p. 52)

Embora a Carta Magna coloque o direito ao meio ambiente voltado para a satisfação das necessidades humanas, nada impede que esse direito proteja a vida em todas as formas, e não é só o homem que possui vida, então, todos que a possuem são tutelados e protegidos pelo direito ambiental (FIORILLO, 2013, p. 54).

Conforme o art. 3º da Política Nacional do Meio Ambiente, que conceitua meio ambiente como: “o conjunto de condições, leis, influências e interações de

ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas." (FIORILLO, 2016)

Por intermédio dessa visão o direito ambiental teria por objeto a tutela de toda e qualquer vida. (FIORILLO, 2013, p. 59)

De acordo com essa posição, os animais assumiram papel de destaque em face da proteção ambiental, enquanto destinatários diretos do direito ambiental brasileiro. Todavia, não é razoável a ideia do animal, da fauna, da vida em geral dissociada da relação com o homem. Isso importa uma vez mais reiterar que a proteção do meio ambiente existe, antes de tudo, para favorecer o homem e, senão por via reflexa e quase simbiótica, proteger as demais espécies. (FIORILLO, 2013, p.60)

Ao verificar a terminologia empregada, é possível extrair que direito ambiental está relacionado a tudo que nos circunda. Por isso, há uma ligação entre direito ambiental e proteção aos animais, pois, esta está contida naquele. (FIORILLO, 2013)

4 A FAUNA

De acordo com Fiorillo, os animais são bens e sobre eles incide a ação da pessoa humana, logo, os animais em todas as suas espécies não são sujeitos de direitos, por isso, a proteção do meio ambiente coloca o homem em posição de destinatário final visando favorecer a própria pessoas humana e somente por via reflexa proteger as demais espécies. (FIORILLO, 2013)

Cumpri-nos delimitar qual regime de titularidade a que fauna está sujeita. Inicialmente, deve-se mencionar que houve uma substancial alteração do regime da titularidade da fauna. Isso porque, sob o prisma do Código de Caça (Decreto-Lei n. 5.894/43) e do Código de Pesca (Decreto-Lei n. 794/38), as espécies componentes da fauna eram consideradas res nullius, ou seja, algo que, embora passível de domínio, em dado momento não possuía senhor, seja pelo fato de nunca ter tido um, seja ainda, por ter sido abandonado. Com o advento da Lei n. 5.197/67, que

revogou os antigos Códigos de Caça e Pesca, o tratamento dispensado à fauna refletiu a preocupação do legislador com a esgotabilidade do bem e a sua importância no equilíbrio do ecossistema necessário à manutenção das espécies. Através do art. 1º da citada lei, a fauna silvestre era tida como um bem público, pertencente à União. Com a conjugação legislativa existente entre a Constituição Federal (art. 225) e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (art.81, parágrafo único, I), temos que os chamados bens ambientais não mais são enquadrados na categoria de públicos, mas sim na de bens difusos. (FIORILLO, 2013, p. 305)

Dessa forma, enquanto a fauna possuir função ecológica, ela será considerada bem ambiental e difuso. Por isso, a titularidade da fauna é indeterminável, pois, os bens difusos não são passíveis de apropriação. É permitido o uso e gozo racional, desde que haja a sua conservação, pois, estão submetidos a um regime de administração pelo Estado. (FIORILLO, 2013)

4.1 A fauna como finalidade cultural

A finalidade da fauna “é determinada diante do benefício que a sua utilização trará ao ser humano.” (FIORILLO, 2013, p. 305)

Fiorillo aduz ainda, que a fauna é frequentemente utilizada como forma de preservação e exercício da cultura dos diversos grupos da sociedade brasileira. Um exemplo é a prática sulista da farra do boi, o sacrifício de animais no candomblé, entre outros. (FIORILLO, 2013)

“Nesses casos, muito se questiona acerca da infringência ao preceito constitucional previsto no art.225, § 1º, VII, o qual veda que os animais sejam submetidos a práticas cruéis.” (FIORILLO, 2013, p. 309)

Cabendo observar que este preceito busca estabelecer um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a sadia qualidade de vida. Contudo, “isso significa que a crueldade deriva de um não aproveitamento do animal para fins de manutenção da própria sadia qualidade de vida.” (FIORILLO, p.55)

Conceito de Crueldade: Segundo o dicionário Aurélio Buarque de Holanda (apud FIORILLO, 2013, p.364) O termo crueldade é a qualidade do que é cruel, que, por sua vez, significa aquilo que se satisfaz em fazer mal, duro, insensível desumano, severo rigoroso, tirano. (FIORILLO, 2013, p.309)

Logo, este dispositivo da CRFB busca proteger a pessoa humana e não o animal. Porque a saúde psíquica da pessoa humana fica em posição de superioridade em relação a um animal sofrendo, sendo aquela o sujeito de direitos.

O fundamento dessa interpretação é a visão antropocêntrica do direito ambiental, pois, todo ato praticado com objetivo de garantir o bem-estar humano não estará caracterizada a crueldade prevista no texto constitucional. (FIORILLO, 2013)

Dessa forma, ser cruel significa submeter o animal a um mal além do absolutamente necessário. Compreender de forma diversa, atribuindo a tutela preceituada pela norma ao sentimento de dor animal com relação a ele mesmo, implica inviabilizar a utilização da fauna pelo homem como bem essencial à sadia qualidade de vida. Não seria admissível, pois, por exemplo, que frangos fossem deixados em regime de confinamento, com um dia de dezoito horas, apenas diante da luz e a uma temperatura adequada para a sua engorda mais célere. A crueldade só estará caracterizada se a prática contra o animal não tiver por finalidade proporcionar ao homem uma sadia qualidade de vida ou, na hipótese de estar presente esse propósito, os meios empregados não forem os absolutamente necessários. (FIORILLO, 2013, p.312)

Além da finalidade cultural, a fauna é classificada em outras finalidades, como por exemplo, científica onde o animal pode ser utilizado para fins de experimentos em laboratórios e outras atividades. E a finalidade recreativa, que tem por fundamento o direito ao laser. (FIORILLO, 2013, p.307)

Além da classificação em finalidades, há uma classificação em funções, ambas amparadas pelo texto constitucional. (FIRILLO, 2013, p.306)

5 A RESPONSABILIDADE POR DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE

5.1 A Responsabilidade civil

Devido a constantes danos que o meio ambiente vem sofrendo nos dias atuais, há uma grande preocupação em relação à sua defesa. Estes danos causam graves lesões às pessoas e às coisas. E, portanto, deve ser reparado por quem o causou, seja pessoa física ou jurídica, incluindo a Administração Pública. (GONÇALVES, 2012)

Antunes conceituou dano como:

[..] o prejuízo injusto e causado a terceiro, gerando obrigação de ressarcimento. A ação ou omissão de um terceiro é essencial. Desnecessário dizer que, no conceito somente se incluem as alterações negativas, pois não há dano se as condições forem alteradas para melhor, sem prejuízo. É a variação, moral ou material, negativa que deverá ser, na medida do possível, mensurada de forma que se possa efetivar o ressarcimento. Posta nestes termos, a questão parece simples. Contudo, é nessa aparente simplicidade que se encontram as mais significativas dificuldades do Direito Ambiental. A noção de dano, originariamente, tinha um conteúdo eminentemente patrimonial, na medida em que não se considerava prejuízo a um valor de ordem íntima, uma vez que esta não tem conteúdo econômico imediato. (ANTUNES, 2014)

A responsabilidade jurídica por dano ecológico pode ser penal e civil:

No campo da responsabilidade civil, o diploma básico em nosso país é a "Lei de Política Nacional do Meio Ambiente" (Lei n. 6938, de 31-08-1981), cujas principais virtudes estão no fato de ter consagrado a responsabilidade objetiva do causador do dano e a proteção não só aos interesses individuais como também os supraindividuais (interesses difusos em razão de agressão ao meio ambiente

em prejuízo de toda a comunidade), conferindo legitimidade ao Ministério Público para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente. (GOLÇALVES, 2012, p.81)

Essa responsabilidade gera o dever de reparar o dano causado, que, consistirá na indenização dos prejuízos. (GOLÇALVES, 2012)

Quase que de forma unânime, os autores afirmam que a Revolução Industrial foi a principal razão de surgimento da responsabilidade civil objetiva, pois, em decorrência daquela houve um aumento no número de acidentes, contribuindo assim para a modificação em responsabilidade civil sem culpa, isto porque, a necessidade de demonstrar o trinômio dano, culpa e nexo causal criava dificuldade para atender às vontades da população. (FIORILLO, 2013)

Tornando-se cada vez maior a insatisfação com a teoria subjetiva e evidenciada a sua incompatibilidade com o impulso desenvolvimentista de nosso tempo, por via de processo hermenêutico, começou-se a buscar técnicas hábeis para o desempenho de uma mais ampla cobertura para a reparação do dano. E assim surgiu a doutrina objetiva. (FIORILLO, 2013, p.87)

Carbonier (apud FIORILLO, 2013, p.88) pondera que:

“a responsabilidade objetiva não importa em nenhum julgamento de valor sobre os atos do responsável. Basta que o dano se relacione materialmente com esses atos, porque aquele que exerce atividade deve assumir os riscos”. Logo, devido a tantas dificuldades em se provar a culpa do agente na consecução do dano, a responsabilidade subjetiva foi tornando-se regra apenas no campo penal e, exceção no campo cível. Pois, o objetivo efetivo é buscar a justiça. (FIORILLO, 2013)

5.2 A Responsabilidade penal

Devido à desatualização do Código Penal referente á crimes ambientes, a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 veio para atender a esse reclamo.

O Código Penal Brasileiro mostrava-se desatualizado para reprimir os abusos contra o meio ambiente, visto que ao tempo de sua elaboração não havia, ainda, preocupação com o problema ecológico. Urgia, portanto, que se reformulasse a legislação pertinente (Código Penal, Código das Águas, Código Florestal, Código de Caça, Código de Pesca, Código de Mineração) para que as medidas de caráter preventivo e repressivo fossem estabelecidas do âmbito penal, capazes de proteger a sanidade do ambiente não só contra os atos nocivos de pessoas individuais como também de pessoas responsabilizadas pelos direitos ecológicos. (GONÇALVES, 2012, p.80)

Fiorillo aduz a distinção entre ilícito civil e ilícito penal:

A distinção fundamental, trazida pelos doutrinadores, está baseada numa sopesagem de valores, estabelecida pelo legislador, ao determinar que certo fato fosse contemplado com uma sanção penal, enquanto outro com uma sanção civil ou Administrativa.

Determinadas condutas, levando-se em conta a sua repercussão social e a necessidade de uma intervenção mais severa do Estado, foram erigidas à categoria de tipos penais, sancionando o agente com multas, restrições de direito ou privação de liberdade.

Ontologicamente, como se costuma afirmar, os ilícitos não se diferem, ocorrendo apenas uma distinção de gravidade do ato. Como afirma o i. Magistrado Flávio Augusto Monteiro de Barros: "as razões que inclinam o legislador a conduzir a punição de certos ilícitos na esfera do direito administrativo ou do direito civil, ao invés de puni-lo da órbita do direito penal, são de política criminal". (FIORILLO, 2013, p. 151)

Como pondera Néelson Hungria (apud FIORILLO, 2013, p.152):

[...] o ilícito penal é a violação do ordenamento jurídico contra a qual, pela sua intensidade ou gravidade, a única sanção adequada é a pena, enquanto o ilícito civil é a violação da ordem jurídica para cuja debelação bastam as sanções atenuadas da indenização, execução forçada, restituição in espécie, breve prisão coercitiva, anulação do ato etc.

Contudo, o meio ambiente é de extrema importância, pois, é um direito fundamental, bem de uso comum do povo. Ao elaborar a Lei n. 9.605/98, o legislador infraconstitucional disciplinou os crimes ambientais, porém, atento ao preceito do art. 5º, XLI, da CRFB, que determina: “XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. (FIORILLO, 2013)

6 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO CRIMINAL AMBIENTAL

Segundo Fiorillo, quando a CRFB estabeleceu em seu art. 5º, XXXIX que “não há crime sem lei anterior que o defina”, entendeu por força da própria determinação maior, que, é a lei que estabelece no direito positivo o que é crime.

Nesse sentido, a pretensão do legislador não é apenas as hipóteses de crimes que estão na Carta Magna, mas também, as normas jurídicas infraconstitucionais do Poder Legislativo.

Contudo, somente existirá crime quando analisado analisados vários critérios, como, o momento cultural em que a sociedade passa, a lei anteriormente estabelecida e os princípios fundamentais. (FIORILLO, 2013)

O direito penal constitucional estabeleceu-se em nosso ordenamento com medida legal que possa ser imposta em face da prática de crime. A prévia prescrição normativa (art.5º, XXXIX) é elemento nuclear do direito penal constitucional.

Entendeu a Constituição Federal de 1988 que normas infraconstitucionais deverão regular a chamada individualização da pena, individualização esta concebida

em face dos critérios apontados pelo art. 5º da Carta Magna (Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos).

Em face da compatibilidade necessária entre os fundamentos constitucionais do crime e da pena, apontou o art. 5º, XLVI, alguns exemplos de pena autorizando todavia o legislador infraconstitucional a estabelecer outras hipóteses necessárias ao controle sócia I(art.22, I), outorgando para tanto competência privativa da União para legislar. (FIORILLO, 2013, p.800)

Seguindo o entendimento de Fiorillo, quando o Direito Ambiental foi estruturado pelo art. 225 da CRFB, foram apontados os critérios de proteção ao bem ambiental, considerando o essencial à sadia qualidade de vida da pessoa humana, nos termos do art. 1º, III da Constituição.

Foi estabelecida a possibilidade de sujeitar todos aqueles que praticam atividades lesivas ao meio ambiente a sanções penais, conforme o art. 225, §3º, da CRFB.

Essas sanções têm alguns fundamentos como o estado democrático de direito, onde toda sanção penal ambiental só tem eficácia no âmbito constitucional se for realizada de acordo esses critérios que estão na Constituição.

A obediência aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, na qual essas sanções devem ser estabelecidas para a realidade brasileira. De forma a não colocar outros valores culturais que não sejam os já existentes e centrados na pessoa humana.

Adequar o direito criminal constitucional e o direito penal constitucional como instrumentos de defesa. Pois, a Constituição estabelece esses fundamentos visando os direitos e deveres individuais e coletivos da pessoa humana. Esses direitos não são mais uma realidade ligada ao Estado, mas sim, instrumentos que objetivam a realização dos valores mais importantes na sociedade.

O piso vital mínimo como valor fundamental a ser tutelado, com objetivo de assegurar a proteção dos bens ambientais. Não haveria sentido em criar sanções penais se não fosse para proteger a dignidade da pessoa humana, a educação, o lazer, a saúde, etc. Todos estes em primeiro plano, pois, são valores

maiores em relação à fauna, à flora e outros bens ambientais classificados como naturais. Portanto, o direito criminal pretende que essas sanções sejam destinadas em primeiro lugar à proteção da pessoa humana e não em prejuízo desta. (FIORILLO, 2013)

Contudo, Fiorillo ainda mencionou mais um fundamento:

Obediência e adequação ao direito ambiental constitucional (art. 225 da CF).

A aplicação das sanções penais ambientais tem como objetivo elementar assegurar a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Na medida em que, para o direito positivo em vigor, o meio ambiente, por definição legal (Lei Federal n. 6938/81), nada mais é que a “vida em todas as suas formas”, tem as sanções penais a finalidade de estabelecer nexos com infrações de normas de conduta verificadas em face do momento cultural por que atravessa nosso país no início do século XXI, ou seja, as sanções penais ambientais deverão adequar –se à necessidade imposta pelo art. 225 de defesa e preservação dos bens ambientais para “as presentes e futuras gerações”. (FIORILLO, 2013, p.811)

7 DOS CRIMES CONTRA A FAUNA

A Lei n. 9.605/88 traz os crimes contra o meio ambiente e, em seu art. 29 há especificação dos crimes contra a fauna:

Art. 29: Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:
Pena – detenção, de 6(seis) meses a 1(um) ano, e multa.

O artigo 32 da mesma lei aborda o abuso e maus – tratos contra animais, e punições como consequência:

Art. 32: Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados,

nativos ou exóticos. Pena – detenção, 3(três) meses a 1(um) ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de 1/6(um sexto) a 1/3(um terço), se ocorre morte do animal.

De acordo com Fiorillo, o objeto jurídico do tipo, em especial, é a proteção da fauna silvestre, doméstica ou domesticada, exótica, nativa, que está ameaçada ou não de extinção contra abusos e maus-tratos.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo (vontade livre e consciente de praticar as condutas tipificadas), portanto, não se admitindo a penalidade quando a conduta resultar de culpa, pois, não há previsão legal quanto a isso.

Contudo, a conduta de praticar abuso ou maus-tratos, o delito estará consumado no momento em que fica configurado o perigo de dano aos animais. Nas condutas de ferir e mutilar, a consumação ocorre no momento da efetivação do ferimento ou mutilação. Na conduta em que o animal é submetido à experiência dolorosa, o delito estará consumado no momento da realização do experimento que cause dor ao animal, e no caso em que o animal seja submetido a experiência cruel, o delito se consumará com efetivo dano ao animal. Havendo, portanto, cabimento de tentativa em todas essas hipóteses. (FIORILLO, 2012)

Cabe ressaltar que, como a proteção do meio ambiente existe para favorecer primeiramente o homem, a visão deve estar orientada para a tutela da fauna sempre adaptada para as necessidades da pessoa humana, sendo aplicado em determinadas hipóteses o princípio da insignificância em relação aos crimes contra a fauna. (FIORILLO, 2013)

8 AS MANIFESTAÇÕES CULTURAIS

A CFRB legislou o apoio e o incentivo à valorização das manifestações culturais. Contudo, uma prática só pode ser considerada cultural se traz consigo a identificação de valores de uma região ou população. Se tiver qualquer outra

finalidade, inclusive a mercadológica, esta será vedada por estar em desacordo com as tradições culturais. (FIORILLO, 2013)

Um dos princípios principais da CRFB é a dignidade da pessoa humana, portanto, o indivíduo humano está no centro da ordem jurídica nacional. A proteção aos animais e ao meio ambiente é classificada como uma consequência deste princípio e a justificativa para a aplicação desta proteção é a medida em que se torne necessária para que o homem tenha uma existência digna. (ANTUNES, 2014)

Com o objetivo de preservar e defender o patrimônio genético da espécie *gallus-gallus*, foi criada a Lei 2895/98 no Estado do Rio de Janeiro, que autoriza a prática de briga de galos.

Cabendo notar que, logo mais, aos animais foi dada uma dignidade através da proibição constitucional de tratamento cruel que foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de uma ADI 1856/RJ em 26/05/2011:

A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da 'farra do boi' (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes. – A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois, o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade. – Essa especial tutela, em que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitarem todas as formas de vida animal, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas

contra os seres irracionais, como os galos de briga ('gallus-gallus'). (ANTUNES, 2014, p.67)

O relator ainda afirma que, desde o período anterior à vigência da Constituição de 1988, o Supremo em decisões já enfatizava que essa prática caracterizava crueldade contra as aves, e que tais práticas deveriam sofrer repressão penal do Estado. Pois, em hipótese alguma se trata de esporte, nem manifestação cultural com fundamento em costumes e práticas populares, uma vez que as referidas aves eram expostas a treinamentos e lutas que resultavam na morte destas.

Incluindo nesse posicionamento também, a "farra do boi". Avaliou serem essas práticas uma tentativa de enganar a aplicação da regra constitucional de proteção à fauna. Finalizou dizendo que a "crueldade está relacionada a submeter os animais a um mal desnecessário". (FIORILLO, 2013)

Em 2013, a Lei estadual 15.299/13, do Ceará, regulamentou a vaquejada como prática esportiva e cultural. Nessa prática, dois peões montados a cavalo tentam derrubar um boi pelo rabo.

No ano passado, após o Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade contra a lei do Estado do Ceará que autorizava a prática das vaquejadas, o STF começou a julgar tal prática. Em seu argumento disse que tal ato fere o princípio da proteção ao meio ambiente, pois, submete os animais a tratamento cruel. Complementou dizendo que, ainda que seja praticada como manifestação cultural, esta é inconstitucional.

Em 2016 o STF derrubou esta lei sob o fundamento de que a prática não pode ser considerada esporte ou cultura, pois, trata-se de uma forma de maus-tratos. A decisão foi aprovada por 6 votos. Disponível em: diariodonordeste.veresmares.com.br/mobile/cadernos/nacional/online/stf. Acesso em: 05/04/2017.

Porém, em 2016 foi Sancionada lei que considera vaquejada patrimônio cultural do Brasil:

A vaquejada, o rodeio e expressões artístico-culturais similares ganharão o status de manifestações da cultura nacional e serão elevadas à condição de patrimônio cultural imaterial do Brasil. É o que estabelece a Lei 13.364/2016, que sancionada sem vetos pela Presidência da República e publicada nesta quarta-feira(30) no Diário Oficial da União.

A nova lei tem origem no Projeto de Lei da Câmara(PLC) 24/2016, aprovado no Senado em 1º de novembro. A nova está em vigência a partir desta quarta feira.

Em outubro, o Supremo Tribunal Federal (STF) havia proibido a vaquejada, ao derrubar, por 6 votos a 5, uma lei no Ceará que regulamentava a prática. A maioria dos ministros argumentou que a prática causava maus-tratos aos animais.

A decisão do STF passou a servir de referência para todo o país, e o tema gerou grande debate no Congresso Nacional. Tramitam ainda no Senado dois projetos (PLS 377/2016 e PLS 378/2016) que classificam a atividade como patrimônio cultural brasileiro e uma proposta de emenda à Constituição (PEC 50/2016) que assegura a continuidade da prática, se regulamentada em lei específica que assegure o bem estar dos animais. Disponível em: www12.senado.leg.br/noticias/materias. Acesso em: 09/04/2017.

Seguindo esse posicionamento, cabe destacar o princípio da supremacia da Constituição. Quando houver conflito de leis com a CRFB, a solução será a prevalência desta. Isso porque, a Constituição Federal é produto do poder constituinte originário. Portanto, ato contrário à Constituição sofrerá nulidade absoluta. (MENDES, 2014)

Contudo, a CRFB como já mencionado anteriormente, incentiva a manifestação cultural, porém, o incentivo a essa prática pode implicar a submissão de animais a crueldade. Havendo, portanto, um conflito entre o meio ambiente natural e o meio ambiente cultural, que, mesmo sendo feita uma análise específica em cada caso, não será determinado em definitivo a prevalência de um aspecto

em relação a outro. Cabendo, no entanto, um limite para essas manifestações. (FIORILLO, 2013)

Quando a Carta Magna estabeleceu a existência jurídica de um bem que é classificado com de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, ficou claro que esse bem não é público e nem particular.

Ficou fixado que todos são titulares desse direito e, não apenas a uma pessoa de forma individual mas sim toda a coletividade, o que gera um critério transindividual que significa que os titulares do direito não são determinados.

O bem ambiental pode ser desfrutado por todos, porém, dentro dos limites constitucionais. (FIORILLO, 2013)

[...] a qualidade de ser um bem de uso comum do povo, importa apenas reafirmar que ele consiste no bem que pode ser desfrutado por toda e qualquer pessoa, dentro dos limites fixados na própria Constituição Federal.

Não cabe, no entanto, exclusivamente a uma pessoa ou grupo, tampouco se atribui a quem quer que seja sua titularidade. Dissociado dos poderes que a propriedade atribui a seu titular, conforme consagram o art. 524 do Código Civil de 1916 e seu "clone" do Código Civil de 2002 (art. 1.228), esse bem atribui à coletividade apenas o seu uso, e ainda assim o uso que importe assegurar às próximas gerações as mesmas condições que as presentes desfrutam.

O bem ambiental destaca um dos poderes atribuídos pelo direito de propriedade, consagrado no direito civil, e o transporta ao art. 225 da Constituição Federal, de modo que, sendo bem de uso comum como é, todos poderão utilizá-lo, mas ninguém poderá dispor dele ou então transacioná-lo. (FIORILLO, 2013, p.190)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse trabalho foi abordada a proteção que a Constituição dá ao meio ambiente. A inclusão da vida em todas as suas formas como objeto desta proteção, bem como, o dever de defesa e preservação dos bens ambientais que cabem ao Poder Público e à coletividade.

Esclareceu a ligação entre Direito Ambiental e proteção aos animais, na medida em que o direito ambiental não protege unicamente o homem mas sim, toda e qualquer vida, incluindo neste rol também os animais.

Embora, o homem esteja em posição de centralidade em relação às outras formas de vida, há um limite estabelecido pela legislação. Esse limite abriu o ponto principal e muito importante neste trabalho, que é a fauna sendo utilizada como finalidade cultural.

Porém, até que ponto essas práticas são consideradas constitucionais? Essa pergunta foi respondida no decorrer deste artigo, de modo a indicar exemplos de práticas consideradas como abusivas.

O limite está no momento em que algum animal é submetido à crueldade, à experiência dolorosa e qualquer outro tipo de tratamento que provoquem o seu mal-estar. Neste momento, não será mais considerado uma prática cultural e, sim, crime ambiental, cabendo a devida responsabilização por parte de quem o provocou.

Foram cumpridos todos os objetivos, ao mencionar a responsabilidade civil e penal de quem comete maus tratos contra animais. Além de abordar os crimes ambientais e alguns exemplos culturais que se utilizam da fauna para tal ato.

Contudo, conclui-se que, o Poder Judiciário deve cada vez mais, se colocar na posição de protetor da fauna. Para que, a partir disso, toda e qualquer prática cultural que viole os preceitos legais que asseguram a proteção aos animais, possam ser declaradas inconstitucionais. Para que assim, esteja preservada a função ecológica desses seres, tal como, a não extinção das espécies.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO JÚNIOR, Moacir Ribeiro de. **Apontamentos sobre o direito processual ambiental**. 2. Ed. Curitiba: InterSaberes, 2017.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Crimes ambientais**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; Conte, Christiany Pegorari. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Princípios do Direito Processual Ambiental**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 4 v

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

A RESPONSABILIDADE CONSUMERISTA DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO PRIVADO NOS CASOS DE BULLYING

HEBERT HENRIQUE DE OLIVEIRA MELANIAS:

Graduado em Direito pela Faculdade Raimundo Marinho - FRM - Unidade Maceió/AL; Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera - LFG; Especialista em Gestão em Segurança Pública pela Faculdade Futura / FAVENI; Especialista em Direito Eleitoral pela Faculdade Futura / FAVENI; Escrivão de Polícia Judiciária do Estado de Alagoas; Assessor Jurídico da Delegacia Geral de Polícia Civil do Estado de Alagoas

Resumo: O *bullying* tem se revelado um grande inimigo no âmbito das instituições de ensino (público e privado), não apenas por resultar prejuízos psicológicos aos alunos, vítimas dos atos de *bullying*, mas das inúmeras ações judiciais suportadas pelas escolas que pode ser traduzido como um verdadeiro mecanismo de coibição. Neste artigo, busca-se fazer uma análise não exaustiva, sobre a responsabilidade consumerista das instituições de ensino privado nos casos em que há omissão ou até mesmo atitude comissiva, impondo afirmar que a responsabilidade não recairá apenas nas escolas e professores, mas também sob os pais e o próprio incapaz autor do dano. Além disso, o presente estudo se propõe a apresentar a Lei Federal nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC) e sua incontroversa aplicabilidade às instituições de ensino privado, considerando ser o CDC advindo do avanço jurídico-social exigido pelo Constituinte Originário, conforme bem inclina o inciso XXXII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: *Bullying*. Instituições de Ensino. Responsabilidade Consumerista. Professores. Pais.

Abstract: Bullying has proved to be a major enemy within educational institutions (public and private), not only because it results in psychological damage to pupils who are victims of bullying, but also to the many legal actions taken by schools that can be translated as a true mechanism. In this article, we seek to make a non-exhaustive analysis of the consumer responsibility of private education institutions

in cases where there is omission or even a commissive attitude, with the assumption that responsibility will not only fall on schools and teachers, but also on parents and the incapable perpetrator of the damage. In addition, the present study proposes to present Federal Law no. 8.078 / 90 (Code of Consumer Protection - CDC) and its uncontroversial applicability to private education institutions, considering that the CDC comes from the juridical-social advance required by the Native Constituent , as per item XXXII of art. 5º, of the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Bullying. Educational Institutions. Consumer Responsibility. Teachers. Parents.

Sumário: Introdução. 1. Da relação e responsabilidade consumerista. 1.1. Partes da relação contratual de consumo. 1.2. Responsabilidade civil. 1.3. Responsabilidade consumerista. 2. A responsabilidade consumerista das instituições de ensino privado nos casos de bullying 2.1. Considerações gerais sobre o *bullying* escolar. 2.2. As instituições de ensino privado como responsáveis pelos danos causados às vítimas de *bullying*. 2.3. O entendimento jurisprudencial nos casos de *bullying*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é mostrar a problemática existente sobre o fenômeno *bullying* e a responsabilidade das instituições de ensino privado, sob a ótica da Lei Federal nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC) e do entendimento jurisprudencial.

Sobre isso, o artigo em testilha tem como principal função demarcar e disseminar os limites da responsabilidade das instituições de ensino sobre os alunos quando identificados problemas relacionados ao *bullying*, com base nos preceitos infraconstitucionais e jurisprudenciais.

Em **primeiro momento**, será apresentado os dispositivos legais que versam sobre o direito do consumidor, as partes da relação contatual de consumo, a responsabilidade civil e a responsabilidade consumerista e, num **segundo momento**, uma análise voltada ao conceito de *bullying*, a responsabilidade das

escolas pelos danos causados às vítimas de *bullying* e o entendimento jurisprudencial acerca da obrigação de ressarcir das instituições de ensino.

A pesquisa foi baseada na coleta de dados em fontes bibliográficas, através de livros físicos e de artigos publicados em periódicos na *internet*, sendo esta do tipo exploratória, e o seu método de abordagem hipotético-dedutivo.

Seguindo essa linha de análise, pretende-se demonstrar a importância de uma análise mais acurada sobre o fenômeno *bullying* nas escolas e, como forma de melhor enriquecer o artigo, aborda-se a legislação vigente e o entendimento doutrinário e jurisprudencial, a fim de que se exponha como vem atuando o Poder Judiciário.

1. DA RELAÇÃO E RESPONSABILIDADE CONSUMERISTA

A Lei Federal nº 8.078/90 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor – CDC define as partes envolvidas, ou seja, a relação consumerista configurada pelas partes consumidor e fornecedor. Não é toda relação jurídica que haverá a possibilidade de aplicação do CDC, assim, torna-se necessária uma análise teleológica da norma unificada à doutrina.

Desta forma, vejamos como o CDC e a doutrina definem o consumidor.

1.1. PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL DE CONSUMO

Um problema insurgente desde o nascedouro do Código de Defesa do Consumidor, foi o próprio conceito de consumidor, no que diz respeito à sua abrangência e amplitude, que possibilitasse a pessoa física ou jurídica ser contemplada e amparada pelo referido instrumento jurídico-social.

Diante do que aponta a doutrina, o conceito de consumidor adotado pela Lei Federal nº 8.078/90, tem como foco, essencialmente, o viés econômico, ou seja, leva-se:

[...] em **consideração tão somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final**, pressupondo-se que assim age com vista ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial. (FILOMENO *et al.*, 2011, p. 23, grifo nosso)

Na conceituação objetiva do *caput*, do art. 2º do CDC, temos que consumidor “é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou

serviço como destinatário final^[1].” O termo “destinatário final” significa dizer que para que a pessoa física ou jurídica seja considerada consumidor é necessário que o bem adquirido (produto) ou o serviço adquirido seja utilizado para fins próprios e não para terceiros, objetivando lucro ou para uso profissional como instrumento de produção.

Com ênfase sobre o assunto temos que:

[...] não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do produto ou serviço, ou como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição. (MARQUES *et al.*, 2014, p. 98)

De forma elucidativa, ainda sobre a definição de consumidor:

[...] conceito (adotada pela lei) afasta quaisquer exclusões quer de classe econômica, quer de função social. Bastará que numa relação jurídica com um fornecedor, **alguém (pessoa física ou jurídica) se posicione como “destinatário final” de um bem ou de um serviço, para que a saibamos consumidora.** (GAMA, 2008, p. 38, grifo nosso)

Em que pese a clareza e objetivo do conceito dado pelo CDC, parte de seu texto, no caso, a palavra “destinatário final”, como já dito, é uma característica que fez surgir no cenário jurídico a formulação de duas correntes doutrinárias – **teoria maximalista ou objetiva** e a **teoria finalista ou subjetiva** – que interpretam de forma distinta a expressão em comento.

Na primeira, considerar-se-á consumidor qualquer pessoa, independentemente se este adquire ou utiliza produto e serviço com fins comerciais para aferir lucros, já que para este a definição de consumidor no CDC é meramente objetiva, além de não valorar o fato de o consumidor ser hipossuficiente economicamente na relação jurídica.

Já a **teoria finalista ou subjetiva** o conceito de consumidor é **restrito**, não se tratando de relação de consumo como uma relação comercial ou mercantil. Esta é a teoria adotada pela doutrina e pela jurisprudência majoritária do país,

onde consumidor é aquele que utiliza ou adquire produto ou serviço como destinatário final para consumo próprio, ou seja, a utilização tem caráter pessoal ou privado, e não comercial.

Na tentativa de abster qualquer dúvida acerca da distinção entre as teorias supramencionadas, recorreremos ao ensinamento doutrinário abaixo, vejamos:

Não há dúvidas de que o trabalhador que deposita o seu salário em conta corrente junto ao banco é consumidor de serviços por estes prestados ao mercado de consumo. Está, portanto, sob a tutela do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, se se tratar de contrato bancário com um exercente de atividade empresarial, visando ao implemento de sua empresa, deve-se verificar se este pode ser tido como consumidor. **Se o empresário apenas intermedeia o crédito, a sua relação com o banco não se caracteriza, juridicamente, como consumo, incidindo na hipótese, portanto, apenas o direito comercial.** (COELHO, 2003, p. 450, grifo nosso)

Por derradeiro, utilizando-se do entendimento doutrinário dos autores em epígrafe, temos que consumidor é a pessoa física ou jurídica que se posicione fidedignamente como "destinatário final", não podendo o consumidor utilizar-se do produto e do serviço de forma a aferir lucros (caráter comercial e financeiro).

1.2. RESPONSABILIDADE CIVIL

O legislador infraconstitucional tomou o cuidado de editar norma que orientasse e, ao mesmo tempo, preservasse a vítima e condenasse o causador de eventual dano, seja de forma omissiva ou comissiva. O Código Civil Brasileiro, expõe no *caput* do art. 186 que "aqueles que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente, comete ato ilícito^[2]". No caso em testilha, temos a **responsabilidade subjetiva**, sendo necessário demonstrar a culpa ou dolo do agente, a fim de se ver obrigado o autor a ressarcir eventual ilicitude em desfavor da vítima^[3].

A teoria subjetiva é a teoria adotada majoritariamente pela doutrina, o que significa dizer que o elemento culpa genérica (que engloba dolo ou culpa), em regra, é elemento necessário da conduta humana para que se constitua o dever de reparar o dano causado.

Para que seja configurada a obrigatoriedade de indenizar, é necessário que tenha sido exercido de forma ilícita e que resulte em dano a conduta (ação ou omissão), nexo de causalidade, culpa e o dano.

A aplicação de medidas que obriguem a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato ou de coisa de animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva). Definição esta que guarda, em sua estrutura, a ideia de culpa quando se cogita da existência de ato ilícito e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa. (DINIZ, 2003, p. 308)

Insta gizar que o Código Civil admite também a responsabilidade civil objetiva (teoria objetiva), diante do que se vislumbra no art. 932 do Código Civil Brasileiro, *in casu*, atos praticados por terceiros como os pais, pelos filhos menores que estejam sob sua autoridade, tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, empregador, por seus empregados etc.[4]

1.3. RESPONSABILIDADE CONSUMERISTA

Diferentemente da responsabilidade civil em seu caráter *lato sensu* (teoria subjetiva), na relação consumerista a responsabilidade é, em regra, objetiva e não há necessidade do ofendido (consumidor) demonstrar ou comprovar a culpa do agente (fornecedor), já que basta apenas que o consumidor demonstre ter sofrido qualquer tipo de dano para ser ressarcido em razão da protetividade já abordada neste artigo.

No caso em testilha, onde estamos a tratar da responsabilidade consumerista das instituições de ensino privado, a responsabilidade incide na prestação do serviço, e a responsabilidade será objetiva, independentemente da existência de culpa, *in verbis*.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, **independente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.[5]

A teoria adotada levam em consideração os princípios existentes na relação consumerista, sobretudo o dever de segurança dos fornecedores. Vislumbra-se a

partir daí o pensamento do legislador infraconstitucional que adotou no CDC a responsabilidade objetiva ou teoria do risco, na qual o fornecedor que explora atividade com interesse financeiro, comercial ou econômica deve suportar os danos causados por essa exploração, mesmo que não tenha concorrido de forma voluntária para a produção dos danos.

A teoria do risco criado importa em ampliação do conceito do risco proveito. Aumenta os encargos do agente, **é, porém, mais equitativa para a vítima, que não tem de provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano.** (PEREIRA, 1992, p. 24, grifo nosso)

Na mesma linha CAVALIERI FILHO (2010, p. 137) enaltece a teoria do risco como “todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação denexo de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa.”

Alerta ainda CAVALIERI FILHO (2010) que, ante a inexistência do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor tinha atitudes abusivas e colocava em risco a segurança dos consumidores, impondo situações de efetivo constrangimento.

Por fim, diante das colocações apresentadas, conclui-se que serão aplicados os regramentos contidos no CDC às instituições de ensino privado, com o amparo trazido aos consumidores no sentido de que caberá à escola comprovar a ausência de culpa por eventuais transgressões e prejuízos causados por terceiros.

2. A RESPONSABILIDADE CONSUMERISTA DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO PRIVADO NOS CASOS DE BULLYING

O fenômeno *bullying* vem resultando numa maior incidência de medidas protetivas e repressivas no combate aos conflitos gerados ante a responsabilidade das instituições de ensino, face a sua omissão ou comissão do dever de cuidar dos educandos, momento em que, oportunamente, será abordado de forma incisiva o conceito, sua ocorrência e a responsabilidade consumerista das instituições de ensino privado, além do entendimento jurisprudencial sobre o tema.

2.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O *BULLYING* ESCOLAR

Conceitua-se o *bullying* como a prática reiterada de atos constrangedores e até violentos, intencionais em desfavor de outrem indefeso e intimidado. Geralmente ocorrem danos físicos, morais ou psicológicos às vítimas. O termo é oriundo da língua inglesa, “bully”, cujo significado literal é cruel, despótico, provocador. Em nosso país o vocábulo traduz o ato de mexer, provocar, desprezar, rebaixar moralmente, destruindo a reputação da pessoa. Anote-se que tal violência pode e geralmente é praticada por mais de uma pessoa, contra alguém indefeso. Muitas vezes tal infortúnio é cometido contra aluno(a) dedicados(as) e exemplares, cujo aproveitamento escolar é considerado excelente, ou contra notas aqueles que são considerados diferenciados em razão de suas opções, gostos e maneiras de enxergarem o mundo.

Neste sentido, *bullying*:

[...] é utilizada para qualificar comportamentos violentos no âmbito escolar, tanto de meninos quanto de meninas. Dentre esses comportamentos podemos destacar as agressões, os assédios e as ações desrespeitosas, todas realizados de maneira recorrente e intencional por parte dos agressores. (SILVA, 2010, p. 21)

Importante ressaltar que o *bullying* possui sua origem na história bem antiga, pois há notícias de seu aparecimento por volta de 1.240 d.C. Conforme leciona Lopes e Fantacelle, o surgimento deste fenômeno se apresentou “dentro das primeiras Universidades Inglesas e seus movimentos revolucionários”.^[6]

Depreende-se das diferentes definições doutrinárias, que o *bullying* é uma ação repetitiva ao longo do tempo, cujo interesse do agressor é menosprezar uma pessoa específica, por diversas razões, conforme já assinalado alhures.

O fenômeno *bullying* escolar deu origem a exaustivos estudos, em razão das práticas contumazes e abusivas em desfavor de crianças e adolescentes, realizadas no âmbito escolar por pessoas de séries ou turmas mais adiantadas e mais velhas, em comparação as vítimas, ou seja, os mais velhos utilizam-se da vantagem proporcionada pela faixa etária, experiência e compleição física para impor pela força e intimidação sua vontade devassa e pervertida aos mais fracos e indefesos, incapazes ou impossibilitados de fazer frente aos seus agressores:

Tais condutas quase sempre praticadas pelos colegas mais fortes (ou que se encontram em bandos) consiste em hostilizar a vítima através de várias maneiras. Por exemplo: - não permitir a passagem por determinado local (banheiros, salas, corredores, pátios, etc); - privar a liberdade por alguns instantes (“encarção”); - exigir que suporte alguma conduta (trotes e prendas); - ameaçar de lhe praticar algum mal; - agredir com tapas, empurrões, cascudos, chutes, cuspes; - danificar algum objeto pessoal ou mesmo imputar à vítima xingamentos, apelidos, qualidades negativas, deformações ou algum tipo de fato ou comportamento que lhe cause humilhação ou dor profunda na alma, diminuindo-lhe a auto-estima e o amor próprio.^[7] (grifo nosso)

Além do fator idade ou de “graduação” escolar, é costumeiro nas escolas a prática do *bullying* por grupos de alunos, de forma que a atuação em conjunto faça ainda mais efeito em desfavor do agredido. Muitas vezes, até os alunos fracos, já vítimas de *bullying*, podem se unir e causar agressões a alunos ainda mais fracos - é um efeito “cadeia”:

É muito comum nas escolas, por exemplo, que o “bullying” seja praticado por grupos de alunos, atuando em conjunto. Neste caso, alunos fisicamente fracos podem se revestir de muito poder e usá-la contra outros. No mais, é preciso estar atento para o fato de que determinadas correlações encontradas várias vezes entre características pessoais e a experiência de vitimização não significa, necessariamente, uma causalção. [...] **Nesta hipótese, estudantes mais introvertidos e menos confiantes seriam selecionados pelos agressores e aquilo, que aparentemente seria uma consequência de “bullying” poderia ser, na verdade, uma das suas condições de possibilidade. O mais provável, inclusive, é que os efeitos sejam bi-direcionais e se reforcem circularmente.**^[8] (grifo nosso)

Dentro da escola, há ainda a figura daqueles alunos “intocáveis” ou “populares”, haja vista a notoriedade conquistada frente aos demais colegas de classe ou de escola. Esses alunos “populares” conseguem obter esse privilégio em razão de vários motivos, como beleza física, supremacia econômica, social, (apresentando vestimentas de marca, celulares importados etc.), compleição física, e, por esse motivo, acabam por se sentir no direito de atingir e desvalorizar os mais fracos.

Apesar disso, é importante esclarecer que:

Isto não significa que os autores de “bullying” sejam, por definição, “populares”. O maior ou menor reconhecimento que os alunos mais agressivos podem obter de seus pares parece estar associado a noções rudimentares e essencialmente retributivas de “justiça”. Isto também “vale” para as relações com os professores. Alunos capazes de afrontar as noções disciplinares impostar por professores repudiados pela maioria (por serem considerados “estúpido”, ou “enganadores”, por exemplo), exercitam, em nome dos demais, ações de “justiça”.^[9] (grifo nosso)

O aluno “popular” responsável, em regra, pelo ato de *bullying*, adquire em razão disso prestígio perante os colegas, sendo alvo de imitação, ou seja, para evitarem serem agredidos fisicamente (tapa, empurrão, chute etc.) ou psicologicamente (apelido pejorativo, cuspes etc.), os demais alunos comportam-se como se valentão fossem, utilizando utensílios e vestimentas similares ao do responsável pelas diversas agressões a colegas.

Muitas vezes até os professores, até por falta de preparo, acabam induzidos a atribuírem apelidos aos alunos, agravando sobremaneira a situação daqueles que sofrem pela discriminação:

Os professores não conseguem detectar os problemas e, muitas vezes, também demonstram desgaste emocional com o resultado das várias situações próprias do seu dia sobrecarregado de trabalhos e dos conflitos em seu ambiente profissional. Muitas vezes, devido a isso, **alguns professores contribuem com o agravamento do quadro,**

rotulando com apelidos pejorativos ou reagindo de forma agressiva ao comportamento indisciplinado de alguns alunos.^[10] (grifo nosso)

Ainda assim, uma das formas de reduzir o problema, segundo Calhau, seria a criatividade, pois “não é o dinheiro (ou o tempo investido) que vai garantir um bom resultado. Mais do que isso, comprometimento com o projeto e criatividade serão o seu diferencial.” (CALHAU, 2011, p. 81)

A melhor doutrina vem assinalando que o *bullying* é um problema de saúde pública que vem se agravando cada vez mais, ante a ausência de métodos eficazes ou mecanismos pedagógicos nas escolas, inclusive, por culpa dos próprios pais que, ausentes e desligados em razão de suas ocupações, deixam de lado a educação dos filhos.

Conforme o que já foi até aqui exposto, evidencia-se que a prática doentia do *bullying* atinge diretamente e sobretudo os mais vulneráveis da escola, ou seja, aqueles desprovidos de força bruta ou de um biotipo padrão, como por exemplo, o gordinho ou o magérrimo, os menos afeiçoados, os exóticos. A maioria é alvo predileto, vítima inapelável das inconsequentes chacotas e sarcasmos, o que termina por resultar em efeitos devastadores, culminando no desempenho insatisfatório e sofrível no que diz respeito à questão relacionada ao aproveitamento escolar.

2.2. AS INSTITUIÇÕES DE ENSINO PRIVADO COMO RESPONSÁVEIS PELOS DANOS CAUSADOS ÀS VÍTIMAS DE *BULLYING*

Sabe-se que existem as perversões que constituem as crianças e adolescentes, e as perversões que as diferenciam. Peter Gray, ao tratar sobre os escritos de Sigmund Freud, médico neurologista, criador da psicanálise, já havia alertado sobre a perversidade infantil, esse lado oculto que o senso comum teima em não perceber. Segundo ele, a criança e/ou adolescente, facilmente influenciável e seduzida, podem se tornar perversas polimorfos e introduzir nelas todas as transgressões possíveis. Isso nos mostra claramente que essas criaturas trazem em suas disposições a aptidão inata. Por isso, sua execução encontra pouca resistência, já que, segundo ele, conforme o imaginário da criatura, os diques

existentes construídos contra os excessos – a vergonha, a moral – ainda não foram devidamente erigidos ou estão em processo de construção. (GRAY, 1989)

Costuma-se associar essas criaturas a “anjos”, seres puros, inocentes e sem maldade. Enganamo-nos quando adotamos a ideia de que essas criaturas em formação são incapazes de cometer atrocidades, contrariamente, assim como os adultos, possuem seus próprios desejos, e isso inclui aspectos inconfessáveis e sombrios, ocultos, que influenciam e implicam decisivamente em suas respectivas subjetividades inexploradas.

No ambiente escolar, por exemplo, há vários gêneros, raça, cor e personalidade de crianças e adolescentes. Ser bom, ser mal, ser mentiroso, tudo isso, em regra, é fruto da formação psicológica e educacional herdadas na ambiência familiar e social. Isso é natural, e por isso repercute na educação escolar, sendo necessário a escola fazer o seu papel: Vigiar e educar.

Ocorre que nem sempre a escola consegue manter um controle efetivo, quando necessário. Em tese, as escolas possuem um “arsenal” psicopedagogo para inibir qualquer tipo de constrangimento que incidam sobre os alunos, principalmente o *bullying*.

Pior ainda é quando, na prática, a escola que possui serviço de acompanhamento psicológico, apenas foca para o agredido, fazendo com que o agressor, impune, fique do lado de fora apenas rindo e continuando seguro de suas ameaças e ridicularizações. Outro grande problema gerado com isso é a sensação de insegurança das vítimas, que, com medo de represálias, acabam por não denunciar o que está ocorrendo de maneira adequada, ou pior, quando há um “fingir não ver” o que está acontecendo, virando as costas enquanto o tais atos ocorrem.^[11]

A escola é uma prestadora de serviço e como tal atribui-se a ela, em caso de falha no oferecimento dessa prestação, a responsabilidade objetiva, ou seja, basta que o prejudicado (estudante) da escola, se menor, através de seus pais, ingressarem com uma ação requerendo a reparação por danos morais e até mesmo materiais. Nesse caso, basta apenas que comprovem o dano (dolo) e o nexo de causalidade, não sendo imperioso demonstrar a culpa da instituição. Esse

é o entendimento trazido pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8078/90, em seu art. 14, *caput*, do CDC, onde o colégio é o **prestador de serviço** e os alunos são os **consumidores**. De maneira elucidativa, temos que:

Consagrada a responsabilidade objetiva do fornecedor, não se perquire a existência de culpa; sua ocorrência é irrelevante e sua verificação desnecessária, pois não há interferência na responsabilização. **Para a reparação de danos, no particular, basta a demonstração do evento danoso, do nexó causal e do dano ressarcível e sua extensão.** (ALMEIDA, 2003, p. 61, grifo nosso)

Desta forma, fica demonstrada a obrigação da escola em indenizar o aluno que sofrer qualquer tipo de dano dentro do estabelecimento de ensino, seja ele material, psicológico ou físico.

2.3. O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL NOS CASOS DE *BULLYING*

A mídia vem dando ênfase, ultimamente, às ocorrências do fenômeno denominado *bullying*, o que tem alertado os pais indagarem aos seus filhos se são vítimas de tais abusos, e, em caso afirmativo, recorrerem ao Poder Judiciário como forma de coibir e serem ressarcidos pelos danos causados aos seus filhos. Anote-se que as informações relativas ao *bullying* deveriam advir da própria instituição de ensino se fossem mais ativas, zelosas e diligentes.

Diante disso, a jurisprudência pátria tem se manifestado e punindo rigorosamente o estabelecimento de ensino ou, a depender do caso, os pais responsáveis pela criança (agressor):

[...] o recorrente sofreu agressões físicas e verbais de alguns colegas de turma que iam muito além de pequenos atritos entre crianças daquela idade; no interior do estabelecimento réu, durante todo o ano letivo de 2005, as quais caracterizam o fenômeno hoje estudado nacional e internacionalmente pela psicopedagogia sob a denominação "bullying", ou seja, violência escolar, de funestas conseqüências. (Acórdão nº 317276, Apelação Cível nº 20060310083312, 2ª Turma Cível, Tribunal de Justiça do

Distrito Federal e Territórios, Relator: Waldir Leôncio Lopes Júnior, Data de Julgamento: 09/07/2008, Publicado no DJE: 25/08/2008. Pág.: 70)

A jurisprudência supramencionada, apesar de ter sido julgada no dia 09 de julho de 2008, apresenta o relato de acontecimentos ocorridos em desfavor do menor em 2005, onde fora alvo de diversas agressões físicas no estabelecimento de ensino; agressões estas que resultou, inclusive, no encaminhamento do menor ao IML para fazer Exame de Corpo de Delito. Nesse caso, o Desembargador do TJ do Distrito Federal e Territórios condenou o estabelecimento de ensino no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

As punições e o *quantum debeatur* variam conforme o caso concreto. Além disso, é necessário informar que não há, ainda, norma tipificando o *bullying* como crime, entretanto, os diversos atos praticados pelo agressor de *bullying* podem constituir diversos crimes que já foram devidamente inseridos no Código Penal Brasileiro, a exemplo da injúria, difamação e calúnia, lesão corporal etc. É importante ressaltar que, seguindo esse entendimento, o estabelecimento de ensino público é também passivo de punição, nos mesmos moldes do estabelecimento de ensino privado, pois não se retira do Estado a obrigação-dever de guarda da criança e do adolescente:

A Administração Pública responde objetivamente pelos danos advindos dos atos comissivos realizados pelos agentes públicos, nesta condição, contra terceiros. [...] é crível sustentar o dever de agir no sentido de salvaguardar o respeito e consideração relativamente aos cidadãos. [...] Constitui-se ato ilícito por parte destes servidores qualquer ação capaz de colocar os alunos em situação degradante ou vexatória. (Apelação Cível Nº 70049350127, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 29/08/2012, Publicado no DJE: 06/09/2012, grifo nosso)

O fato acima transcrito torna-se ainda mais interessante, pois a prática de *bullying* foi causada pela professora da instituição de ensino municipal (Comarca de São Leopoldo) em desfavor da aluna. O acórdão mostra que a aluna, então com 14 (quatorze) anos, tornou-se alvo dos demais colegas de escola

quando sua professora a apelidou de “Maria Tortinha”, por sofrer a referida vítima de um problema congênito no pescoço.

Outro caso interessante foi o da perseguição de um menor através das redes sociais, perseguição essa conhecida como *cyberbullying*. Neste caso, a vítima foi alvo de diversos “xingamentos” nas redes sociais pela agressora que, além disso, acabou por incentivar outros colegas a fazerem o mesmo.

[...] as referidas ofensas dão conta de um fenômeno moderno denominado de bullying, no qual adolescente se dedica a maltratar determinado colega, desqualificando-o em redes sociais perante os demais e incitando estes a prosseguirem com a agressão, conduta ilícita que deve ser reprimida também na esfera civil com a devida reparação, pois é notório que este tipo de ato vem a causar danos psíquicos na parte ofendida, levando, em alguns casos, ao suicídio. (Apelação Cível Nº 70052810595, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 27/03/2013, Publicado no DJE: 03/04/2013)

Conclui-se, assim, que os Magistrados vêm admitindo o *bullying* como um fenômeno que deve ser combatido e repellido através de condenações rigorosas, coercitivas e exemplares, transmitindo às partes, agressor e agredido, que condutas que se rebelam contra a dignidade da pessoa humana são repugnáveis no ordenamento jurídico brasileiro. As faltas ocorrentes no sistema pedagógico-educacional, seja no âmbito familiar ou escolar, vem repercutindo no Poder Judiciário que tem contribuído, mesmo que acanhadamente, com a responsabilidade transversal de combater o famigerado *bullying*.

CONCLUSÃO

Diante do tema abordado, conclui-se que para que haja a inibição da prática do *bullying*, tão crescente no meio escolar e, até mesmo, no virtual, é necessária uma conscientização e vigilância por parte dos pais, e de apoio psicopedagogo nas instituições de ensino.

A intervenção assídua da escola, precisamente o olhar “clínico” e de constante vigilância dos professores, até porque eles são responsáveis por toda a aprendizagem do aluno, desde o disciplinamento dos conhecimentos científicos às próprias regras do convívio social, é de suma importância.

É imprescindível que se estude e analise a praticado *bullying* para que se possa combatê-lo com eficácia. Para tanto são necessárias à adoção de medidas que implicam a arremontação de profissionais de áreas distintas como saúde, educação e jurídica, pois se trata de fato social desagregador e que atinge indiscriminadamente o alunado pertencente qualquer estirpe estudantil.

Por fim, temos que nos casos de *bullying* escolar aplicar-se-á o Código de Defesa do Consumidor, sendo a responsabilidade objetiva, cabendo apenas a comprovação do nexos de causalidade e da existência do fato, abstendo-se da comprovação da culpa.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 61

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 14 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.

CALHAU, Lélío Braga. **Bullying: O que você precisa saber. Identificação, prevenção e repressão**. Ed. 3ª. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 81.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Manual de Direito Comercial**. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DE JESUS SILVA, Geane. **Bullying: quando a escola não é um paraíso**. Disponível em: <<http://www.mundojovem.com.br/artigos/bullying-quando-a-escola-nao-e-um-paraíso>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 20ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Cível nº 20060310083312, 2ª Turma Cível, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Relator: Waldir Leôncio Lopes Júnior, Data de Julgamento: 09/07/2008, Publicado no DJE: 25/08/2008. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

FANTE, Cleo. **Fenômeno bullying: como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz**. Ed. 7ª. São Paulo: Verus, 2012.

FILOMENO, José Geraldo Brito *et al.* **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de Direito do Consumidor**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRAY, Peter. **Freud - Uma vida para o nosso tempo. Companhia das Letras**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

MARQUES, Cláudia Lima. *et al.* **Manual de Direito do Consumidor**. 6ª. ed. São Paulo: RT, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

RODRIGO LOPES, Hálisson; FANTECELLE, Gylliard Matos. **Da tipificação penal do bullying: modismo ou crime?**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10285&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 25 nov. 2018

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70049350127, 9ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em

29/08/2012, Publicado no DJE: 06/09/2012. Disponível em:
<<https://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

____. **Apelação Cível Nº 70052810595, 5ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 27/03/2013, Publicado no DJE: 03/04/2013. Disponível em:
<<https://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

ROLIM, Marcos. **BULLYING: O pesadelo da escola um estudo de caso e notas sobre o que fazer.** 2008. 174 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Curso de Pós-graduação em Sociologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em:
<<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/14951/000672845.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Bullying: Mentas perigosas nas escolas.** Rio de Janeiro: Fontanar, 2010.

SANTANA, Agatha Gonçalves. **A necessidade do Direito de repensar o Bullying: Uma reflexão do caso Realengo.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9651&revista_caderno=7>. Acesso em: 28 nov. 2018.

NOTAS:

[1] BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 14 nov. 2018.

[2] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.

[3] *Ibidem.*

[4] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 nov. 2018.

[5] BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 21 nov. 2018.

[6] RODRIGO LOPES, Hálisson; FANTECELLE, Gylliard Matos. **Da tipificação penal do bullying: modismo ou crime?**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10285&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 25 nov. 2018.

[7] *Ibidem.*

[8] ROLIM, Marcos. **BULLYING: O pesadelo da escola um estudo de caso e notas sobre o que fazer.** 2008. 174 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Curso de Pós-graduação em Sociologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/14951/000672845.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

[9] *Ibidem.*

[10] DE JESUS SILVA, Geane. **Bullying: quando a escola não é um paraíso.** Disponível em: <<http://www.mundojovem.com.br/artigos/bullying-quando-a-escola-nao-e-um-paraiso>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

[11] SANTANA, Agatha Gonçalves. **A necessidade do Direito de repensar o Bullying: Uma reflexão do caso Realengo.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9651&revista_caderno=7>. Acesso em: 28 nov. 2018.

MULTIPARENTALIDADE: RECONHECIMENTO E SEUS PRINCIPAIS EFEITOS JURÍDICOS

LARA OLIVEIRA BRAGA: Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

GUILHERME AUGUSTO MARTINS SANTOS^[1]

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo visa demonstrar de forma clara e concisa, a importância do reconhecimento da relação socioafetiva e da multiparentalidade, considerando a realidade dos novos institutos familiares que sofrem sucessivas modificações em sua composição, quebrando todos os parâmetros de que família é baseada apenas por laços genéticos, biológicos ou decorrentes do casamento. Neste sentido, as relações socioafetivas propõem o estabelecimento do vínculo familiar a partir de laços afetivos e/ou multiparentalidade. A existência de afetividade nessas relações é o ponto central é indispensável para sua constituição, pois garante a possibilidade da pessoa ter mais de um pai e/ou mais de uma mãe em seu registro civil desde que observado este requisito. Portanto, tem-se por objetivo apresentar o mais novo instituto jurídico, demonstrando sua respectiva importância e ainda identificar os elementos jurídicos que constituem a multiparentalidade e relação socioafetiva nas obrigações civis.

Palavras-chave: Família, Filiação, Afetividade, Multiparentalidade

ABSTRACT: This article aims to demonstrate clearly and concisely the importance of recognition of the socio-affective relationship and of multiparentality, considering the reality of the new family institutes that undergo successive modifications in their composition, breaking all the parameters of which family is based only by genetic ties, biological or arising from marriage. In this sense, the socio-affective relations propose the establishment of the family bond from affective ties and / or multiparentality. The existence of affectivity in these relationships is the central point is indispensable for their constitution, since it guarantees the possibility of the person having more than one parent and / or more than one mother in their civil registry since this requirement is observed. Therefore, the objective is to present the newest legal institute, demonstrating its respective importance and also to identify the legal elements that constitute multiparentality and socio-affective relationship in civil obligations.

Keywords: Family, Affiliation, Affection, Multiparentality

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Multiparentalidade e Socioafetividade: 2.1 surgimento no direito brasileiro; 2.2 condição de estado de filho; 2.3 constituição da socioafetividade. 3 Consequências Jurídicas da Filiação Socioafetiva e da Multiparentalidade: 3.1 admissibilidade da relação socioafetiva; 3.2 reflexos do reconhecimento da relação socioafetiva no direito da família: 3.2.1 registro civil; 3.2.2 alimentos; 3.2.3 guarda e visitas. 4. Conclusão. 5.Referências.

1. INTRODUÇÃO

Desde os tempos mais remotos, quando o ser humano iniciava sua jornada, a família já era a base tanto do ser humano quanto da sociedade. Diante da apreciação histórica do instituto familiar, observa-se a grande evolução diante das mudanças que ocorreram nas características e funções.

Frente às consequências das diversas mudanças que ocorreram na sociedade, foi necessário realizar algumas adaptações no mundo jurídico para que possa garantir os direitos e deveres do indivíduo, tal como os resguardados pelo art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Em decorrência disso, novos modelos de família foram surgindo, acredita-se que diante dessa realidade é possível explanar que atualmente com a ideia que se tem, é que família não é apenas ligada pelo vínculo biológico ou matrimonial, mas também pela relação afetiva, ou seja, a relação de parentalidade pode ser baseada pela afetividade sendo um critério definidor na determinação da filiação, núcleo característico da união familiar.

Nesse contexto, no desapontamento de conflitos de parentalidade surge a multiparentalidade e nesse sentido, é importante lançar luz sobre o que vem a ser esse instituto e quais são seus efeitos, com base na inovação jurisprudencial, que se refere à inclusão de um pai e/ou mãe no registro civil da pessoa.

Diante disso, o presente artigo tem por objetivo compreender a relação socioafetiva, a multiparentalidade e seus efeitos nas relações civis e será realizado através de análises bibliográficas, ou seja, baseado em leituras e releituras de

doutrinas, leis, jurisprudências e demais materiais necessários para alcançar uma visão clara e coerente acerca do tema abordado.

2. MULTIPARENTALIDADE E SOCIAFETIVIDADE

Hodiernamente, o ser humano está em constante busca pela felicidade, no qual não cabe apenas para si, fazendo parte de um caminho diário diante de vários aspectos, seja nos relacionamentos amorosos, na compaixão ao próximo ou na compreensão e zelo desenvolvidos pelo núcleo familiar ou em ciclos de amizades.

A família, por exemplo, é o ponto de partida, é a maior referência de valor que é dado ao indivíduo, ceio onde se desenvolve os aprendizados e valores da vida o qual permanece os reflexos por toda a vida, disciplinando nas decisões, conceitos e ações. Neste aspecto é importante analisá-la e ampará-la em suas diversas formas.

Inicialmente, ao depara-se com a entidade familiar, verifica-se que no decorrer de sua linhagem histórica este núcleo foi sofrendo sucessivas modificações em suas composições, estruturas e seus respectivos desdobramentos. No entanto, tendo em vista, o desenvolvimento e o progresso desta instituição, fez-se necessário uma adaptação do mundo jurídico para que se assegurasse todos os direitos relacionados a família.

Ao longo do tempo, o núcleo familiar passou a garantir proteção específica do Estado e conseqüentemente surgiu à igualdade entre pai e mãe dentro da conjuntura familiar, fazendo também surgir novas organizações familiares, atualmente sancionadas pela Constituição Federal e demais normas brasileiras.

Alguns doutrinadores, como exemplo, Cassettari (2015), entende que o vínculo afetivo tem de ser o fundamento definidor na determinação da filiação, não podendo esta ser dissolvida em razão da filiação biológica, o que demonstra a efetiva mudança de paradigma no direito de família.

Nos dias de hoje, é válido dizer que o instituto familiar ultrapassa as fronteiras da consanguinidade chegando ao seu ponto principal que é o amor,

ramificando-se para os mais diversos sentidos da palavra, como zelo, cuidado, união, carinho e afeto.

Deste modo, entende Maria Berenice Dias:

O fato é que a família, apesar do que muitos dizem, não está em decadência. Ao contrário, houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor. (DIAS, 2013, P. 40)

Levando em consideração tais mudanças no instituto familiar, sabe-se que atualmente família estrutura-se e constitui-se das mais variadas formas, quebrando todos os parâmetros de que família é baseada apenas por liames genéticos, biológicos ou decorrentes do casamento.

Por este contexto, preleciona João Batista Vilela:

A consanguinidade tem, de fato e de direito, um papel absolutamente secundário na configuração da paternidade. Não é a derivação bioquímica que aponta para a figura do pai, senão o amor, o desvelo, o serviço com que alguém se entrega ao bem da criança. Permita-me repetir aquilo que tenho dito tantas vezes: a verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. (VILLELA, 1997, P. 85)

Assim, a família foi conquistando novos rumos se adaptando à nova realidade, apreciando desta forma a união constituída pelo carinho, amor e afeto, e não mais pelo intuito somente de reprodução, mas também a infundável busca pelo ideal de felicidade e a comunhão plena de vida a dois. Com isso sua configuração foi mudando e o papel do pai e da mãe na nova constituição familiar aos poucos foi se adaptando.

Em consequência dessa realidade, surge um novo instituto denominado de multiparentalidade, ou seja, é a viabilidade jurídica cedida a genitor(a)

biológico(a) ou afetivo(a) de evocar os princípios da dignidade humana e da afetividade para ser garantida a manutenção ou instituição de vínculos parentais.

A pluriparentalidade consiste no fato de uma pessoa reconhecer mais de outro pai e/ou mãe civilmente por meio do vínculo afetivo e uma vez consolidada, será um grande avanço no reconhecimento do afeto enquanto valor jurídico, aplicando-se o princípio constitucional da busca da felicidade com o intuito de reconhecer os vínculos socioafetivos.

2.1 surgimento no direito brasileiro

As vertentes da parentalidade socioafetiva como fonte de efeitos jurídicos conquistaram espaços em detrimento da atuação do Poder Judiciário diante das análises de casos concretos, detectando a necessidade de tutelar os interesses daqueles que mantêm uma relação como se pai e filho fossem, independente do vínculo biológico.

O tema teve origem em 1979, quando o professor da Universidade Federal de Minas Gerais, chamado João Baptista Villela, realizou um trabalho intitulado como "Desbiologização da Paternidade". De acordo com Bunazar (2010), a tese defendida pelo autor, radical para o tempo, apontava que a paternidade é uma escolha, uma realidade cultural, que é totalmente dissociada de qualquer tipo de responsabilidade civil decorrente da coabitação entre homem e mulher.

Com a introdução da Carta Magna de 1988, muitos princípios decorrentes da desigualdade familiar foram dissolvidos dando espaço para que novos princípios equiparassem a relação familiar, dentre eles, a identidade dos filhos havidos fora do casamento, ou seja, não se admitia qualquer forma de discriminação entre os filhos biológicos garantindo-lhes o direito igualitário. Com o intuito de equiparar as relações filiais o artigo 227, §6 da Constituição Federativa do Brasil de 1988 assegura:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de

negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

(...)

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL. Constituição Federal. DF: Planalto Central, Brasília. 1988).

Diante do contexto, novas reflexões acerca do real sentido da paternidade vieram à tona, retomando as lições sobre a “desbiologização” da paternidade e então o reconhecimento jurídico normativo veio acontecendo de forma célere.

O Supremo Tribunal Federal, na esteira do julgamento do Recurso Extraordinário 898.060, ante à Repercussão Geral 622, decidiu que a “paternidade Socioafetiva, declarada ou não em registro civil, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica com os efeitos jurídicos próprios”, ou seja, passou-se a admitir a multiparentalidade para seus efeitos legais

Conforme o assunto vislumbrado, entende o seguintes Tribunais de Justiça:

TJSP. MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Preservação da Maternidade Biológica Respeito À memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto e de sua família – Enteadado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e a sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes – A formação da família moderna não consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Recurso provido” (TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, Registro: 2012.0000400337.

Apelação Cível n. 0006422-26.2011.8.26.0286, Comarca de Itu, Relator: Desembargador Alcides Leopoldo e Silva Júnior).

TJRS. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO. PADRASTO E ENTEADA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA ADOÇÃO COM A MANUTENÇÃO DO PAI BIOLÓGICO. MULTIPARENTALIDADE. Observada a hipótese da existência de dois vínculos paternos, caracterizada está a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade. DERAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70064909864, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 16/07/2015).

O tema também já foi objeto de enunciado aprovado durante o IX Congresso Brasileiro de Direito de Família, remanescendo com a seguinte redação: "*A multiparentalidade gera efeitos jurídicos.*" (Enunciado 09 do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM).

No mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a saber:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. (STF. Plenário. RE 898060/SC, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 21 e 22/09/2016) – Informativo nº. 840.

A importância do reconhecimento da multiparentalidade se faz necessário visto que a sociedade está em constante mutação em todos os seus respectivos aspectos. O direito, por sua vez, naturalmente se encarrega de se adaptar a sua evolução, tendo em vista sua incumbência de garantir a sociedade uma segurança jurídica.

Ainda, quanto à aplicabilidade do princípio basilar da dignidade da pessoa humana perante o instituto da socioafetividade, leciona Lôbo (2007), que além de alcançar os sentimentos maiores da vida humana, vai muito além, até o núcleo de

sua existência, impondo inafastável proteção e respeito, que na verdade exige a exclusão de qualquer atitude que possa despersonalizar a pessoa humana.

Nesse aspecto, um exemplo seria a relação de famílias recompostas, no qual pode estabelecer um caso de multiparentalidade, em decorrência do abandono afetivo do pai ou mãe biológico em relação ao filho, que acaba sendo adotado afetivamente pelo cônjuge do genitor que possui a guarda do menor, sendo imperioso o reconhecimento de uma nova parentalidade, a qual pode ser incluída no assento de nascimento da criança.

Portanto, existente a realidade multiparental, imperioso é seu reconhecimento com foco na modificação registral, pois verifica-se que na celebração do avenço se analisadas as formalidades pertinentes não haverá infringência de qualquer dispositivo legal.

2.2 condição do estado de filho

Atualmente, diante da realidade fática e com as várias alterações o instituto familiar, além basear-se no vínculo biológico passa a reconhecer, ainda, ao vínculo elaborado a partir da relação afetiva.

Como ensina Lôbo (2006), toda paternidade é, necessariamente, socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não; ou seja, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies, a paternidade biológica e não biológica.

Conforme essa linha lógica, é válido dizer o termo paternidade socioafetiva ganhou uma vasta dimensão. Pois o caráter definidor afetivo está presente até mesmo na filiação biológica, assim como na adoção e na reprodução assistida. Desta forma, sempre que houver paternidade, haverá afeto. Caso haja ausência dessa característica a paternidade, além do vínculo obrigacional, pode ser desconfigurada.

A afetividade é vínculo estabelecido por meio de carinho, zelo e cuidado que se tem com alguém íntimo ou benquisto, como uma posição psicológica que permite ao indivíduo evidenciar os seus sentimentos e emoções a outrem.

Etimologicamente a palavra afeto que deriva do latim *afficere*, *affectum*, e que significa produzir impressão; e também do latim *affectus*, que significa tocar, comover o espírito, unir, fixar. Seu melhor significado, no entanto, liga-se à noção de afetividade, afecção, que deriva do latim *afficere ad actio*, onde o sujeito se fixa, onde o sujeito se liga. (AURÉLIO, 2019, online)

O princípio da afetividade é sobretudo um dos mais importante nas relações socioafetivas e multiparentais, pois o componente da instituição acima de tudo demonstrará o vínculo familiar por meio do afeto.

Paulo Luiz Netto Lôbo complementa a lição sobre o afeto, ensinando que ele possui origem constitucional:

“O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da família como grupo social fundado essencialmente nos laços da afetividade. Encontram-se na CF quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do século XXI: a) todos os filhos são iguais independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família, constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, caput)”. (LÔBO, 2002, p. 42)

Nos tempos mais remotos, não há o que se falar em vínculo afetivo, família era sinônimo de reprodução. Hodiernamente as famílias estão pautadas no amor, afeto, zelo e respeito e isso é as mantém unida, para José Sebastião de Oliveira

(2002), a família só tem sentido enquanto unida pelos laços de respeito, consideração, amor e afetividade.

Portanto, ser pai ou ser mãe não está no mero fato de gerar, mas está ligado as circunstâncias de amar, zelar, servir e cuidar. Desta forma, quando se fala em paternidade socioafetiva, refere-se à adoção (regular e à brasileira), à reprodução assistida heteróloga e à **posse de estado de filho (filho de criação)**.

Neste sentido, Zeno Veloso (1997), conceitua a posse de estado de filho como sendo aquela que resulta de vários fatos, os quais, em conjunto, constituem fortes indícios da existência de uma relação de filiação, entre uma pessoa e aquela à qual está sendo atribuído o estado de filho.

Consolidando as sábias palavras de Veloso, Paulo Luiz Netto Lobo (2003) afirma que, a posse de estado de filiação constitui-se quando alguém assume o papel de filho em face daquele ou daqueles que assumem os papéis ou lugares de pai ou mãe ou de pais, tendo ou não entre si vínculos biológicos. Sobrepondo, ainda, que a posse de estado de filho é a exteriorização da coexistência familiar e dos liames afetivos.

Afinal, entende-se que a parentalidade socioafetiva acima de tudo pode ser definida como o vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte laço afetivo e da própria assistência existente entre elas.

Ainda no tocante contexto, tem-se que o estado de posse de filho é um requisito para a configuração da filiação socioafetiva, mas não o único, devendo este, estar acompanhado da vontade recíproca das partes em serem considerados pai e filho.

Para o jurista brasileiro Orlando Gomes (1999), devem ocorrer determinados elementos para que esta espécie de relação afetiva se configure, tais como; a) o filho deve ter levado o nome dos pressupostos genitores; b) ter recebido continuamente o tratamento de filho legítimo; c) ter sido constantemente reconhecido, pelos presumidos pais e pela sociedade, como filho legítimo.

No mesmo sentido, Fachin (1999) sustenta que a posse de estado de filho está caracterizada desde que estejam presentes três características: *tractatus*, *nomem* e *reputatio* (ou fama). Sendo que a *tractatus* está presente quando a pessoa é tratada como membro pertencente à família, ou seja, como filho biológico. *Onomem* se dá quando a pessoa traz o reconhecimento do nome do pai, como o caso da filiação. E a fama é a pessoa ter sido constantemente reconhecida como filha, pelos presumidos pais, pela família e pela sociedade.

No que concerne, a tais características, vale dizer, que a doutrina majoritária dispensa o requisito do *nomem*, sendo suficiente para a caracterização da posse de estado de filho, os requisitos do tratamento e da fama. Ainda, para se garantir a segurança jurídica faz-se necessário, além da presença dos requisitos constitutivos, exige-se que estejam presentes outros dois elementos tais como, a notoriedade e a continuidade. A notoriedade significa que a relação de parentalidade filial seja objetivamente visível no meio social.

No que tange a duração verifica-se que este elemento é condição de existência e validade para a caracterização da força de posse de estado de filho, ou seja, sem a duração ela não se configura, visto que é na convivência diária, que solidifica tal relação.

Por fim, a posse de estado ainda exige um tempo mínimo de duração que comprovem a sua permanência, apenas dessa forma os elementos constitutivos se consideram válidos dentro dos parâmetros, uma vez que a posse de estado de filho requer estabilidade e habitualidade. Logo, a filiação socioafetiva e estado de posse de filho são institutos distintos, sendo que o segundo é elemento constitutivo do segundo.

2.3 constituição da socioafetividade

Em decorrência do grande avanço da Constituição Federal de 1988 e das diversas mudanças da sociedade, várias formas de entidades familiares surgiram e por consequência, de filiação. Logo, o direito como uma ferramenta que visa resguardar e garantir os direitos dos indivíduos não pode deixar de amparar os novos núcleos familiares, que tem como um principal fundamento em comum, o amor e afeto entre os componentes.

Desta forma o presente trabalho tem a pretensão de vislumbrar noções a respeito da filiação, destacando o que se demonstra pertinente ao presente estudo, bem como destacar os três critérios utilizados para classificar, constituir e identificar o novo instituto jurídico.

Atualmente existem três diferentes critérios utilizados para o estabelecimento do vínculo parental, são eles; critério jurídico, critério biológico e o mais recente critério socioafetivo.

O **critério jurídico ou legal** regula a paternidade por meio de pressupostos jurídicos fundamentado com base na filiação que deu origem devido a união casamentaria;

Desta forma, o Código Civil regula o critério legal, através do seu artigo 1.597, "pelo qual a filiação decorre de uma presunção prevista em lei", que não leva em consideração a verdade biológica, utilizando-se da presunção para reconhecer como mãe aquela indicada pelo parto e o pai o marido dela.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL. Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002)

Com o grande avanço da Carta Magna que estabeleceu a igualdade na relação familiar e com a evolução da ciência que permitiu a comprovação da paternidade através do exame de DNA surgiu o **critério biológico**, que constitui o reconhecimento da paternidade pela determinação genética.

Portanto esta filiação se dá pelo vínculo consanguíneo, conforme expresso no dispositivo 1.593 do Código Civil, ou seja, resultado da análise genética, sendo assim necessário para a comprovação da filiação e posteriormente realizar o reconhecimento desta.

Em decorrência do surgimento desse critério que tomou repercussão, a jurisprudência passou a adotar medidas em relação a paternidade que se pretendia provar, na hipótese de recusa injustificada em se submeter ao exame de DNA. É o que dispõe a súmula 301 do STJ: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

Nesse diapasão, surge o último e mais recente critério, chamado de **socioafetivo**, com base na noção do melhor interesse da criança, tem-se considerado a prevalência do critério socioafetivo para fins de se assegurar a primazia da tutela à pessoa dos filhos, no resguardo dos seus direitos fundamentais, notadamente, o direito à convivência familiar.

Logo, pode-se dizer que a relação socioafetiva é a filiação constituída baseada puramente na afetividade. É um vínculo estabelecido além do critério biológico, quebrando todos os parâmetros de que família é baseada apenas por liames genéticos, biológicos ou decorrentes do casamento.

Diante disso, deve sobrepor a paternidade afetiva, em detrimento da biológica, sempre que se demonstrar como o meio mais oportuno de realização dos direitos assegurados à criança e ao adolescente, especialmente diante de um dos seus direitos fundamentais: o direito à convivência familiar.

Enunciado 339 do Conselho de Justiça Federal, entende que: “A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”.

Esta espécie de filiação encontra-se amparada no artigo 227, §6º da Constituição Federal, assim como no artigo 1.593 do Código Civil Brasileiro, quando entende que o parentesco é resultado da consanguinidade ou de **outra origem**, portanto o dispositivo legal amplia o reconhecimento da parentalidade contemplando a socioafetividade.

Corroborando com a mesma interpretação, Farias e Rosenvald apontam, no mesmo contexto, o Enunciado 108 da I Jornada de Direito Civil, “no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva”.

Ainda vislumbram seus entendimentos com base no Enunciado 256 da III Jornada de Direito Civil, que diz respeito, “a posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

Este tema também já foi objeto do Projeto de Lei nº 2.285/07, versado como Estatuto das Famílias, prevê a socioafetividade como forma de parentesco, ao dispor, em seu artigo 10, que “o parentesco resulta da consanguinidade, da socioafetividade ou da afinidade” (redação esta semelhante ao que dispõe o Projeto de Lei nº 470/13, Estatuto das Famílias de iniciativa do IBDFAM, em seu artigo 9º).

Diante disso, o requisito indispensável para o reconhecimento da parentalidade socioafetiva é processo judicial, tendo em vista de que se trata de um tipo de parentesco que exige uma delicada comprovação para a sua caracterização. Nesse sentido é o entendimento de Giselda Hironaka (2000), para quem, antes de ser levado a registro, essa modalidade de parentesco ser levada à análise pelo foro judicial.

3. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E DA MULTIPARENTALIDADE

Com a aplicação da novidade no mundo jurídico ao se equiparar um genitor socioafetivo a um biológico, relevantes questões foram levantadas quanto às consequência e os efeitos legais oriundos deste, como: se é direito apenas do filho ou de igual forma dos pais, se há a necessidade de uma afetividade recíproca, se há relação obrigacional, se há direito sucessório, se o parentesco socioafetivo

liga o filho a todos os parentes do pai ou da mãe, se há direitos previdenciários, se essa filiação pode ser impugnada, dentre outros pontos. Nesse âmbito a doutrina assevera:

“Não há dúvida de que o maior efeito dessa forma de parentalidade, e não apenas filiação, é a criação de multiparentalidade, ou seja, a possibilidade de a pessoa ter mais de um pai e/ou mais de uma mãe. Existem no Brasil algumas decisões concedendo esse modelo plural de parentesco, motivo pelo qual se aborda nesta obra a necessidade de esse tema ser levado ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, para gerar os seus regulares efeitos no âmbito do Direito de Família”. (CASSETTARI, 2014, online)

Segundo entendimento da douta Juíza de Direito da 1ª Vara de Família de Sobradinho/DF, Drª Ana Maria Gonçalves Louzada, ao tratar da Ação Declaratória de Paternidade, autuada sob o nº 2013.06.1.001874-5:

“O direito deve espelhar e proteger a vida da pessoa em sua inteireza. Se no caso concreto ela possuir duas mães, dois pais, ou seja, lá a composição que sua família tenha, não cabe ao Direito, tampouco ao Judiciário impor limites a essa entidade familiar” (DIAS, 2015, P. 07)

A magistrada elenca, ainda, as consequências jurídicas do reconhecimento da multiparentalidade, que se passa a transcrever:

a) Direito ao parentesco: ao se admitir a multiparentalidade, também se deve assegurar o parentesco daí advindo. Assim, exemplificamente, se possuir dois pais e duas mães, terá oito avós e tantos tios quantos irmãos esses pais/mães possuírem, e assim por diante. Também os impedimentos matrimoniais no que diz com o parentesco deverão ser observados em todos esses casos.

b) Direito ao nome: o nome faz parte de um dos direitos da personalidade. É através dele que somos conhecidos e reconhecidos pela vida afora. [...] O nome de família

materno, paterno, da madrasta, do padrasto ou socioafetivo e o avoengo poderão ser incluídos no nome civil. Tal pretensão é admissível, mesmo que o interessado ainda não tenha atingido a maioridade, uma vez que o art. 56 da Lei nº 6015 não trata de alterações pela via judicial, mas administrativa, em que a pessoa pode pleitear junto ao oficial do Registro Civil, " pessoalmente ou por procurador bastante", que se averbe a mencionada alteração. Portanto admite-se alteração de nome pleiteada por menor, e, da mesma forma que se admite a inclusão do sobrenome do padrasto, também é possível que seja retirado do assento de nascimento o patronímico do genitor, nos casos, por exemplo, de abandono afetivo. Contudo a retirada do sobrenome não excluiria o direito sucessório e tampouco alimentar. Caso contrário, sua desídia em relação ao filho traria como consequência a sua dispensa com qualquer obrigação em relação a ele.

c) Direito de convivência e guarda: havendo vários pais/mães, necessário será a definição de convivência e guarda, a fim de assegurar o melhor interesse da criança. Assim, caso essa família não conviva sob o mesmo teto, importante que todos os que façam parte dessa multiparentalidade tenham dias de convivência definidos, judicialmente ou não. Quanto à guarda, o ideal é que ela seja compartilhada, podendo todos os envolvidos dialogar sobre os destinos desse filho. Não sendo possível, a guarda poderá ser determinada a favor da dupla com quem resida o infante. Ainda não havendo acordo, caberá ao Judiciário decidir no caso concreto[..]

d) Direito a alimentos: a pensão alimentícia está embasada, dentre outros, no princípio da solidariedade familiar. Assim se a pessoa possuir mais de um pai ou mais de uma mãe, natural que o dever de pensionamento seja estendido a todos. E essa obrigação não se limitará aos pais,

mas incluirá também todos os avós[...] (LOUZADA, apud CASSETTARI, 2015, P. 194-195)

Com isso, o objetivo é de não mais proteger apenas o patrimônio e sim amparar o direito dos indivíduos, por força do princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade, há de serem reconhecidas as relações interpessoais existentes na sociedade, para que haja a garantia à manutenção ou ao estabelecimento de vínculos parentais. Assim, resultando em uma maior humanização do Poder Judiciário, para que a população seja dignamente amparada pelo Estado.

Conforme o princípio maior da dignidade humana diante do novo aspecto de filiação é dado a proteção integral da criança e do adolescente, com isso são reconhecidos e garantidos direitos que lhes são próprios. Tendo por objetivo atender o melhor interesse da criança. Neste caso, a relação de paternidade advém do trato socioafetivo em sobreposição ao liame biológico.

A jurista Heloísa Helena Barboza interpreta que:

O reconhecimento da paternidade afetiva não configura uma concessão do direito ao laço de afeto, mas uma verdadeira relação jurídica que tem por fundamento o vínculo afetivo, único, em muitos casos, capaz de permitir à criança e ao adolescente a realização dos direitos fundamentais da pessoa humana e daqueles que lhe são próprios. (BARBOZA, 1999, p. 140)

3.1 admissibilidade da relação socioafetiva

Caso ocorra por via judicial, deverão ser aplicados à parentalidade socioafetiva todos os dispositivos legais concernentes à filiação, pois fixada pelo critério socioafetivo, todos os efeitos decorrem automaticamente, sejam existenciais ou patrimoniais, uma vez que não há diferenciação na relação de paternidade/maternidade biológica ou afetiva.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à **alimentação**, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à

dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL. **Constituição Federal**. DF: Planalto Central, Brasília. 1988, online)

Com isso, o filho socioafetivo terá direito à herança e aos alimentos (efeitos patrimoniais) e, igualmente, estabelecerá o vínculo de parentesco e estará sob o poder familiar do pai afetivo (efeitos pessoais), dentre outros.

Uma vez configurada o vínculo parental a aplicação dos efeitos jurídicos da parentalidade socioafetiva deve retroagir à data do início da convivência na qual se formou o vínculo afetivo, visto que foi então que a posse de estado de filiação começou a ser estabelecida. Isso se deve ao fato de que o reconhecimento da paternidade não constitui o vínculo, somente declara a existência do estado de filho e, portanto, tem efeitos *ex tunc*.

No que tange a admissibilidade da pluriparentalidade, uma vez atribuído os efeitos jurídicos em relação à afetividade e a afirmação da igualdade ao grau hierárquico entre os vínculos biológico e socioafetivo, conseqüentemente, viabilizam o reconhecimento do instituto da multiparentalidade.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060, o Ministro Luiz Fux, baseou-se perante os princípios da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF/88) e da paternidade responsável (artigo 226, § 7º, CF/88) com o qual impõem o reconhecimento de modelos familiares diversos da concepção tradicional, devendo o ordenamento jurídico imperar sob vínculos de filiação construídos com base no afeto, quanto àqueles originados da ascendência biológica.

Frisou que “a omissão do legislador brasileiro quanto ao reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares não podem servir de escusa para a negativa de proteção a situações de pluriparentalidade”, sendo imprescindível à adequada tutela da pessoa humana que se reconheça, com todos os seus efeitos, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica.

3.2 reflexos do reconhecimento da relação socioafetiva no direito da família

Conforme vislumbrado anteriormente aos efeitos da relação socioafetiva, uma vez configurada, acarretará com as mesmas responsabilidades obrigacionais como a de qualquer outra relação parental já garantida em lei.

De acordo com o estabelecido pelo artigo 229 da Constituição Federal, da mesma forma que os pais devem assistir, criar e educar os filhos menores até que eles atinjam idade suficiente para ingresso no mercado de trabalho, os filhos maiores têm o dever de ajudar a amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Portanto, como ao pai biológico, ao pai socioafetivo recairá todos os direitos e deveres concernentes do direito obrigacional, no que tange ao direito ao nome, guarda, visita e alimentos.

3.2.1 registro civil

Tendo vista, o reconhecimento da relação socioafetiva e conseqüentemente da multiparentalidade, será válida inclusão da filiação socioafetiva em uma certidão de nascimento, juntamente às filiações puramente sanguíneas, passando a constar para seus efeitos jurídicos a existência legal da dupla paternidade.

Com a decisão alusiva do Supremo, esse instituto revela-se não tão somente como direito, mas sim, como de igual forma, uma obrigação, a fim de preservar os direitos fundamentais de todos os envolvidos na situação fática.

A dupla paternidade já vinha sendo exercida de forma natural pela população. Esta adaptação legal denominada de multiparentalidade se mostra de extrema relevância, pois tem como objetivo primordial, por força do princípio do melhor interesse da criança, resguardar e amparar os envolvidos na situação fática.

Segundo a Corregedoria Nacional de Justiça, no âmbito de sua competência regimental, editou o Provimento n.63, de 14 de Novembro de 2017, que institui modelos únicos de certidão de nascimento, casamento e óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação de paternidade e maternidade socioafetiva no Livro "A" e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão de filhos havidos por reprodução assistida.

Conforme o entendimento da doutra magistrada Dr^a Ana Maria Gonçalves Louzada, apresentado no fundamento 2, o nome do ser humano é critério mais honroso diante ao direito de personalidade. O nome de família, por sua vez, materno, paterno, da madrasta, do padrasto ou socioafetivo e o avoengo poderão ser incluídos no nome civil. Portanto admite-se alteração de nome pleiteada por menor, e, da mesma forma que se admite a inclusão do sobrenome do padrasto, também é possível que seja retirado do assento de nascimento o patronímico do genitor, nos casos, por exemplo, de abandono afetivo.

3.2.2 alimentos

O cunho do instituto da multiparentalidade é tipicamente familiar e funda-se exclusivamente no vínculo conjugal, nas relações de união estável e no vínculo de parentesco. No tocante às verbas alimentares, como forma de exemplificação de um dos efeitos no âmbito jurídico, não há ensejo para uma aplicação diferenciado da lei especial de alimentos vigente no ordenamento jurídico pátrio.

Para Schmitt e Augusto mesmo antes do reconhecimento jurídico no caso de socioafetividade, o caso fático já era realidade na vida dos envolvidos. Assim, o direito aos alimentos é medida que se impõe.

“Na tripla filiação multiparental o menor necessitado poderá requerer alimentos de qualquer um dos pais, atendendo o princípio do melhor interesse da criança, presente no Estatuto da Criança e do Adolescente. Resta claro que a possibilidade de uma tripla filiação teria muito mais condições de contribuir para o adequado desenvolvimento do menor. Nos casos onde os magistrados decidissem por reconhecer a tripla filiação, sempre haverá a prévia relação familiar de fato, restando apenas reconhecer uma regulamentação de direito.” (SCHIMITT; AUGUSTO 2013, online)

Ainda, a Carta Magna de 1988 acarreta em seu artigo 229 da CF, que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Diante da

realidade da tripla filiação o menor poderá requerer alimentos de qualquer um dos pais, atendendo o princípio do melhor interesse da criança.

Não obstante, explica Monteiro (2008), também têm direito a alimentos os pais perante os filhos. Seria realmente coisa escandalosa, diz Laurent, ver um o filho negar alimentos ao pai, dando, por assim dizer, a morte a quem lhe deu a vida. Portanto, de igual forma há a possibilidade da cobrança de alimentos aos descendentes de primeiro grau em linha reta, quando não for possível pelo próprio labor manter uma vida digna, com a observância do trinômio: necessidade, possibilidade e razoabilidade.

O entendimento do Conselho de Justiça Federal, está contextualizada no Enunciado 341 conforme o artigo 1696 do Código Civil de 2002. “Para fins do art. 1696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”.

Os alimentos estão embasados no princípio da solidariedade familiar, uma vez regulado o instituto da multiparentalidade, a pessoa poderá requerer a qualquer um dos pais vinculados a filiação, pois natural é o dever de pensionamento no qual seja estendido a todos.

3.2.3 guarda e visitas

O Código Civil Brasileiro em seu artigo 1589, assegura o direito de visita do pai ou a mãe, em cujo guarda não estejam os filhos, determinando que possam visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

No caso da filiação biológica este poder e deve surgir com o nascimento do filho, enquanto que na multiparentalidade, o marco inicial é com o registro em nome daqueles que afetivamente já eram considerados como se pais fossem.

Com a inserção do Estatuto da Criança e do Adolescente, surge o princípio do menor interesse do menor, no artigo 19 do referido estatuto, consta que o menor tem o direito de ser educado e criado no seio de sua família, mesmo quando houver a fragmentação desta pela desunião de seus genitores, neste ponto compreende-se como genitores não só os biológicos, mas também os pais afetivos. Assim, independentemente de quem ficará com a guarda do menor,

poderá ser requerida por qualquer dos pais constantes na certidão, os demais possuem o direito e dever de visita ao menor.

Este modelo de família fundamentou-se nos mais diversos princípios constitucionais, adotando como majoritário o princípio basilar da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade e o do melhor interesse do menor, que visa regulamentar casos já presentes na sociedade, buscando assim o Estado devidamente amparar a sociedade.

Havendo vários pais/mães, necessária será regulamentação da convivência e guarda, a fim de assegurar o melhor interesse da criança. Assim, caso essa família não conviva sob o mesmo teto, importante que todos os que façam parte dessa multiparentalidade tenham dias de convivência definidos, judicialmente ou não.

4.CONCLUSÃO

Os direitos individuais são direitos básicos que garantem igualdade a todos os cidadãos, tais como, direito à vida, à segurança, igualdade entre homens e mulheres. Já os direitos sociais são os direitos relacionados ao bem-estar do cidadão, assim como, direito à educação, saúde, moradia, direito à maternidade e proteção as crianças.

Nesse sentido, é claro que o Estado como representante e garantidor dos direitos humanos e fundamentais do cidadão, deve se adaptar a atual conjuntura da sociedade, resguardando os direitos relacionado a família no que concerne ao reconhecimento da relação socioafetiva e da multiparentalidade, respeitando o princípio da afetividade e sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse liame, o presente artigo visou corroborar para o grande avanço do mundo jurídico frente ao quesito inovador em todos os seus desdobramentos, tendo por objetivo contribuir para o reconhecimento e sua regulamentação de fato diante dos dispositivos legais quanto aos reflexos e efeitos nas obrigações civis.

5.REFERÊNCIAS

- _____. BRASIL. **Constituição Federal**. DF: Planalto Central, Brasília. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/compilado.htm> Acesso 19 fev. 2019.
- _____. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STF – **Recurso Extraordinário 898.060**. Relator Luiz Fux, Brasília, 21 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781>>. Acesso em: 20 fev. 2019.
- _____. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. STJ - **Súmula 301**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2684&seo=1>>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- _____. **Enunciado nº 09 IBDFAM**. BH: Minas Gerais, 2015, Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados>>. Acesso em 22 fev. 2019.
- _____. **Enunciado nº 108 CJF**. DF: Brasília, 2002, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/740>>. Acesso em 15 mar. 2019.
- _____. **Enunciado nº 339 CJF**. DF: Brasília, 2002, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/369>>. Acesso em 15 mar. 2019.
- _____. **Enunciado nº 341 CJF**. DF: Brasília, 2002, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/383>>. Acesso em 15 mar. 2019.
- _____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. DF: Planalto Central, Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em 20 fev. 2019.
- _____. **Lei 10 de janeiro de 2002**. DF: Planalto Central, Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 12 de outubro de 2018.
- _____. **Provimento nº 16 CNJ**. DF: Brasília, 2010, Ministra Eliana Calmon. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/Provimento_N16.pdf>. Acesso em 10 abr. 2019.
- _____. **Resolução nº 63 CNJ**. DF: Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n63-14-11-2017-corregedoria.pdf> Acesso em: 06 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 898.060/SC**, Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, 21 set. 2016. Íntegra do voto do relator. p. 4. Disponível em:

< <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em 21 abr. 2019.

_____. TJSP. **APELAÇÃO CÍVEL**: APL: 64222620118260286 SP 0006422-26.2011.8.26.0286, Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Data de Julgamento: 14/08/2012, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/08/2012. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22130032/apelacao-apl-64222620118260286-sp-0006422-2620118260286-tjsp/inteiro-teor-110551735?ref=juris-tabs>> acesso em 20 fev. 2019.

_____. TJRS. **APELAÇÃO CÍVEL**: Apelação Cível Nº 70064909864, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 16/07/2015. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/211663570/apelacao-civel-ac-70064909864-rs>> acesso em 20 fev. 2019.

AFETO. **Dicionário Online de Português do Aurélio**. 02 nov. 2018. Disponível em <<https://www.dicio.com.br/afeto/>>. acesso em 02 mar. 2019.

BARBOZA, Heloísa Helena. Novas relações de filiação e paternidade. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Repensando o direito de família. **I CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA**. Anais... Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 140.

BUNAZAR, Maurício. **Pelas portas de Villella: um ensaio sobre a pluriparentalidade como realidade sociojurídica**. Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese. v. 12, n. 59, p. 63-73, Abr./Maio 2010. p. 65.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos** / Christiano Cassettari. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em;

< <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/3967/10-Multiparentalidade-e-Parentalidade-Socioafetiva-Christiano-Cassettari-2015.pdf>> acesso em 15 fev. 2019

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591934>

CASSETTARI, Christiano. **Artigo do desembargador do TJPE Jones Figueiredo Alves**. Disponível em: < profcassettari.wordpress.com/>. Acesso em 20 de fev. de 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 40.

DIAS, Maria Berenice; OPPERMANN, Marta Cauduro. **Multiparentalidade: uma realidade que a justiça começou a admitir**. Revista Juris Plenum, Caxias do Sul (RS), v. 11, n. 65, p. 7, set./out. 2015. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/>>

Manager /arq/ (cod2_13075) MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta. pdf>. Acesso em 20 mar. 2019.

NOTA:

[1] Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2016). Pós-graduado em nível de Especialização em Direito Civil e Processo Civil pela Católica do Tocantins (2014) e Especialização em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (2015). Atualmente Advogado militante (OAB/TO nº5319)-Advocacia Privada. Professor Titular e Coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas- NPJ e do Núcleo de Educação pela Paz- NEP da Faculdade Católica do Tocantins. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho, Direito Civil (Família), Processo Civil e Direito da Criança e do Adolescente.

PERTINÊNCIA SUBJETIVA PASSIVA DA LIDE DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

LANNA GABRIELA BRUNING SIMONI: Pós-Graduada em Direito Público - Anhanguera Uniderp. Pós-Graduada em Direito Processual Penal - Escola do Ministério Público de Santa Catarina. Pós-Graduada em Direito Processual Civil - Damásio Educacional

RESUMO: A malversação dos recursos públicos não é um fenômeno restrito à realidade hodierna, mas tem tomado dimensões alarmantes quando se trata da Administração Pública. Com efeito, a má-gestão pública afeta a toda coletividade, transcendendo a esfera individual, para se projetar de maneira difusa, de modo indivisível. Assim, a Constituição Federal de 1988 prevê que a lei reprimirá a prática dos atos de improbidade aplicando-lhe as sanções cabíveis. Nesse ínterim, o legislador infraconstitucional promulgou a Lei da Improbidade Administrativa para disciplinar os contornos materiais da ação para coibição do ato ímprobo. Assim a lei elenca a possibilidade de responsabilização de terceiro que induza ou concorra com o agente público na prática do ato irregular. Todavia, inexistente a obrigação de litisconsórcio passivo necessário do particular com o agente público, a não ser que aquele seja acionado isoladamente pelo autor da ação.

Palavras-chaves: corrupção e improbidade; direito difuso; lei de improbidade; sujeitos; litisconsórcio.

ABSTRACT: The embezzlement of public funds is not a phenomenon restricted to today's reality, but it has taken alarming dimensions when it comes to Public Administration. Indeed, public mismanagement affects the whole community, transcending the individual sphere to project diffusely, inseparably so. Thus, the Federal Constitution of 1988 provides that the law shall repress the practice of acts of misconduct by granting him the necessary sanctions. Meanwhile, the infra legislature enacted the Law of Administrative Misconduct materials contours to discipline action for restraint of unrighteous act. Thus enshrined in law the possibility of accountability of third party induces or compete with the public official in the practice of irregular act. However, the obligation to nonexistent

passive joinder of necessary particular with the public servant, unless he is actuated by the plaintiff alone.

Key-words: corruption and misconduct; diffuse right; Law of misconduct; subject; joinder.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. AÇÃO DE IMPROBIDADE E LITISCONSÓRCIO PASSIVO. 1.1. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 1.2 O TERCEIRO COMO SUJEITO ATIVO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 1.3 A NATUREZA DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO EM IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O combate à improbidade administrativa é parte fundamental do processo de consolidação de um regime democrático livre, justo e solidário. Com efeito, é possível constatar que ao longo da história do país, a corrupção tem sido um entrave para o desenvolvimento político, social e econômico da Federação. Sem embargo, referida má-gestão pública afeta a toda coletividade, transcendendo a esfera individual, para se projetar de maneira difusa sobre a sociedade.

É nesse cenário que a Lei de Improbidade Administrativa, dando efetividade ao art. 37, §4º da Constituição Federal, apresenta-se como um dos instrumentos legais mais importantes para o fortalecimento da democracia brasileira. Por meio da LIA é possível viabilizar a governabilidade, restabelecer a confiança popular nas instituições estatais, melhorar a distribuição de rendas, imprimir maior eficiência aos serviços públicos e políticas sociais, além de resgatar a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, apesar da Lei n. 8.492/92 combater os atos imorais e devassos dos agentes públicos que violem os bens jurídicos tutelados pela LIA, o particular ou o terceiro também deverá responder, na medida de sua culpabilidade, em conjunto com os primeiros.

Partindo desse contexto, surge o problema: É possível o ajuizamento de ação de improbidade administrativa exclusivamente em face de particular, sem a concomitante presença do agente público no polo passivo da demanda?

No presente artigo foi utilizado o método categórico-dedutivo, com abordagem dialética, por meio do procedimento de pesquisa bibliográfica, com consulta a doutrinas, artigos, monografias sobre o tema.

Nesse diapasão, conforme as decisões emanadas pelo Superior Tribunal de Justiça busca-se analisar se a presença de terceiro que atua em conjunto, ou não, com os agentes públicos, participando como coautores ou surgindo na posição de beneficiados, configura litisconsórcio necessário na formação da relação processual.

O presente artigo visa, portanto, verificar a possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade somente contra particulares, que não ostentam as condições de agente público, para responderem de forma isolada por supostos atos ímprobos.

1. AÇÃO DE IMPROBIDADE E LITISCONSÓRCIO PASSIVO

1.1. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Não é de hoje que os escândalos de utilização do Estado como meio de satisfazer conveniências pessoais e realizar aspirações particulares, em detrimento do interesse público, são revelados à sociedade. No Brasil, “a corrupção tem raízes seculares na história dos costumes políticos aqui e alhures” (CAIO TÁCITO *apud* COSTA, 2005, p. 37), sendo a improbidade administrativa um mal que persiste na história do país.

Para o senso comum, o termo “corrupção” refere-se a qualquer irregularidade praticada à coisa pública. A corrupção pode ser conceituada pelos dizeres de Garcia e Alves (2011) como a obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiro, por uma conduta comissiva ou omissiva do agente público, contrária à norma que lhe autorizou, possuindo como elementos característicos o desvio de poder, o enriquecimento ilícito e o desrespeito aos princípios da administração pública.

A fim de que se possa evitar uma conjuntura administrativa alimentada pelo descrédito e pela ineficiência, é fácil constatar que a probidade administrativa

precisa ser tutelada, já que representa interesse de todos. É fundamental, portanto, que exista um controle da ética junto à administração pública para a consolidação de um Estado Democrático de Direito.

Com esse intuito, a Constituição Federal de 1988 veio atender ao reclamo da sociedade brasileira, que, marcada profundamente pelas consequências políticas, sociais e econômicas dos governos anteriores, visava por mudanças legislativas, como, por exemplo, “contra a corrupção, o desrespeito à coisa pública e o enriquecimento ilícito” (BULOS apud SOBRANE, 2010, p. 20).

Assim, somente no âmbito da Carta Magna de 1988, o tema da improbidade administrativa recebe adequado tratamento legislativo, ao passo que o legislador constituinte especifica as garantias que devem cercar a coisa pública, bem como as sanções a serem aplicadas ao agente corruptor.

Assente, no entanto, que é somente com a Lei nº 8.429, de 2.6.1992 que a regulamentação da norma insculpida no art. 37, §4º da Carta Magna de 1988 efetivamente se concretiza, criando um código geral de conduta, com a finalidade de combater atos que maltratem a coisa pública e atinjam a moralidade.

Com efeito, o sentido de probidade administrativa conforme o ordenamento jurídico, consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer” (SILVA, 2009, p. 669). A improbidade administrativa, portanto, é caracterizada pelo desrespeito a esse dever, configurando-se uma imoralidade administrativa qualificada, por ser uma espécie desta.

Improbidade administrativa, em linhas gerais, significa servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras residentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os valores do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial. A partir desse comportamento, desejado ou fruto de incúria, desprezo, falta de precaução ou cuidado, revelam-se a nulidade do ato por infringência aos princípios e regras, explícitos ou implícitos, de boa administração e o desvio ético do agente público e do

beneficiário ou partícipe, demonstrando a inabilitação moral do primeiro para o exercício de função pública (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 113).

Delineado tal contexto, conquanto guarde suas peculiaridades, a ação civil pública de improbidade administrativa enquadra-se como ação coletiva, servindo para a tutela de interesses metaindividuais de pessoas indeterminadas integrantes da sociedade, protegendo não apenas o patrimônio público, mas também a probidade administrativa, na perspectiva da litigação de interesse público.

Obviamente, correspondendo à noção de interesse difuso, na forma preconizada pelo art. 81, parágrafo único inciso I do Código de Defesa do Consumidor, a tutela da moralidade administrativa pode e deve ser buscada pela ação civil pública, incluindo-se aí a pretensão consectária de reparação por danos que atentam contra os princípios da administração pública.

Nessas condições, a legitimação da ação de improbidade segue os moldes elencados pela Lei da Ação Civil Pública, admitindo a existência de mais de uma entidade legitimada para o ajuizamento da demanda.

Sem embargo, partindo da premissa segundo a qual a legitimação das ações coletivas é extraordinária, concorrente e disjuntiva, torna-se forçoso reconhecer que a pessoa jurídica interessada também poderá atuar no feito, sendo que o art. 1º da Lei n. 8.429/92 é bastante amplo ao indicar os órgãos e as entidades com pertinência subjetiva, inserindo toda a administração direta, indireta assim como fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Territórios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade que o erário tenha participado com mais de cinquenta por cento de seu patrimônio ou receita anual.

Por outro lado, a lei de improbidade administrativa, no art. 2º, elenca como possível réu da ação de improbidade o agente público ou qualquer pessoa que participe ? mesmo que momentaneamente ou sem remuneração, seja ela contratada, designada, nomeada, eleita, ou por qualquer outra forma de investidura ou vínculo, cargo, mandato, emprego ou função ? do ato irregular. Analogamente, o art. 3º dispõe que terceiro que induza, concorra ou se beneficie da prática do ato de improbidade também estará sujeito às sanções cominadas na Lei 8.429/92.

Nesse ínterim, desrespeitado o art. 4º da Lei nº 8.429/92, que preconiza que os agentes públicos deverão “velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade” ao emitirem seus atos administrativos^[1], surge a necessidade de se apurar e sancionar tais práticas irregulares.

É que, de acordo com a máxima da indisponibilidade do interesse público, o administrador não é dono da *res publica*, não podendo dispor da mesma sem o devido amparo legal. Logo, quando o faz, voltado ao seu favorecimento específico ou de particular, o agente público ofende à impessoalidade e à finalidade dos atos administrativos, bem como a lealdade para com os administrados, que arcam com esse favorecimento indevido.

Desnecessário, portanto, estabelecer que a finalidade do ato administrativo é tão somente a concretização do interesse público imbuído na lei, sendo que “não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse de particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discriminatória” (CARVALHO FILHO, 2011, fl. 19).

Insta frisar que, conquanto a LIA tenha apresentado um rol de atos ímprobos, tais hipóteses não podem ser consideradas como taxativas, pois em verdade são meramente exemplificativas, tendo em vista que por mais que a conduta dita ímproba não se enquadre em nenhuma das conjecturas específicas previstas na lei, ainda poderá concorrer em suas sanções, desde que condiga ao aspecto geral dos atos.

Por consecução, a Lei de Improbidade Administrativa enumerou três modalidades de atos configuradores de improbidade administrativa, aparelhando-os em três grupos, quais sejam: no art. 9º os atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito, no art. 10 os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário e no art. 11, os atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública. Demais disso, estabeleceu no art. 12 as respectivas sanções, abrangendo perda de bens e valores, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil e proibição de contratar e receber benefícios.

Considerando o exposto acima, cabe ao Magistrado, concluir diante da situação que se apresenta, a gravidade das imputações e quais as sanções cabíveis

servirão para uma efetiva responsabilização do agente público e do particular demandado, havendo portanto o efetivo zelo pela justiça, razoabilidade e proporcionalidade da reprimenda.

1.2 O TERCEIRO COMO SUJEITO ATIVO DO ATO DE IMPROBIDADE

ADMINISTRATIVA

Em que pese a Lei de Improbidade ser direcionada precipuamente ao combate dos atos irregulares perpetrados pelo agente público, que em decorrência de seu cargo ou função obtém vantagem indevida, lesa o erário ou atenta contra os princípios da administração pública, o particular, de igual forma, poderá responder em conjunto com o agente tido por ímprobo consoante a regra de extensão insculpida pela LIA.

Com efeito, o art. 3º da Lei de Improbidade administrativa dispõe que o terceiro “que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade, ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”^[2] estará sujeito às sanções cominadas na Lei 8.429/92. Ou seja, sempre que o agente público tiver a participação de uma outra pessoa, os dois incidirão nas sanções impostas pela Lei de Improbidade Administrativa.

A abrangência do conceito foi examinada pelo Ministro Luiz Fux no julgamento do REsp 1.081.098/DF:

Da análise conjunta e teleológica de tais dispositivos legais, verifica-se que o alcance conferido pelo legislador quanto à expressão “agente público” possui expressivo elastério o que faz com que os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não sejam apenas os servidores públicos, mas, também, quaisquer outras pessoas que estejam de algum modo vinculadas ao Poder Público (STJ, REsp 1.081.098/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, j. em 04/08/2009, DJe 03/09/2009).

Nesse passo, os beneficiários, deverão perder em favor do erário os bens ou valores ilicitamente angariados, quando “em razão da inexistência de boa fé em suas condutas, marcadas pelo conluio com os agentes públicos ou pelo aproveitamento de situação benéfica de cuja ilicitude tem ciência” (MARTINS JÚNIOR, 2009, p.291), a teor dos arts. 5º e 6º da LIA.

É importante consignar que “demonstrações consistentes de conluio são necessárias para a censurabilidade, sob pena de se ceder às suposições vizinhas da injustiça” (FAZZIO JÚNIOR, 2007, p. 257). Aliás, diga-se de passo, o terceiro somente poderá ser responsabilizado por improbidade “se induziu o agente, se concorreu de qualquer modo para sua efetivação ou se obteve benefício de forma direta ou indireta com a prática do ato ímprobo por agente público, inexistindo improbidade por ato isolado seu” (NEIVA, 2012, p. 49).

O terceiro, o particular, aquele que não é servidor ou agente público, segundo a lei, somente poderá ser coautor ou participante na conduta ilícita. De fato, o agente ou servidor público é quem dispõe efetivamente de meios e condições muito mais eficazes de realização das condutas materiais (positivas ou negativas), porquanto é dele o poder de praticar o ato estatal lesivo. Isso não impede que o particular ou terceiro seja o mentor intelectual da ação de improbidade, ou seja o verdadeiro ‘gerente’ dos atos ilícitos (FIGUEIREDO, 2009, p. 34-35).

Não se pode presumir, entretanto, o dolo do agente pelo simples fato de ter se beneficiado por ato do agente público ímprobo, sem que na verdade tenha solicitado, ou sequer concordado. A análise do elemento subjetivo da conduta do agente para caracterização do ato ímprobo exige a intenção de prejudicar ou fraudar um outro propositalmente, de modo que o particular deve conhecer a origem ilícita da vantagem auferida.

Nas hipóteses em que os atos ímprobos ocasionem enriquecimento ilícito ou que violem os princípios administrativos admite-se apenas o ato doloso, consubstanciado no dolo genérico, consistente na simples vontade de realizar a conduta descrita na norma, e sendo tal conduta atentatória aos princípios da

impessoalidade, da moralidade e da legalidade, esse dolo é suficiente para configurar ato de improbidade administrativa.

Consoante se extrai de julgado do Superior Tribunal de Justiça, esse dolo:

reside na simples consciência e vontade de praticar determinada conduta, comissiva ou omissiva, que não se coadune com os princípios administrativos e com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, tal como se evidencia no rol exemplificativo do mencionado dispositivo (desvio de poder, frustração de licitude de concurso público etc.). Pouco importa se o agente atua com intenção específica de violar a lei ou com outra especial finalidade (Resp 765212, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 2-3-2010).

De outro norte, em que pese os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário admitirem a possibilidade da modalidade culposa, esta deve ser grave, a ponto de criar um elo entre a conduta omissiva de má-fé do terceiro e o efetivo prejuízo ao erário.

Não se pode concordar, entretanto, com a aplicação da Lei de Improbidade ao terceiro que age com culpa, sem ter induzido ou concorrido para a prática do ato ímprobo, ou ainda que não tenha nenhuma relação jurídica com o ente lesado.

É recorrente na doutrina e na jurisprudência a questão relativa a incompatibilidade de mera falta de habilidade administrativa com o dolo que justificaria a incidência da Lei n. 8.429/92. Há que se considerar, no entanto, que a percepção do dolo nesta matéria se dá de uma forma muito peculiar. Não se pode dizer, unicamente, que não respondem por ato de improbidade administrativa aqueles que, abstratamente, agem com imprudência, imperícia ou negligência.

Fazendo uma análise mais profunda e apropriada da matéria seria possível compreender que compete aos agentes públicos a obrigação de zelo com o patrimônio e a moral da administração. Meros equívocos administrativos são, por óbvio, relevados e, se for o caso, resolvidos no âmbito do próprio órgão

aparentemente lesado. No entanto, é preciso reconhecer que existem determinados procedimentos, constatações ou diligências que são inerentes ao exercício da função pública. Não se pode admitir, neste sentido, que o administrador se baseie em justificações secundárias, conjuntamente com o particular para escusar-se ao incorrer em evidente situação ilegal.

Ademais, para que se configure o caráter ilícito da conduta do terceiro, deve-se comprovar o nexo de causalidade entre o dano efetivamente ocorrido e a conduta do agente que, em conluio com o particular, atingiu o ato vetado pela Lei n. 8.429/92.

Entende-se que, para que o particular seja alçado à condição de réu em ação de improbidade administrativa, mister se faz que seja demonstrado o nexo de causalidade entre o benefício direto ou indireto auferido por meio da prática em conjunto, com a adesão de agente público, do ato imoral ou indecente, pois do contrário não há plausibilidade jurídica de imputação de responsabilidade objetiva (MATTOS, 2013, p. 63).

Destarte, uma vez constatada a violação do dever de probidade administrativa, é imprescindível que seja fixada a reprimenda ao agente ímprobo e ao particular com escorço no art. 37, §4 da Constituição Federal. Adotando tal critério, há também que se guardar relação com o regime sancionatório gradativo estabelecido no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, pelo qual a regra da proporcionalidade busca adequar a sanção ao ilícito que se visa coibir.

Sendo assim, o princípio da proporcionalidade deve ser de observância obrigatória na aplicação das medidas punitivas em geral ao levar em conta a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente. É que com a aplicação de tal princípio “o juiz procura valorizar a vontade normativa (art. 37, §4°), reconfigurando a norma integrativa (art. 12 e incisos da Lei n ° 8.429/92) à medida adequada e necessária” (FAZZIO JÚNIOR, 2007, p. 366), equilibrando “as penalidades dirigidas aos agentes públicos para que elas se compatibilizem com o caso concreto julgado, em conformidade com à prova dos autos” (MATTOS, 2006, p. 577).

1.3 A NATUREZA DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO EM IMPROBIDADE

ADMINISTRATIVA

Nas palavras de Nelson Nery Junior (2010, p. 273), “a obrigatoriedade da formação do litisconsórcio pode ser dada pela lei ou pela relação jurídica”, impondo a presença de uma pluralidade de partes no polo passivo da demanda, independentemente da vontade de quaisquer sujeitos do processo, de forma a condicionar a eficácia da sentença a sua devida formação.

Quando, além da pluralidade subjetiva, é imperioso que a lide seja decidida igualmente para todas as partes, o litisconsórcio é classificado como unitário, a isto correspondendo a redação do artigo 47 do Código de Processo Civil que, sem sombra de dúvidas, confunde os conceitos de necessidade e unitariedade relativas ao instituto.

Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, **o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes**; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo. (sem grifo no original)

Isso porque, conquanto o litisconsórcio necessário tenda, em regra, a ser unitário, “segundo a melhor doutrina, não se deve confundir o critério de poder de aglutinação das partes (necessário ou facultativo) com o regime legal que deve seguir (unitário ou simples, também denominado comum por Barbosa Moreira e Cândido Rangel Dinamarco) (TJ-RS - EI: 70014717987 RS , Relator: Mario Rocha Lopes Filho, Data de Julgamento: 19/05/2006, Nono Grupo de Câmaras Cíveis, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/06/2006)”.

Disso espera-se dizer que, antes de mais nada, é preciso estabelecer a natureza do litisconsórcio passivo existente na ação de improbidade administrativa, pois trata-se de classificação crucial ao exame dos casos envolvendo particulares ímprobos.

Necessário esclarecer que no caso de improbidade administrativa, somente o agente público investigado tem a necessidade de figurar no polo passivo da demanda, sendo o litisconsórcio apenas um acréscimo, que a juízo do autor da ação poderá ser instaurado.

Assim, não obstante a Lei de Improbidade permita a inclusão do particular na lide a fim de garantir o ressarcimento ao erário ou a apuração dos fatos, esta inclusão não é tida pela Lei n. 8.429 como indispensável ou necessária.

E, nesse ínterim, para que o particular seja réu na ação de improbidade administrativa, é necessário a existência das seguintes situações:

Para que o terceiro, que não é agente público, figure como sujeito ativo na improbidade administrativa, necessário se faz que existam uma ou todas as situações elencadas no artigo em exame:

- indução do agente público para a prática do ato de improbidade administrativa;
- que ocorra o concurso para a sua ocorrência;
- que se beneficie dele ainda que indiretamente;
- dolo, caracterizado pela vontade de lesar o Erário ou se beneficiar de um ato velado pelo direito, direta ou indiretamente; (MATTOS, 2013, p. 65)

Apresentados os requisitos, pode-se observar que, acionado o agente público, a existência de terceiro integrando conjuntamente o polo passivo da demanda não se enquadra à hipótese de litisconsórcio passivo necessário, conforme esclarece Fredie Didier Jr.:

É o art. 47 do CPC que trata mais especificamente das hipóteses em que o litisconsorte será, ou não, necessário. Por duas razões, diz o dispositivo aludido, ter-se-á o litisconsórcio necessário: a) quando o exigir a própria natureza da relação jurídica deduzida em juízo (ou seja: quando for unitário) ou b) quando o exigir a lei, independentemente da natureza da relação jurídica deduzida em juízo. Assim, percebe-se que o art. 47 do CPC pretendeu, corretamente, ligar a necessidade, em princípio, à unitariedade: "o litisconsórcio será necessário, diz o texto com outras palavras, sempre que unitário. Mas será necessário também, disse-o agora sem muita clareza, quando assim o dispuser a lei (DIDIER, 2009, p. 309).

De fato, a orientação pretoriana é firme no sentido de não reconhecer hipótese de litisconsórcio passivo necessário entre eventuais réus e possíveis beneficiários de atos ímprobos, porquanto não se encontra no rito próprio definido na Lei 8.429/92 a previsão para formação do litisconsórcio necessário tratado no art. 47 do CPC, sequer havendo relação jurídica incidível nesses casos a demandar a uniformidade do pronunciamento judicial.

Nesse sentido tem entendido a jurisprudência de que "é certo que os terceiros que participem ou se beneficiem de improbidade administrativa estão sujeitos aos ditames da Lei 8.429/1992, consoante seu art. 3º, porém inexistente imposição legal de formação de litisconsórcio passivo necessário" (REsp 896.044/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. em 16/09/2010, DJe 19/04/2011).

Outrossim, não se pode reconhecer uma relação jurídica unitária entre os investigados, uma vez que os agentes públicos são condenados em razão dos atos ímprobos praticados especificamente por suas atribuições funcionais, ainda que o particular não seja réu da ação de improbidade.

Em outras palavras, "não há, na Lei de Improbidade, previsão legal de formação de litisconsórcio entre o suposto autor do ato de improbidade e eventuais beneficiários, tampouco havendo relação jurídica entre as partes a obrigar o magistrado a decidir de modo uniforme a demanda, o que afasta a

incidência do art. 47 do CPC" (AgRg no REsp 759.646/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, j. em 23/03/2010, DJe 30/03/2010).

Dessa forma, não se pode falar em nulidade processual diante da não inclusão de particulares envolvidos no caso, por se tratar de hipótese de litisconsórcio passivo facultativo.

Ensejam digressões diversas, entretanto, no caso do particular ser acionado isoladamente para o polo passivo da lide, sem a concomitante presença do agente público autor do ato.

Isso porque não restam dúvidas de que, sem a presença do agente público, não há plausibilidade jurídica em processar e julgar a ação unicamente em face do particular, pois apenas se admite sua inclusão na ação de improbidade quando participar da prática do ato ímprobo solidariamente com aquele.

Sobre a matéria, leciona Carvalho Filho:

O terceiro só responderá perante a Lei de Improbidade se sua conduta estiver associada à de um agente público, como já observamos anteriormente. Não se verificando a participação do agente público, o terceiro não estará isento de sanção, mas não se sujeitará à Lei de Improbidade, aplicando-se-lhe, no caso, a legislação pertinente. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 190).

No mesmo sentido discorre sobre o tema Waldo Fazzio Júnior:

Na maior parte dos casos de improbidade administrativa, o agente público não age sozinho. Quando não concorre com outro agente público, se vale dos préstimos de terceiro, alheio ao contexto administrativo, ou é instrumento dos desígnios deste. O terceiro é o favorecido nos atos lesivos ao erário praticados pelo agente público, previstos no art. 10 da Lei n.º 8.429/92; é o coadjuvante indutor, ou concorrente, na realização dos atos que importam enriquecimento ilícito, no art. 9º." (FAZZIO JÚNIOR, 2007, p. 257)

Nesse sentido, do Superior Tribunal de Justiça extrai-se o entendimento de que é impossível a propositura da ação de improbidade exclusivamente em face do terceiro, sendo necessária a inclusão do agente público no polo passivo, sob pena do feito ser extinto sem resolução mérito diante da carência de ação por ilegitimidade passiva *ad causam*.

O tema foi, inclusive, retratado no informativo de jurisprudência n. 535 do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. AUSÊNCIA DE INCLUSÃO DE AGENTE PÚBLICO NO PÓLO PASSIVO. IMPOSSIBILIDADE DE APENAS O PARTICULAR RESPONDER PELO ATO ÍMPROBO. PRECEDENTES.

1. Os particulares que induzam, concorram, ou se beneficiem de improbidade administrativa estão sujeitos aos ditames da Lei nº 8.429/1992, não sendo, portanto, o conceito de sujeito ativo do ato de improbidade restrito aos agentes públicos (inteligência do art. 3º da LIA).

2. Inviável, contudo, o manejo da ação civil de improbidade exclusivamente e apenas contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda.

3. Recursos especiais improvidos. (REsp 1171017/PA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, j. em 25/02/2014, DJe 06/03/2014)

Contudo, cabe ressaltar que no caso de ação proposta pelo Ministério Público, ainda que este possua certa margem de discricionariedade para compor o polo passivo do pleito, poderá o magistrado, no exame de admissibilidade da petição inicial, determinar a inclusão daquele que também entende responsável pelo ato, mesmo que seja um particular.

Caso não seja acatado o pronunciamento pelo *parquet*, o togado poderá acionar o Conselho Superior do Ministério Público, ante a ocorrência de arquivamento implícito.

Por sua vez, ressalva-se, que nada impede eventual ajuizamento de Ação Civil Pública para obter o ressarcimento de prejuízos causados ao patrimônio público, decorrente do ato praticado pelo particular, quando o interessado requerer o aditamento da petição inicial para inclusão de novo réu e este pedido não restar atendido pelo autor da ação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabido é que os atos de improbidade administrativa, por seus efeitos danosos para a coletividade, merecem especial atenção. O constituinte não deixou de fazê-lo, tanto que o texto constitucional prevê, em seu art. 37 *caput*, que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

As previsões constitucionais foram ainda complementadas pela Lei n.º 8.429/92, a Lei da Improbidade Administrativa, a qual dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de ofensa à moralidade administrativa no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional, além de dar outras providências.

Atentando-se para o escopo que orientou a edição da Lei de Improbidade Administrativa, bem como os antecedentes previstos na Constituição Federal, a amplitude conceitual do art. 3º da LIA buscou conferir à norma o exato alcance pretendido na tutela em voga. Nisso se justifica não ser ela aplicável apenas aos servidores públicos mas, sim, a todos que de algum modo atuam como *longa manus* da Administração Pública, induzindo ou concorrendo com o agente na prática do ato ímprobo.

Para a caracterização do ato de improbidade não será apontado qualquer ato meramente ilegal ou irregularidades administrativas em sentido amplo, mas aqueles que afrontem a moral administrativa e a obrigação de lealdade e zelo com a coisa pública, importando ou não lesão ao erário e enriquecimento ilícito.

Desse modo, em consonância com a tese empossada pelo Superior Tribunal de Justiça, não é obrigatório que os particulares sejam litisconsortes passivos necessários da ação de improbidade administrativa ajuizada contra agente público. Isso porque as hipóteses previstas no art. 47 do CPC não preconizam a incidência do ditame para a improbidade administrativa.

Pode-se aferir, portanto, que o litisconsórcio passivo é facultativo, estando ao alvitre do autor a faculdade de acionar os terceiros que induziram ou concorreram para a prática do ato ilegal.

Do contrário, entretanto, não se verifica, pois inadmissível o pleito veiculado exclusivamente contra particular beneficiado, sem a presença simultânea do agente público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

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

_____. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.081.098, do Distrito Federal, de 4 de agosto de 2009. **Lex**: jurisprudência do STJ.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 765.212, do Acre, de 2 de fevereiro de 2010. **Lex**: jurisprudência do STJ.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 759.646, de São Paulo, de 23 de março de 2010. **Lex**: jurisprudência do STJ.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 896.044, do Pará, de 16 de setembro de 2010. **Lex:** jurisprudência do STJ.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.117.017, do Pará, de 25 de fevereiro de 2014. **Lex:** jurisprudência do STJ.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011. fl. 19.

COSTA, José Armando da. **Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

DIDIER JÚNIOR. FREDIE. **Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo de Conhecimento**, 11ª ed., Salvador: JusPodium, 2009.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade Administrativa**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

MARTINS JÚNIOR. Wallace Paiva. **Proibidade Administrativa**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O Limite da Improbidade Administrativa – O Direito dos Administrados dentro da Lei nº 8.429/92**. 2ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Apontamentos sobre a situação jurídica do particular/terceiro na Lei nº 8.429/1992: aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes causais na improbidade administrativa**. Revista Síntese. Direito Administrativo, São Paulo, v. 8, n. 93, p. 59-81, set. 2013

NEIVA, Jose Antônio Lisboa. **Improbidade administrativa: legislação comentada art. por art., doutrina, legislação e jurisprudência**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 11^a ed. Rev. Ampl. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 273.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA. José Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade Administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada**. São Paulo: Atlas, 2010.

NOTAS:

[1] Velar pela estrita observância não significa apenas cumprir, mas também fazer cumprir. É o dever de zelo e obediência aos princípios da Administração Pública, de cuja inobservância resultam as espécies de improbidade editadas pelo art. 11, entre as quais se amolda não apenas a conduta comissiva, mas também o que é mais comum, a omissiva, ou seja, o incumprimento por parte do agente público, dotado de competência administrativa, do dever de buscar a persecução para as penalidades de quem tem ciência em razão de suas funções (PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 50).

[2] Lei n° 8.429, Art. 3º: As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

ASPECTOS GERAIS SOBRE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO SERVIDOR PÚBLICO

CINTHIA STEFFANE BENTO DE OLIVEIRA:

Bacharel em direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT. Pós-graduada em Direito em Direito Público - Docência Ensino Superior pela Faculdade Damásio. Servidora pública federal do Ministério Público da União.

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade abordar relevante tema no que tange ao direito previdenciário e administrativo. Trata-se do regime de Previdência Complementar aplicável aos servidores. Longe de pretender esgotar o emblemático assunto, debruçar-se-á sobre seus aspectos constitucionais e gerais, na tentativa de propiciar um panorama mínimo sobre a temática.

PALAVRAS-CHAVES: Previdência Social. Previdência Complementar. Servidor Público.

1. Introdução

Tentando conter elevado déficit, comumente denominado "rombo na previdência", a Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional 20/1998, passou a permitir que, mediante a instituição de um regime de previdência complementar, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fixem valor máximo para os benefícios de seus servidores titulares de cargo efetivo, correspondente ao valor máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Entre os argumentos utilizados para fundamentar a necessidade de reforma na legislação previdenciária aplicável ao setor público estão os excessivos gastos com o pagamento de pessoal ativo e inativo, os quais representariam fator de insolvência da maioria dos tesouros estaduais e municipais.

Desta feita, dada a grande relevância da ampliação do Regime de Previdência Complementar também aos servidores públicos, faz-se necessário, ainda que de forma perfunctória, conhecer seus principais aspectos.

2. Regimes de Previdência

Atualmente, coexistem no Brasil, 03 (três) grandes espécies de regimes previdenciários: o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) e o Regime de Previdência Complementar.

Em breves linhas, o Regime Geral de Previdência Social tem natureza pública, amplitude nacional, e caráter obrigatório para todas as pessoas que desenvolvam atividade remunerada no setor privado e para servidores públicos submetidos à CLT. Há também a possibilidade de que, facultativamente, qualquer pessoa maior de 16 anos, que não se enquadre em nenhuma das situações de filiação obrigatória e que não seja segurada obrigatória de RPPS, se vincule a este Regime.

A seu turno, o Regime Próprio de Previdência Social aplica-se unicamente a servidores públicos titulares de cargos efetivos, conforme se vê no caput do art. 40 da Constituição Federal.

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

Por fim, há a chamada Previdência Complementar, de natureza privada, contratual e caráter voluntário, é autônoma tanto em relação ao RGPS ou RPPS. É organizado de forma autônoma e tem como finalidade proporcionar benefícios complementares aos oferecidos pelos outros regimes. Será aberta quando disponível a qualquer pessoa física ou jurídica (como as oferecidas pelos Bancos ao público em geral) ou ainda ter caráter fechado, caso seja instituído para benefício exclusivo de funcionários ou associados da instituidora.

Embora haja muitas nuances importantes sobre o tema previdência complementar privada, ater-se-á ao estudo de aspectos gerais sobre o Regime de Previdência Complementar dos servidores públicos.

3. Previdência Complementar dos servidores públicos

As mudanças no Regime Previdenciário aplicável aos servidores públicos - RPPS, embora objeto de anteriores debates, iniciou-se com a Emenda Constitucional 20/98, tendo como norte assemelha-lo ao Regime Geral.

Na ocasião, por meio da inclusão do § 14 do art. 40, passou-se a permitir que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fixassem valor máximo para os benefícios de seus servidores titulares de cargo efetivo, o qual deveria corresponder ao valor máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, desde que instituíssem regime de previdência complementar.

Dito de outra forma, o Texto Constitucional passava a autorizar que os Entes Federativos limitassem o valor do benefício pago a seus servidores, igualando-o ao valor pago pelo RGPS, desde que, instituísse regime de previdência complementar. Enquanto esse regime não fosse instituído, não será possível o emparelhamento dos valores pagos pelo RPPS e RGPS.

Na redação original do § 15 do art. 40, também oriundo da EC 20/98, caberia à Lei Complementar Federal dispor sobre as normas gerais para a instituição do cogitado regime complementar, contudo, houve a alteração posterior do dispositivo pela Emenda Constitucional 41/2003, repassando o encargo a cada ente federado, por lei ordinária de iniciativa do respectivo Poder Executivo.

Vale lembrar que, a reverso da filiação obrigatória ao Regime Próprio dos Servidores Públicos – RPPS, a adesão ao plano de previdência complementar possui caráter facultativo. Nas palavras de Marisa Ferreira dos Santos, “a característica principal da previdência complementar é que o regime tem caráter eminentemente facultativo, ou seja, o ingresso no regime depende de ato de vontade do interessado.”

Reforçando a facultatividade do instituto, os servidores que ingressaram no serviço público antes da instituição do regime de previdência complementar só se submeterão às novas regras se renunciarem ao regime anterior e fizerem expressa opção pela previdência complementar:

Em outras palavras, somente os servidores públicos efetivos federais que ingressarem após a publicação do ato de instituição do correspondente regime

de previdência complementar terão aposentadorias e instituirão pensões limitadas ao teto do RGPS, salvo se algum antigo servidor fizer uma expressa opção pelo regime complementar.

A Constituição Federal impõe que os planos de previdência complementar sejam organizados obrigatoriamente na modalidade contribuição definida. Isso significa que o participante escolherá o quanto pretende contribuir a cada mês e o valor de seu benefício será determinado em função do montante acumulado ao longo do período contributivo. As contribuições são alocadas em uma conta específica, aberta em nome do participante junto à entidade administradora.

Outra característica da previdência complementar dos servidores públicos é que esta deverá ser efetivada por entidades fechadas de natureza pública, na forma prevista pela EC 41/2003. Neste sentido, a Lei n. 12.618/2012 autorizou a criação dos fundos de pensão dos servidores públicos federais, na forma de Fundação, e deu-lhes natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado (art. 4º, § 1º).

Os fundos de pensão dos servidores públicos devem ser financiados pelas contribuições dos patrocinadores, participantes e assistidos, pelos resultados financeiros de suas aplicações e doações e legados de qualquer natureza.

Participante é o servidor titular de cargo efetivo de qualquer dos três Poderes da União, o membro do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União, que, por sua livre opção, se vincula ao plano de benefícios.

Por patrocinador, entenda-se o ente público ou entidade da Administração Indireta que estabelece um plano de benefícios para filiação, oferecido à totalidade de seus empregados ou servidores. No que tange a contribuição do patrocinador, assim dispõe o artigo 202, §3º, da Carta Magna:

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a

do segurado. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Veda-se também que o patrocinador assuma encargos adicionais para o financiamento dos planos de benefícios, além daqueles previstos nos respectivos planos de custeio, cabendo ao patrocinador, participantes e assistidos o custeio da despesa administrativa da entidade de previdência complementar. Por outro lado, permite-se a cessão de pessoal às entidades de previdência complementar que patrocinam, desde que ressarcidos os custos correspondentes.

Para definição da base de cálculo das contribuições do patrocinador e do participante será considerado apenas a parcela da base de contribuição que exceder o limite máximo do RGPS.

No que tange à alíquota, a Lei 12.618/2012 possibilita que o servidor federal participante definida anualmente a alíquota aplicável à sua contribuição. Para o patrocinador, a norma supra prevê alíquota idêntica à praticada pelo participante, limitada a 8,5%.

O plano de benefícios da previdência complementar pública deve contemplar o benefício programado e benefícios não programados. Por benefício programado entende-se a complementação da aposentadoria do servidor. Por sua vez, os benefícios não programados, devem assegurar, ao menos, coberturas para os eventos invalidez e morte, sem prejuízo de outros.

3. Conclusão

Dada a maestria didática, conclui-se a presente exposição transcrevendo os principais aspectos da previdência complementar dos servidores públicos, tais como apresentados pela Mestre Danae Dal Bianco^[1]:

- a) instituição por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo;
- b) administração por EFPC de natureza pública;
- c) oferecimento de planos de benefícios exclusivamente na modalidade contribuição definida;
- d) obediência ao art. 202 da CF, que por sua vez determina:
- e) autonomia em relação ao regime compulsório de previdência (no caso, o RPPS);
- f) facultatividade;

- g) existência de reservas para garantia dos benefícios;
- h) relação de natureza contratual;
- i) observância das LC n. 108/01 e 109/01;
- j) pleno acesso pelos participantes às informações relativas à gestão dos planos de que participem;
- k) as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes;
- l) o ente público só pode aportar recursos à entidade de previdência da qual é patrocinador, e somente nesta condição;
- m) a contribuição normal ao plano de previdência do ente público não pode ser superior à do participante;
- n) o teto de benefícios do RGPS será automaticamente aplicado a todos os servidores que ingressarem no serviço público após a publicação do ato que instituir a previdência complementar;
- o) os servidores admitidos no serviço público antes da publicação do ato de instituição da previdência complementar somente se vincularão a esse novo sistema mediante opção prévia e expressa.

REFERÊNCIAS:

AGUIAR, Leonardo Augusto de Almeida. Direito Previdenciário: Curso Completo. 1. ed. Juiz de Fora/MG: Instituto Lydio Machado, 2017.

AMADO, Frederico. Direito Previdenciário. Coleção sinopse para concursos. 7ª ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2018.

BARROS, Allan Luiz Oliveira. A facultatividade na filiação ao regime de previdência complementar. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 24 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.46447&seo=1>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

DAL BIANCO, Dânae. Resumo de direito previdenciário de servidores públicos. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 2016.

LEITÃO, André Studart. Manual de Direito Previdenciário. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito previdenciário esquematizado / Marisa Ferreira dos Santos; coord. Pedro Lenza. – 3. edição – São Paulo : Saraiva, 2013.

NOTA:

[1] DAL BIANCO, Dânae. Resumo de direito previdenciário de servidores públicos. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 2016 (versão ebook), págs. 76 e 77.

DAS DIVERSAS FORMAS DE FAMÍLIA

SILMARA MARCELA DA SILVA ARAÚJO:

Curso de Graduação em Direito da
Universidade Brasil, Campus Fernandópolis.

THALITA TOFFOLI PÁEZ

(orientadora)

RESUMO: No Brasil, embora vigore o civil law, muito se sabe que os costumes gerais são fontes normativas, bem como suprem a ausência de lei quando da atuação no caso concreto, nos termos da LINDB. Nesse sentido, com a atual ampliação das formas de relações interpessoais, houve flexibilização no direito quanto ao conceito de família, instituto que ainda se correlaciona diretamente à guarda, tutela e adoção, não obstante tais institutos representem na prática a dinamização dos conceitos de família e, sobretudo, respeitarem o princípio da dignidade da pessoa humana, em seu mais amplo escopo de bem comum, do qual se subtrai todas as formas de amor. Assim sendo, o presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo apresentar as peculiaridades no tocante às diversas formas de família, incluindo à guarda, tutela e adoção, inclusive com comparações em relação a outros países, demonstrando a importância da atuação de grupos que lutam pelas minorias para o alcance de facetas de tal relevância.

Palavras-chave: Adoção. Costumes. Família. Guarda. Tutela.

ABSTRACT: In Brazil, although the civil law is in force, it is widely known that general customs are normative sources, as well as providing for the absence of a law when acting in the concrete case, according to LINDB. In this sense, with the current expansion of the forms of interpersonal relations, there was flexibility in the law regarding the concept of family, an institute that still directly correlates to custody, guardianship and adoption, although these institutes represent in practice the dynamization of the concepts of family and above all, to respect the principle of the dignity of the human person in its widest scope of common good, from which all forms of love are subtracted. Thus, the present work of course completion aims to present the peculiarities regarding the various forms of family,

including custody, guardianship and adoption, including comparisons with other countries, demonstrating the importance of the work of groups that struggle minorities to reach such facets.

Key-works: Adoption. Family. Guard. Guardianship. Mores.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. DESENVOLVIMENTO; 2.1 da família natural; 2.1.1 família extensa; 2.1.2 família substituta; 2.1.2.1 guarda prevista no art. 33 do Eca; 2.1.2.2 tutela; 2.1.2.3 adoção; 2.2 adoção por casais homoafetivos; 2.3 adoção póstuma; 2.4 da família monoparental; 2.5 do casamento homoafetivo; 2.6 do casamento entre mais de duas pessoas; 2.7 do reconhecimento da união estável como família; 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 4. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, em que pese parte da população ainda pensar de forma preconceituosa, é certo que com o passar dos tempos, houve grande flexibilização quanto ao conceito de família, de modo que atualmente, além da extinção da ideia de família como pai, mãe e filhos, ainda houve a concretização jurisprudencial quanto à existência da família natural, família extensa e família substituta.

Não obstante, a última representa a guarda, tutela e adoção, que são formas práticas por meio das quais um indivíduo consegue sentir-se amado e protegido, bem como exercer o direito à família, já consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Humanos. Inclusive tal Declaração o trouxe como princípio, sem pormenorizar e/ou restringir às formas de família, tratando-se de conceito jurídico abstrato, que como não teve regulamentação normativa o especificando, pode ser suprido pelos costumes gerais,

Atualmente os costumes recomendam que, mesmo uma única pessoa, um casal homoafetivo, dois homens e uma mulher, um homem e duas mulheres, uma mãe viúva com seu filho, um pai solteiro com uma filha, um tio com o sobrinho, além de outros podem ser tidos por família, gozando do mesmo respaldo jurídico que tem as consideradas famílias tradicionais.

Nesse mesmo sentido, hoje, um filho adotado ou gerado de forma artificial não tem mais ou menos direitos em relação aos filhos biológicos, inclusive em relação aos direitos sucessórios e alimentares.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. DA FAMÍLIA NATURAL

Família natural é aquela proveniente da origem biológica do indivíduo, de modo que goza de preferência em relação as outras espécies de família e, em regra, é a considerada família tradicional, com pai, mãe, filhos e filhas. Sobre tal conceito de família, vale ressaltar a extinção da ideia de "pátrio poder", segundo o qual o pai era considerado o chefe da família, detentor de todas as decisões incidentes no núcleo familiar, tendo a mulher apenas a atribuição de cuidar dos filhos, da casa e do marido. Hoje, não há mais de se falar em "pátrio poder", mas sim em poder familiar, uma vez que a lei atribui a ambos os cônjuges, independente do sexo ou orientação sexual o dever de, conjuntamente, zelar pelos filhos e pela casa. Nesse sentido, em 2012, segundo pesquisas realizadas pelo G1, 37,3 % das famílias eram chefiadas por mulheres, porcentagem essa que já deve beirar 50% (G1, 2012).

2.1.1. FAMÍLIA EXTENSA

Segundo a doutrina, família extensa é aquela que se perfaz entre o indivíduo e seus familiares próximos, desde que haja convivência contínua e afinidade, a exemplo do tio que coabita com o sobrinho. No que diz respeito aos menores, é preferencial em relação à colocação em família substituta. Cita-se a importância da espécie de família supra com base em alguns precedentes do STJ, como o infra mencionado:

Jurisprudência selecionada do STJ:

Família extensa ou ampliada. Melhor interesse da criança. "Tia tudo de bom."

DIREITO CIVIL. CRIANÇA E ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR QUE SE ENCONTRA NA "POSSE DE FATO" DE TERCEIROS. MANUTENÇÃO DA CRIANÇA NO SEIO DA FAMÍLIA AMPLIADA.

1. Ação cautelar de busca e apreensão de menor, distribuída em 01/09/2010, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 10/10/2011.

2. Discute-se a busca e apreensão do menor, determinada para que a criança permaneça sob os cuidados da tia materna, enquanto pendente ação de guarda ajuizada por terceiros que detinham a sua "posse de fato".

3. Quando se discute a guarda de menor, não são os direitos dos pais ou de terceiros, no sentido de terem para si a criança, que devem ser observados; é a criança, como sujeito - e não objeto - de direitos, que deve ter assegurada a garantia de ser cuidada pelos pais ou, quando esses não oferecem condições para tanto, por parentes próximos, com os quais conviva e mantenha vínculos de afinidade e afetividade.

4. Em regra, apenas na impossibilidade de manutenção da criança no seio de sua família, natural ou ampliada, é que será cogitada a colocação em família substituta, ou, em última análise, em programa de acolhimento institucional.

5. Recurso especial conhecido e desprovido [...]

2.1.2. FAMÍLIA SUBSTITUTA

A colocação de uma criança em família substituta relata a possibilidade de um menor abandonado e/ou rejeitado encontrar amparo psicológico, econômico, cultural e social, ter uma base estrutural, bem como exercer seu direito de família, previsto da Declaração Universal de Direitos Humanos.

A colocação em família substituta pode se dar de três formas, quais sejam: guarda, tutela e adoção.

2.2. GUARDA

A guarda não é definitiva, de modo que, mudando as circunstâncias fáticas, poderá haver decisão judicial alterando a condição do menor em relação a seu guardião. Ela serve tão somente para regularizar situação de fato e pode ocorrer de forma incidental, no curso do processo de adoção ou de forma autônoma. A

guarda também serve para regularizar alguma situação peculiar ou falta eventual, a exemplo de uma viagem dos genitores.

2.3. TUTELA

A tutela, que é instituto direcionado aos menores, exige a guarda e além de criar e dirigir o tutelado, o tutor deve dirigir o patrimônio daquele. Há ainda a figura do tutor testamentário, que é aquele nomeado em testamento para ser tutor de outrem.

2.4. ADOÇÃO

A adoção é espécie de colocação em família substituta e não há qualquer distinção entre os filhos adotados e biológicos. É vedada a adoção de ascendentes e irmãos para que não haja confusão patrimonial, todavia, tal regra já fora excepcionada tendo em vista a dignidade da pessoa humana, bem como o melhor interesse e a doutrina da proteção integral do menor, de modo que já houve, por exemplo, adoção de avô em relação ao neto sempre criado por aquele. Só podem adotar os maiores de 18 anos que tenham diferença de 16 anos em relação ao adotado, de modo que se entende poder haver adoção de maiores, desde que o adotante seja 18 anos mais velho do que o adotado.

A adoção por pessoa solteira é perfeitamente possível, tendo em vista a modernização no conceito de família, que prescinde a existência de um pai e uma mãe.

A adoção mais comum é a realizada por duas pessoas, seja um casal homoafetivo ou heterossexual, não havendo qualquer distinção jurídica, desde que haja casamento ou união estável, estabilidade familiar e econômica. Embora de pouca ocorrência prática, é perfeitamente possível que um casal dê início ao processo de adoção e no curso deste, se separem, hipótese em que será possível a adoção conjunta, desde que a convivência com o adotado já tenha se iniciado e haja acordo em relação à guarda, seja unilateral ou compartilhada, visita, além da necessidade de haver vínculo afetivo entre o adotado e o adotante não detentor da guarda.

O tutor somente poderá adotar o tutelado se não tiver débitos pendentes com aquele, de modo que exige-se a prestação de contas.

O anterior registro do adotado será cancelado e dele não se expede certidão, pois é expedido novo registro, que nada discriminará acerca da adoção.

Em relação à alteração de prenome, a criança será ouvida, mas seu consentimento é prescindível, enquanto o adolescente deve ser ouvido, ante a obrigatoriedade de sua concordância.

A adoção jamais será revogada e na hipótese de óbito dos pais adotivos, em hipótese alguma haverá retorno do poder familiar aos pais biológicos.

Os filhos adotivos terão os mesmos direitos e deveres dos naturais e a adoção rompe todos os vínculos com a família originária, permanecendo tão somente os impedimentos do casamento, previstos expressamente no artigo 1521 do Código Civil.

A adoção depende do consentimento dos pais biológicos ou de destituição do poder familiar, por meio de decisão judicial transitada em julgado.

Para a efetivação da adoção, a anuência do adolescente é requisito indispensável, enquanto o parecer da criança não vincula o magistrado, que poderá decidir de modo contrário ao desejo da criança, de acordo com o caso concreto.

A adoção póstuma é aquela em que o adotante falece no curso do processo de adoção, já tendo mostrado inequívoco interesse na adoção. Os efeitos de referida adoção retroagirão à data da morte do suposto adotante, viabilizando que o adotado tenha direitos sucessórios em relação à herança do de cujus.

A sentença que concede a adoção, em regra, é constitutiva e produz efeitos práticos apenas com o trânsito em julgado da sentença procedente.

O cadastro prévio de adoção é espécie de habilitação pela qual o adotante passa e aguarda sua vez na fila. Tal requisito é dispensável quando houver adoção unilateral ou de familiares próximos, bem como quando feita por quem já tenha a guarda ou tutela do adotado há mais de três anos, desde que tenha vínculo afetivo com o sujeito, mas em qualquer hipótese será realizada avaliação psicossocial.

A adoção *intuitu personae* ou à pessoa determinada também é possível, com prévia análise.

A adoção unilateral é a realizada pelo cônjuge/companheiro em relação ao filho do outro cônjuge/companheiro e nessa hipótese o adotado não perderá os vínculos em relação a seu genitor, cônjuge do adotante.

A adoção internacional é possível, desde que não seja possível a nacional e considera-se adoção internacional aquela realizada por sujeito que reside em outro país, independentemente de sua nacionalidade.

O estágio de convivência também é requisito obrigatório, em regra, pois somente será dispensado quando o adotante já exerce a guarda do adotado. Todavia, exige-se à guarda legal, formalizada por Termo de Guarda, de modo que a guarda de fato não dispensa a convivência.

2.4.1. ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS

A adoção por casais homoafetivos já foi muito debatida, todavia, hoje o entendimento é pacífico no sentido de sua possibilidade, a exemplo do acórdão infra:

TJ-PR - Apelação Cível AC 5824999 PR 0582499-9 (TJ-PR)

Data de publicação: 17/03/2010

Ementa: apelação cível. Habilitação para adoção. Casal homoafetivo. Preliminar de ilegitimidade ativa afastada. Possibilidade do reconhecimento de uniões homoafetivas como entidades familiares. Ausência de vedação legal. Atribuição por analogia de normatividade semelhante à união estável prevista na CF/88 e no CC/02. Habilitação em conjunto de casal homoafetivo. Possibilidade, desde que atendidos aos demais requisitos previstos em lei. Impossibilidade de limitação de idade e sexo do adotando. Ausência de previsão legal. Não-demonstração de prejuízo. Melhor interesse do adotando que deve ser analisado durante o estágio de convivência no processo de adoção, e não na habilitação dos pretendentes. Apelação provida. Recurso adesivo prejudicado.

Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/26735938/adocao-por-casal-homoafetivo/jurisprudencia>.

2.4.2. ADOÇÃO PÓSTUMA

A adoção póstuma é possível no Brasil, desde que o adotante faleça no curso do processo de adoção, no qual já havia demonstrado inequívoco interesse na concretização da mesma, conforme jurisprudência do STJ que segue:

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1217415 RS 2010/0184476-0 (STJ)

Data de publicação: 28/06/2012

Ementa: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO PÓSTUMA. VALIDADE. ADOÇÃO CONJUNTA. PRESSUPOSTOS. FAMÍLIA ANAPARENTAL. POSSIBILIDADE.

Ação anulatória de adoção post mortem, ajuizada pela União, que tem por escopo principal sustar o pagamento de benefícios previdenciários ao adotado - maior interdito -, na qual aponta a inviabilidade da adoção post mortem sem a demonstração cabal de que o de cujus desejava adotar e, também, a impossibilidade de ser deferido pedido de adoção conjunta a dois irmãos. A redação do art. 42, § 5º, da Lei 8.069 /90 - ECA -, renumerado como § 6º pela Lei 12.010 /2009, que é um dos dispositivos de lei tidos como violados no recurso especial, alberga a possibilidade de se ocorrer a adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar. Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam afiliação sócio afetiva: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. O art. 42, § 2º, do ECA, que trata da adoção conjunta, buscou assegurar ao adotando a inserção em um núcleo familiar no qual pudesse desenvolver relações de afeto, aprender e apreender valores sociais, receber e dar amparo nas horas de dificuldades, entre outras necessidades materiais e imateriais supridas pela família que, nas suas diversas acepções, ainda constitui a base de nossa sociedade. A existência de núcleo familiar estável e a conseqüente rede de proteção social que podem gerar para o adotando, são os fins colimados pela norma e, sob esse prisma, o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas. Restringindo a lei, porém, a adoção conjunta aos que,

casados civilmente ou que mantenham união estável, comprovem...

Disponível em:
<<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/314566/adocao-postuma/jurisprudencia>>.

2.5. DA FAMÍLIA MONOPARENTAL

O conceito de família não é discriminado pelo sistema normativo brasileiro, de modo que, sob a perspectiva social, cultural e histórica este fora se adaptando ao contexto social. Nas décadas passadas, o casamento era praticamente obrigatório, de modo que o conceito de família era visto sob a ótica de duas pessoas se unindo para convívio conjunto diário, o que se confirmava com a vinda dos filhos. Todavia, hoje, o número de pessoas solteiras vem crescendo em larga escala, motivo pelo qual o Direito passou a reconhecer uma única pessoa que vive sozinha com seus descendentes, seja viúva, divorciada ou mesmo solteira, como família, a conferindo o exercício de um dos direitos consignados na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Não obstante, trata-se de ampliação sistemática do artigo 226, parágrafo 4 da CF.

2.6. DO CASAMENTO HOMOAFETIVO

A resolução Nº 175, de 14 de maio de 2013 permitiu expressamente a celebração de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua vez, tem admitido a hipótese da pensão por morte devida a companheiros de mesmo sexo na constância união homoafetiva:

PREVIDÊNCIA SOCIAL

Pensão. – A pensão por morte é devida a companheiros de mesmo sexo na constância da união homoafetiva em face do princípio constitucional da igualdade (art. 5º, caput, I, CF). – O benefício da pensão por morte deve corresponder à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido. – Inteligência do art. 40, § 5º, CF. 2. Os juros de mora incidem a partir da citação (art. 405 CC e art. 219 CPC) à

razão de 6º ao ano, pois se trata de verba de caráter remuneratório (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97. – Precedentes do STF. – Sentença reformada. – Recurso provido.

Ap. Cível. 726.939.5/7-00. Apelante: Antônio de Pádua Carneiro. Apelado: IPESP. Rel. Rebouças de Carvalho. Julgamento: 17.12.2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12409/a-uniao-homoafetiva-na-jurisprudencia>>.

2.7. DO CASAMENTO ENTRE MAIS DE DUAS PESSOAS

No município paulista de Tupã, segundo o site G1 em agosto de 2012, foi lavrada a primeira escritura pública de união poliafetiva, entre duas mulheres e um homem, na qual restou consignado:

Os declarantes, diante da lacuna legal no reconhecimento desse modelo de união afetiva múltipla e simultânea, intentam estabelecer as regras para garantia de seus direitos e deveres, pretendendo vê-las reconhecidas e respeitadas social, econômica e juridicamente, em caso de questionamentos ou litígios surgidos entre si ou com terceiros, tendo por base os princípios constitucionais da liberdade, dignidade e igualdade.

No STF, em voto do Min. Celso de Mello (2011, p. 296-297), está dito ser “arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual”. E completa:

Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge dos quadros das liberdades públicas, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integram a comunhão nacional.

Esta Suprema Corte, ao proferir referido julgamento, viabilizou a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática, tornando efetivo, assim, o princípio da igualdade, assegurando respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, conferindo primazia à dignidade da pessoa humana, rompendo paradigmas históricos, culturais e sociais e removendo obstáculos que, até então, inviabilizaram a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório

O reconhecimento da possibilidade de casamento poligâmico representa o respeito à igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana, razoabilidade e proporcionalidade e, por fim, intimidade e vida privada.

2.8. DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL COMO FAMÍLIA

O parágrafo terceiro do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 reconheceu à união estável o status de família, de modo que é pacífico o entendimento que não há qualquer diferença entre cônjuges e companheiros, tendo estes os mesmos direitos e deveres. Para que seja reconhecida uma união estável, faz-se necessária a incidência de alguns requisitos, quais sejam: convivência pública e duradoura com o intuito de constituir família. A lei não determina qual é o tempo necessário para que se reconheça uma união estável e tal reconhecimento prescinde da existência de filhos.

Muito comum, na atualidade, a elaboração de contrato de namoro, que visa o não reconhecimento da relação como união estável, todavia, o contrato supra, por si só, não impede que haja uma união estável.

Havia imenso preconceito no tocante às uniões estáveis, de modo que, não era a mesma equiparada ao casamento para todos os fins de direito, o que hoje já ocorre, em respeito ao Estado Democrático de Direito, que tutela o bem social, bem como à dignidade da pessoa humana.

Desta feita, no ano de 2017, o STJ divulgou 16 teses sobre a temática, as quais evidenciam à equiparação entre união estável e casamento civil (CONJUR, 2016): A primeira diz respeito a distinção entre os princípios legais que regem a sucessão e a partilha: a sucessão é disciplinada pela lei em vigor na data do óbito, enquanto a partilha deve observar o regime de bens e o ordenamento jurídico vigente ao tempo da aquisição de cada bem a partilhar. A segunda diz que coabitação é elemento acessório e, portanto, prescindível à caracterização da união estável. A terceira é atinente à competência da vara de família para apreciar e julgar pedido de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva. A tese de número 4 diz não ser possível o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. A de número 5 aduz que a existência de casamento válido não impede o reconhecimento da união estável, desde que haja separação de fato ou judicial entre os casados. A sexta tese dispõe aduz que na união estável de pessoa maior de setenta anos (artigo 1.641, II, do CC/02), assim como no casamento dessas pessoas, impõe-se o regime da separação obrigatória, sendo possível a partilha de bens adquiridos na constância da relação, desde que comprovado o

esforço comum. A sétima tese confirma ainda mais a igualdade entre casamento e união estável ao dispor que são comunicáveis os bens particulares adquiridos anteriormente à união estável ou ao casamento sob o regime de comunhão parcial, ainda que a transcrição no registro imobiliário ocorra na constância da relação. A tese de número 8 dispõe que o companheiro sobrevivente tem direito real de habitação sobre o imóvel no qual convivia com o falecido, ainda que silente o art. 1.831 do atual Código Civil. A nona tese demonstra autonomia do direito real de habitação em detrimento ao reconhecimento formal de união estável ao impor que o direito real de habitação poder ser invocado em demanda possessória pelo companheiro sobrevivente, ainda que não se tenha buscado em ação declaratória própria o reconhecimento de união estável. A décima tese diz não subsistir o direito real de habitação se houver copropriedade sobre o imóvel antes da abertura da sucessão ou se, àquele tempo, o falecido era tão somente usufrutuário do bem. A décima primeira tese diz que a valorização patrimonial dos imóveis ou das cotas sociais de sociedade limitada, adquiridos antes do início do período de convivência, não se comunica, pois não decorre do esforço comum dos companheiros, mas de mero fator econômico. A tese de número 12 aduz que a incomunicabilidade do produto dos bens adquiridos anteriormente ao início da união estável (art. 5º, § 1º, da Lei n. 9.278/96) não afeta a comunicabilidade dos frutos, conforme previsão do art. 1.660, V, do Código Civil de 2002. A tese de número 13 dispõe que, uma vez comprovada a existência de união homoafetiva, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento. A décima quarta tese diz que é impossível se pleitear indenização por serviços domésticos prestados com o fim do casamento ou da união estável, tampouco com o cessar do concubinato, sob pena de se cometer grave discriminação frente ao casamento, que tem primazia constitucional de tratamento. A penúltima tese impõe que compete à Justiça Federal analisar, incidentalmente e como prejudicial de mérito, o reconhecimento da união estável nas hipóteses em que se pleiteia a concessão de benefício previdenciário. Por fim, o STJ diz que a presunção legal de esforço comum quanto aos bens adquiridos onerosamente prevista no art. 5º da Lei 9.278/1996, não se aplica à partilha do patrimônio formado pelos conviventes antes da vigência da referida legislação.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, o direito não é dogmático, de modo que é sempre passível de alteração, conforme o contexto social seja alterado. Nesse sentido, embora no

Brasil vigore o civil law, o common law é fonte normativa e justamente por isso, por meio de interpretação conforme os princípios constitucionais, hoje, além da família natural, temos ainda a família extensa e a substituta reconhecidas legalmente, não obstante o reconhecimento da família monoparental, casamento homoafetivo, união estável nos moldes do casamento civil e outros.

Portanto, pode se dizer que o neoconstitucionalismo e o pós positivismo trouxeram a força normativa dos princípios, motivo pelo qual institutos como os ora estudados no presente artigo, podem ser tidos como reflexos da dignidade da pessoa humana, princípio consagrado na atual Constituição Federal, denominada Constituição Cidadã. Não obstante, os regramentos aqui tratados gozam de caráter supranacional, haja vista o fato da previsão do direito de família na Declaração Universal dos Direitos Humanos, cártula base da dignidade e diversidade humana.

4. REFERÊNCIAS

Blog Prof. Celito de Bona. **Jurisprudência selecionada do STJ:** Família extensa ou ampliada. Melhor interesse da criança. "Tia tudo de bom." Disponível em: < <http://celitodebona.blogspot.com/2013/11/jurisprudencia-selecionada-do-stj.html> >. Acesso em: jan/2019.

CONJUR. STJ divulga 16 teses consolidadas no tribunal sobre união estável. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-12/stj-divulga-16-teses-consolidadas-tribunal-uniao-estavel>>. 2016. Acesso em fev/2019.

G1. Famílias chefiadas por mulheres são 37,3% do total no país, aponta IBGE. Disponível em: < <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/10/familias-chefiadas-por-mulheres-sao-373-do-total-no-pais-aponta-ibge.html> >. 2012. Acesso em: fev/2019.

Jusbrasil. **Adoção por casal homoafetivo.** Jurisprudência. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/26735938/adocao-por-casal-homoafetivo/jurisprudencia> >. Acesso em: jan/2019.

Jusbrasil. **Adoção Póstuma.** Jurisprudência. Disponível em:
< <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/314566/adocao-postuma/jurisprudencia> >. Acesso em fev/2019.

NEIVA, G. A. Jus.com.br. **A união homoafetiva na jurisprudência.** Disponível em:
< <https://jus.com.br/artigos/12409/a-uniao-homoafetiva-na-jurisprudencia> >.
Acesso em fev/2019.