

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 906

(Ano XI)
(18/05/2019)

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



13/05/2019 Carlos Eduardo Rios do Amaral

» [Da inconstitucionalidade do Art. 4º do PLC 16/2019 \(Estado do Espírito Santo\) que prevê hipótese de responsabilidade civil médica.....](#)06

ARTIGOS

17/05/2019 Bruna Marcela Nobrega Barbosa Lima

» [A interceptação telefônica à luz da doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....](#)08

17/05/2019 Elaine Sabrina Moreira Schuwarten

» [A realidade do sistema de execução penal brasileiro.....](#)27

17/05/2019 Nuncio Amadeu Prado Petrella

» [Dependentes químicos \(usuários de drogas\) a luz da legislação brasileira. Lei 11.343/06.....](#)39

17/05/2019 Dayane Cristina Fávaro

» [Os reflexos das falsas memórias na prova testemunhal.....](#)61

17/05/2019 Rafaela Cristina Longo

» [Feminicídio: números deste crime conforme o mapa da violência de 2018.....](#)80

17/05/2019 Junio Cesar Sato Facio

» [Estado e educação: os interesses da não inserção do direito constitucional na grade curricular do ensino médio.....](#)94

16/05/2019 Bruna Marcela Nobrega Barbosa Lima

» [Concurso de pessoas: breves apontamentos doutrinários.....](#)111

16/05/2019 Elaine Sabrina Moreira Schuwarten

» A família na legislação brasileira	128
16/05/2019 Carolina dos Pilares da Mota Azevedo	
» Tutelas Provisórias de Urgência e de Evidência na Arbitragem	138
16/05/2019 Heitor José Fidelis Almeida de Souza	
» É possível utilizar o saldo FGTS para quitar ou amortizar financiamentos habitacionais contratados fora do SFH?	165
16/05/2019 Ana Luiza Fontoura Reis	
» A crise da segurança pública e sua relação direta com o sistema carcerário brasileiro	172
16/05/2019 Fernanda Silveira Mourão Araújo	
» A perda de uma chance: análise da aplicabilidade da teoria em relação à falha na prestação de serviços advocatícios	191
16/05/2019 Melissa Dias Santana da Silva	
» Dificuldade em se provar alienação parental	212
15/05/2019 Ana Clara Brito de Sousa Maranhão	
» A dignidade dos animais domésticos na legislação brasileira	228
15/05/2019 Robson Jhony Lopes	
» Aposentadoria por idade e por tempo de contribuição: uma análise sob a perspectivas aplicado aos transgêneros e transsexuais	249
15/05/2019 Adriano Lorieri Ribeiro Furtado	
» Função social e ambiental da empresa	269
15/05/2019 João Alexandre Targino da Rocha	
» Direito penal do inimigo e o ordenamento jurídico brasileiro: especificidades sobre a sua (in) viabilidade	282
15/05/2019 Isabela Alves Mascarenhas	
» A violação de princípios tributário-constitucionais acerca da majoração do IPTU do município de Palmas-TO para o ano de 2018	326

15/05/2019 Mateus Cavenaghi	
» Retratação na Lei Maria da Penha - a impunidade do agressor	338
14/05/2019 Francisco Mendes Chaves Neto	
» A proteção dos direitos dos refugiados ambientais no ordenamento jurídico brasileiro	364
14/05/2019 Kayo Ribeiro Angelino	
» A responsabilidade civil do Estado ante a morosidade da prestação jurisdicional	381
14/05/2019 Leandro Brito da Silva	
» Análise crítica acerca da lei do feminicídio como instrumento de enfrentamento à violência contra a mulher no Brasil	407
14/05/2019 Anderson Ferreira de Lima	
» A prescrição nas ações de ressarcimento ao erário por improbidade administrativa: um cotejo jurisprudencial, doutrinário e principiológico	431
14/05/2019 Wilmar Borges Leal Junior	
» Epítomes principiológicas relativas à seguridade social e previdência	449
14/05/2019 Tainara de Fátima Gasparini	
» A inconstitucionalidade da vedação à escolha de regime de bens para maiores de 70 anos	460
13/05/2019 Isabela Nóbrega Diniz Valença	
» Ação de interdição: natureza jurídica da atuação do Ministério Público no processo e necessidade de nomeação de Curador Especial à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça	477
13/05/2019 Gustavo Limeira Barbosa	
» Contraditório e ampla defesa no processo administrativo trabalhista público	493
13/05/2019 Thomaz Daniel de Oliveira	

» Uma análise sobre o Ceratocone diante da legislação sobre deficiência visual	508
13/05/2019 Lanna Gabriela Bruning Simoni	
» Aplicação material da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro	528
13/05/2019 Franciele Rocha de Souza	
» Estupro marital: conjunção carnal forçada	569
13/05/2019 Gabriela Rietjens	
» Abandono afetivo inverso: responsabilidade civil dos filhos para com os pais	589

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º DO PLC 16/2019 (ESTADO DO ESPÍRITO SANTO) QUE PREVÊ HIPÓTESE DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:
Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

O Senhor Governador do Estado do Espírito Santo encaminhou à Assembleia Legislativa o Projeto de Lei Complementar nº 16, de 2019, disciplinando os procedimentos a serem adotados pelos Médicos vinculados ao Sistema Único de Saúde – SUS no âmbito do Estado, na prescrição de medicamentos e na solicitação de exames, procedimentos de saúde e internações compulsórias que serão prestados pela Secretaria de Estado da Saúde – SESA.

Em apertada síntese, o PLC 16/2019 exigirá do Médico vinculado à SESA que no caso de prescrição de medicamentos, fórmulas nutricionais, exames ou procedimentos de saúde diversos dos disponíveis das listas padronizadas estabelecidas pelo SUS, este profissional deverá apresentar justificativa técnica da inadequação ou ineficiência do tratamento de saúde padronizado para o caso concreto.

Acontece que o PLC 16/2019 em seu Art. 4º reza que o descumprimento deste comando pelo Médico importará na sua responsabilização civil “acerca dos gastos públicos realizados em desacordo com as normas estabelecidas neste instrumento”, ensejando ainda o seu descredenciamento dos serviços.

Destarte o projeto de lei complementar capixaba a pretexto de “reduzir a judicialização na saúde” cria verdadeira hipótese de responsabilidade civil objetiva do Médico invadindo matéria de competência privativa da União (Direito Civil). E o que é pior, o PLC capixaba responsabiliza objetivamente o Médico pelo êxito de sua prescrição, acolhida pelo Poder Judiciário, para salvaguarda do direito à vida e saúde do paciente (!).

Noutras palavras, o Médico que prescrever determinado medicamento diverso do disponível da lista padronizada do SUS, como, p. ex., o Canabidiol para tratamento de epilepsia severa, acaso o paciente obtenha vitória na Justiça para aquisição deste medicamento, o profissional de saúde que colaborou para a manutenção de sua qualidade de vida subscrevendo o laudo médico poderá vir a

ser civilmente responsabilizado pelo Estado. O PLC 16/2019 pune a fonte da prova processual que determinou o acolhimento integral da demanda pelo Poder Judiciário.

Outra incongruência do PLC 16/2019 é que se o laudo for subscrito por Médico da rede privada da saúde, vindo o paciente obter vitória na Justiça contra o Poder Público, não ocorrerá hipótese de responsabilização civil, pois seu Art. 4º apenas aplicar-se-ia aos Médicos vinculados à SESA (Art. 1º).

Ora, o PLC 16/2019 ao criar hipótese de responsabilização civil do Médico acaba por invadir a competência privativa da União para legislar sobre o Direito Civil, nos termos do Art. 22, Inciso I, da Constituição Federal de 1988.

A responsabilidade civil do Médico constitui tema especialíssimo no plano legal, não podendo jamais se divorciar do conceito tradicional de culpa, no intuito de se qualificar a conduta do Médico como objetivamente lesiva e apta a gerar a obrigação de indenizar a quem quer que seja.

Razão pela qual o Art. 4º do PLC 16/2019 ao estabelecer hipótese de responsabilidade civil médica legisla às escâncaras sobre Direito Civil, padecendo, assim, do vício de inconstitucionalidade formal por ofensa ao Art. 22, Inciso I, da CF/88, que consigna ser competência exclusiva da União legislar acerca desta matéria.

A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA À LUZ DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

BRUNA MARCELA NOBREGA BARBOSA LIMA:

Bacharela em Direito. Pós-Graduada em Direito Tributário e Processo Tributário. Ex-Assessora de Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Paraíba, com ênfase de atuação em processos criminais.

RESUMO: A interceptação telefônica é um **importante instrumento de investigação e busca da verdade**, tratando-se de meio de obtenção de prova, cujo procedimento encontra-se na Lei 9.296/96. Tal norma regulamentou o artigo 5º, inciso XIII da CF/99, norma constitucional de eficácia limitada, que relativiza o direito à intimidade, permitindo a interceptação das comunicações telefônicas para fins de elucidação de infrações penais. Após vinte anos da existência da referida norma legislativa, inúmeros questionamentos foram realizados na esfera judicial, com o escopo de uniformizar a interpretação da Lei 9.296/96. Em recente publicação, o Superior Tribunal de Justiça fixou dez teses, que consolidaram o posicionamento jurisprudencial a respeito do aludido diploma normativo.

Palavras-chave: Interceptação telefônica; Teses Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. – Interceptação Telefônica: definições, requisitos e limites - 3 Principais julgados do tema no Superior Tribunal de Justiça - 4. – Considerações Finais – 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O processo penal é instrumento imprescindível de controle e limitação do *jus puniendi* estatal, impedindo que, em casos concretos, sejam infringidos direitos fundamentais garantidos pelo Estado Democrático de Direito.

Logo, o estudo das atividades probatórias é de suma importância, pois permite uma busca da verdade real orientada pelos princípios e normais processuais, assegurando a observância das garantias constitucionais.

Nesse sentido, o Código de Processo Penal (CPP), a partir do Título VII, estabeleceu um conjunto de regras acerca da produção probatória na esfera do processo criminal, disciplinando determinados meios de prova, ou seja, elementos coligidos no processo com o fim de orientar o juiz na busca da verdade dos fatos.

Todavia, o rol elencado no diploma processual penal é meramente exemplificativo, sobretudo em razão de ainda se encontrar desatualizado, ensejando, por conseguinte, esforço interpretativo, notadamente pelos avanços tecnológicos.

Assim, com o escopo de auxiliar no convencimento do juiz quanto à veracidade das alegações trazidas ao processo, existem outros meios de prova que não se encontram elencados no CPP, como a interceptação das comunicações telefônicas, regida pela Lei nº 9.296/96, que será analisada no presente artigo.

Sabe-se que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XIII, estabelece a inviolabilidade das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, excepcionando a possibilidade de interceptação das comunicações telefônicas, para investigar criminalmente e auxiliar na instrução processual penal, desde que seja mediante autorização judicial.

Com o advento da Lei 9.296/96, foi conferida efetividade à norma da constituição e, conseqüentemente, as interceptações telefônicas se tornaram um importante instrumento de busca da verdade, consistindo em meio de obtenção de prova essencial para a investigação de crimes mais complexos, como por exemplo, os crimes organizados.

No entanto, em se tratando de norma que relativiza um dos princípios basilares do estado democrático de direito – o direito a intimidade –, se faz necessário analisar a dogmática e a interpretação jurisprudencial a respeito do assunto, demonstrando os seus requisitos e limites, a fim de não violar uma garantia fundamental.

Diante disso, o presente artigo visa demonstrar a aplicação da norma no direito brasileiro, sem esgotar o tema, analisando a interpretação jurisprudencial, especialmente do Superior Tribunal de Justiça.

2 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: DEFINIÇÕES, REQUISITOS E LIMITES

2.1 Conceito e natureza jurídica

A interceptação telefônica consiste em uma captação (sem interrupção) de conversa telefônica alheia, com a finalidade de tomar conhecimento de seu conteúdo, sem que os interlocutores tenham ciência da ingerência de um terceiro na comunicação.

No entanto, a interceptação telefônica não deve ser confundida com escuta telefônica, tampouco com gravação telefônica. Nesse sentido, Renato Brasileiro (2019, p. 429) ensina:

“A interceptação ocorre sem o conhecimento dos interlocutores, ou seja, nenhum deles tem consciência de que o conteúdo da comunicação está sendo captado por um terceiro; na escuta telefônica, um dos interlocutores tem conhecimento da ingerência de um terceiro na comunicação; a gravação telefônica é a captação feita diretamente por um dos interlocutores, sem a interferência de um terceiro”.

Com efeito, o elemento diferenciador da interceptação telefônica é o fato de um terceiro, estranho à conversa, captar a comunicação alheia, sem conhecimento dos interlocutores.

Tal instrumento, em tese, violaria a garantia basilar da privacidade dos indivíduos. Todavia, como não existe direito absoluto no ordenamento jurídico, a norma constitucional de eficácia limitada inserta no art. 5, inciso XII, mitiga o aludido direito fundamental, ao permitir a interceptação das comunicações telefônicas, para investigar criminalmente e auxiliar na instrução processual penal, desde que seja mediante autorização judicial.

Quanto à natureza jurídica, entende-se que interceptação telefônica é um “meio de obtenção de prova, mais especificamente como medida cautelar processual, de natureza coativa real, consubstanciada em uma apreensão imprópria, no sentido de por ela se apreenderem os elementos fonéticos que formam a conversação telefônica” (LIMA, 2019, p. 432).

Trata-se de medida cautelar conservativa, concedida "*inaudita altera parte*", que pode ser preparatória ou preventiva (realizada nas investigações criminais, a fim de fornecer informações essenciais para a propositura da ação), bem como incidental (quando realizada no curso da instrução processual).

Sobre a natureza cautelar da fonte de obtenção de prova, importante salientar o ensinamento de Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 148):

O provimento que autoriza a interceptação tem natureza *cautelar*, visando assegurar as provas pela fixação dos fatos, assim como se apresentam no momento da conversa. Por isso mesmo, a operação só pode ser autorizada quando presentes os requisitos que justificam as medidas cautelares (*fumus boni iuris e periculum in mora*), devendo, ainda, a ordem ser motivada.

Assim, a interceptação telefônica é um meio de obtenção de prova de natureza cautelar conservativa, que visa a materialização de uma fonte de prova (comunicação telefônica) a ser utilizada no convencimento da autoridade judiciária.

2.2 Requisitos

A Lei 9.296/96 tem por objeto a regulamentação do art. 5º, XII, da CF, *in verbis*:

"XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"

Quanto ao alcance da ressalva constitucional, é majoritário o entendimento de que abrange tanto a interceptação "*strictu sensu*" como a escuta telefônica. Nesse sentido:

Tanto a interceptação *stricto sensu* quanto a escuta telefônica inserem-se na expressão "interceptação", prevista

no art. 5º, XII, da CF; logo, submetem-se às exigências da Lei n. 9.296/96. Diferente é o caso em que o próprio interlocutor grava a conversa. Neste, não existe a figura do terceiro, portanto não se pode falar em interceptação. (CAPEZ, 2018, p. 528)

Ao tratar da interceptação telefônica, admitindo-a, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que fosse estabelecida em lei, para fins de investigação criminal e instrução processual penal (art. 5º, XII, *in fine*), a Constituição Federal refere-se à interceptação feita por terceiro, sem conhecimento dos dois interlocutores ou com conhecimento de um deles. Não fica incluída a gravação de conversa por terceiro ou por um dos interlocutores, à qual se aplica a regra genérica de proteção à intimidade e à vida privada do art. 5º, X, da Carta Magna. (LIMA, 2019, p. 430)

Ora, para que se tenha uma comunicação telefônica, é imprescindível a presença, no mínimo, de dois interlocutores. Para que haja, por outro lado, violação dessa comunicação, é necessária a presença de terceiro invadindo o diálogo mantido. Tendo em vista essa redação

incorporada à Lei Maior e a exegese que dela se extrai, consolidaram-se a doutrina e a jurisprudência no sentido de que o art. 5º, XII, da CF alcança, tão somente, as duas primeiras formas de interceptação lato sensu, quais sejam a interceptação stricto sensu e a escuta telefônica, não tutelando a gravação. (AVENA, 2018, digital)

Com efeito, observa-se que a própria Constituição dispõe sobre a necessidade de decisão judicial, bem como acerca do escopo de investigação criminal ou instrução processual penal.

Disciplinando o dispositivo constitucional supracitado e reforçando a excepcionalidade da medida, a Lei 9.296/96 apresenta cinco requisitos para que seja autorizada a interceptação telefônica.

O primeiro refere-se à imprescindibilidade de **ordem escrita e fundamentada** autoridade judiciária, cuja competência deve ser verificada à luz da teoria do juízo aparente, isto é, quando os elementos informativos até então existentes indicarem a competência da autoridade suscitada. Com efeito, eventual incompetência do juízo apurada após a interceptação telefônica não é capaz de gerar a nulidade da medida, aplicando-se, na hipótese, a regra "*rebus sic stantibus*".

Igualmente, é necessário que a interceptação telefônica seja utilizada para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não sendo exigido, entretanto, que haja prévio inquérito policial, já que é possível a medida como primeiro ato investigatório (desde que existam indícios razoáveis de materialidade e autoria delitivas). Além disso, a apuração de infrações penais pode se dar por outros órgãos, a exemplo do Ministério Público e das Comissões Parlamentares de Inquérito.

Ressalta-se, todavia, ser possível que a fonte de prova (comunicação telefônica), obtida regularmente pela interceptação, seja utilizada como prova emprestada em procedimentos de outra natureza, uma vez que, rompida legitimamente a intimidade, não há óbice à recepção da prova colhida.

Densificando a força normativa da Constituição, a Lei 9.296/96 restringe a interceptação telefônica para infração penal punida com pena de **reclusão**. Logo, não é admitida a aludida medida cautelar quando se tratar de contravenção penal ou crime com pena de detenção, ressalvada a possibilidade se houver conexão com outros delitos puníveis com reclusão (STJ, HC 186118, 2014).

A Lei 9.296/96 estabelece, outrossim, a necessidade de **indícios razoáveis de autoria ou de participação (*fumus commissi delicti*)**, a serem apurados em cognição sumária, em face do caráter urgente da medida cautelar. Salienta-se que indícios, nesse caso, possuem o significado de prova semiplena, ou seja, referem-se a elementos de prova indiretos ou de menor valor persuasivo.

Nesse diapasão, Capez (2018, p. 535): "Não se exige prova plena, sendo suficiente o juízo de probabilidade (*fumus boni iuris*), sob o influxo do *princípio in dubio pro societate*".

Ressalta-se, entretanto, que na ausência de tais indícios, haveria interceptação de prospecção, pré-delitual, que não é admitida.

Quanto ao *periculum in mora*, reside na necessidade da violação telefônica em face da inexistência de outros meios de prova disponíveis. Nesse sentido, a Lei 9.296/96 impõe o caráter de "*ultima ratio*" à interceptação telefônica, pois sua admissibilidade é condicionada à impossibilidade de realização da prova por outros meios disponíveis.

2.3 Limites da interceptação telefônica

Conforme o disposto no art. 2º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, será necessário delimitar a abrangência da interceptação telefônica, descrevendo com clareza a situação objeto da investigação, indicando, se possível, a qualificação dos investigados, sempre de forma justificada.

Trata-se de uma delimitação fática (objetiva) com função de garantia, pois evita a utilização da interceptação para averiguar fatos indeterminados. Capez (2018, p. 547) entende existir uma "eficácia objetiva da autorização," que abrange crimes achados, ainda sem conexão com o delito principal investigado. Nesse sentido:

a ordem de quebra do sigilo vale não apenas para o crime objeto do pedido, mas também para quaisquer outros que vierem a ser desvendados no curso da comunicação, pois a autoridade não poderia adivinhar tudo o que está por vir. Se a interceptação foi autorizada judicialmente, ela é lícita, e, como tal, captará lícitamente toda a conversa.

Outro limite, de caráter temporal, está previsto na Lei 9.292/96, cujo art. 5º estabelece que a interceptação telefônica não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por igual período quando comprovada indispensabilidade do meio de prova.

Tratando-se de medida que restringe direito fundamental, o prazo de 15 (quinze) dias decorre do princípio da proporcionalidade, se tratando de um prazo máximo para cada autorização judicial. Em que pese não ser tema pacífico,

prevalece na doutrina e na jurisprudência que a renovação pode se dar indefinidamente, desde que comprovada a razoabilidade e indispensabilidade do meio de prova. Nesse sentido, concluiu o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 83.515/RS:

A possibilidade de renovação da interceptação telefônica mais de um período de 15 (quinze) dias é amplamente aceita na doutrina.

Leio Vicente Greco Filho:

"... A lei não limita o número de prorrogações possíveis, devendo entender-se, então, que serão tantas quantas forem necessárias à investigação, mesmo porque 30 dias pode ser prazo muito exíguo

... A leitura rápida do art. 5o, poderia levar à ideia de que a prorrogação somente poderia ser autorizada uma vez. Não é assim: 'uma vez', no texto da lei, não é adjunto adverbial, é proposição. É óbvio que se existisse uma vírgula após a palavra 'tempo', o entendimento seria mais fácil..."

Com o mesmo entendimento, cito Antonio Scarance Fernandes:

"... A decisão deve indicar a forma de execução da diligência (art. 5o). Diz a lei que a diligência não poderá exceder o prazo de quinze dias, 'renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova'. Pode-se, assim, permitir a renovação da interceptação, pelo mesmo prazo, por outras vezes, desde que, contudo, fique demonstrada a sua indispensabilidade, ou, como dizia o Projeto Miro Teixeira, quando permaneçam os pressupostos que permitem a sua autorização'.

Ainda no mesmo sentido, Damásio de Jesus e Luiz Flávio Gomes.

Diante do exposto, são legais as sucessivas prorrogações de prazo para a interceptação telefônica em virtude da necessidade de apuração de fatos complexos [...].

Por fim, após deferido o pedido de interceptação, o art. 6º da Lei 9.296/96 determina que a autoridade policial condutora dos procedimentos deve dar ciência ao Ministério Público que, na condição de fiscal da ordem jurídica e de titular da ação penal, poderá acompanhar a sua realização.

3 PRINCIPAIS JULGADOS DO TEMA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Embora a interceptação telefônica seja exceção a uma garantia constitucional (intimidade), se trata “de um importante instrumento de investigação e busca da verdade” (LIMA, 2019, p. 433), o que resultou na judicialização de incontáveis casos e, por conseguinte, ensejou que o Superior Tribunal de Justiça uniformizasse a interpretação da Lei Federal 9.296/96.

Destarte, o Tribunal da Cidadania publicou, hodiernamente, a edição nº 117 das suas jurisprudências em tese, tendo por objeto a fixação de 10 (dez) entendimentos sobre a interceptação telefônica, adiante elucidados.

3.1. Tese 1 – A alteração da competência não torna inválida a decisão acerca da interceptação telefônica determinada por juízo inicialmente competente para o processamento do feito.

Trata-se da consolidação acerca da adoção da teoria do juízo aparente, segundo a qual, “não há nulidade na medida investigativa deferida por magistrado que, posteriormente, vem a declinar da competência por motivo superveniente e desconhecido à época da autorização judicial.” (STF, 2016)^[1]

Diante dessa conclusão, a verificação do juízo competente se dará com base nos elementos probatórios existentes no momento da apreciação do pedido de interceptação telefônica, aplicando-se a regra *rebus sic stantibus*, ou seja, rege-se-á pela situação vigente ao tempo da ordem judicial de interceptação.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça fixou a tese de que “a declinação de competência não possui o condão de invalidar a interceptação telefônica

anteriormente determinada por juízo que até então era competente para o processamento do feito”.^[2]

3.2. Tese 2 – É admissível a utilização da técnica de fundamentação *per relationem* para a prorrogação de interceptação telefônica quando mantidos os pressupostos que autorizaram a decretação da medida originária.

É cediço que o art. 93, IX, da CF e o art. 5º da Lei 9.296/96 estabelecem a imprescindibilidade da fundamentação da decisão que decreta a interceptação telefônica, sob pena de nulidade.

D’outro giro, a fundamentação *per relationem* é uma técnica por meio da qual se faz remissão a uma decisão anterior nos autos do mesmo processo.

Conforme a jurisprudência do STJ, “a fundamentação *per relationem*, devidamente justificada pelo Magistrado de primeiro grau diante do caso concreto, constitui medida de economia processual e não malfez os princípios do juiz natural e da fundamentação das decisões.”^[3]

3.3. Tese 3 – O art. 6º da Lei 9.296/96 não restringe à polícia civil a atribuição para a execução de interceptação telefônica ordenada judicialmente.

Embora o art. 6º da Lei 9.296/96 mencione que a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, de onde se poderia extrair que apenas ela poderia conduzir os procedimentos de interceptação, o STJ confere interpretação ampliativa ao dispositivo.

Norberto Avena (2018, digital), alicerçado em decisões do STJ, admite que a interceptação telefônica seja conduzida por outro órgão da administração pública, que não seja autoridade policial, a exemplo do Ministério Público, que possui inegável poder de investigação criminal.

No mesmo sentido, é o julgado do Superior Tribunal de Justiça no RHC 78.743, *in verbis*:

(...) O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.727/MG, assentou a

concorrência de atribuição entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária para realizar investigações criminais, inexistindo norma constitucional ou federal que estabeleça exceção à regra enunciada no referido julgamento (RESP 1697146/MA, Rel. Ministro Jorge MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 17/10/2018). 2. O art. 6º da Lei n. 9.296/1996, não restringe à polícia civil a atribuição (exclusiva) para a execução da medida restritiva de interceptação telefônica, ordenada judicialmente. 3. Nessa linha de raciocínio, vale a pena lembrar: o fato da quebra de sigilo telefônico ter sido requerida pela polícia militar, que cooperava em investigação do MP, não se constitui em nulidade, pois o [art. 144 da Constituição Federal](#) traz as atribuições de cada força policial, mas nem todas essas atribuições possuem caráter de exclusividade. Há distinção entre polícia judiciária, responsável pelo cumprimento de ordens judiciais, como a de prisão preventiva, e polícia investigativa, atinente a atos gerais de produção de prova quanto a materialidade e autoria delitivas. A primeira é que a Constituição Federal confere natureza de exclusividade, mas sua inobservância não macula automaticamente eventual feito criminal derivado" (PGR). A Constituição da República diferencia as funções de polícia judiciária e de polícia investigativa, sendo que apenas a primeira foi conferida com exclusividade à polícia federal e à polícia civil, o que evidencia a legalidade de investigações realizadas pela polícia militar e da prisão em flagrante efetivada por aquela corporação"[\[4\]](#).

3.4. Tese 4 – É possível a determinação de interceptações telefônicas com base em denúncia anônima, desde que corroborada por outros elementos que confirmem a necessidade da medida excepcional.

É de sabença que é vedada instauração de inquérito policial com lastro, tão somente, em denúncia anônima. Segundo Guilherme Madeira (2016, p. 53), o *"anonimato deve ser tomado com muita cautela, pois pode dar azo à atuação*

dos covardes que possuem interesses escusos nas falsas imputações contra terceiros de forma a macular a sua honra”.

No entanto, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é consolidada no sentido de conferir, à denúncia anônima, natureza de notícia criminis, com aptidão para deflagrar procedimentos de averiguação, como o inquérito policial. Nesse sentido, corrobora o STF: “Notícias anônimas de crime, desde que verificada a sua credibilidade por apurações preliminares, podem servir de base válida à investigação e à persecução criminal”.^[5]

Logo, o mesmo raciocínio é aplicável à interceptação telefônica, pois, em que pese ser inadmitida com base exclusivamente em delação anônima, é possível sua realização, desde que após diligências prévias que colijam elementos confirmatórios da necessidade da medida excepcional.

3.5. Tese 5 – A interceptação telefônica só será deferida quando não houver outros meios de prova disponíveis à época na qual a medida invasiva foi requerida, sendo ônus da defesa demonstrar violação ao disposto no art. 2º, inciso II, da Lei n. 9. 296/1996.

Do art. 2º, inciso II, da Lei 9.296/96, extrai-se o caráter de *ultima ratio* da interceptação telefônica, cujo cabimento “somente poderá ser deferido por ‘exceção absoluta’, e é dizer, quando for *conditio sine qua non* para a apuração da infração” (CABETTE, 2016, p. 91).

Segundo Renato Brasileiro (2019, p. 450), a grave violação ao direito à intimidade, decorrente da interceptação das comunicações telefônicas, impõe que o magistrado verifique se há outros meios de provas possíveis ou outro meio de obtenção menos invasivo, devendo, ainda, deixar patente em sua fundamentação a referência à necessidade da medida cautelar para a legitimação de sua atuação, ou mesmo para eventual impugnação posterior.

Com efeito, caso a defesa alegue a ilicitude da medida por ausência do requisito da inexistência de outros meios de investigação disponíveis, a ela incumbirá o ônus de demonstrar outros procedimentos suficientes à elucidação da autoria dos delitos averiguados.

3.6. Tese 6 - É legítima a prova obtida por meio de interceptação telefônica para apuração de delito punido com detenção, se conexo com outro crime apenado com reclusão.

Trata-se da concretização, no STJ, da teoria do encontro fortuito de provas quando, "por meio de uma interceptação legalmente autorizada, descobrir-se a participação de novos agentes ou a ocorrência de outros crimes. É o que se chama de serendipidade, significando descoberta fortuita de crimes ou agentes diversos daqueles para os quais deferida a cautela." (AVENA, 2018, digital)

Pelo escólio de Brasileiro (2019, p. 455), no caso de interceptação telefônica regularmente autorizada pela autoridade judiciária competente, o encontro fortuito de provas de outros delitos praticados pelo agente, ainda que puníveis com detenção, vale como legítimo meio probatório.

A tese em apreço encontra-se em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que admite o resultado das interceptações telefônicas quando descoberto, fortuitamente, crimes conexos aos tipos penais que justificou a medida cautelar.

3.7. Tese 7 - A garantia do sigilo das comunicações entre advogado e cliente não confere imunidade para a prática de crimes no exercício da advocacia, sendo lícita a colheita de provas em interceptação telefônica devidamente autorizada e motivada pela autoridade judicial.

A inviolabilidade do escritório e local do trabalho do advogado, previsto no art. 7º, II, da Lei 8.906/94, bem como o dever de sigilo profissional são garantias a serem asseguradas desde que relativas ao exercício da advocacia.

A partir do momento em que o profissional da advocacia é investigado pela prática de crimes, permite-se que o sigilo de suas comunicações seja afastado, atingindo conversas que não se refiram exclusivamente ao patrocínio de determinado cliente.

Diante disso, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que:

"não existem direitos absolutos no ordenamento jurídico pátrio, motivo pelo qual a suspeita de que crimes estariam sendo cometidos por profissional da advocacia permite que o sigilo de suas comunicações telefônicas seja afastado, notadamente quando ausente a demonstração de que as conversas gravadas se refeririam exclusivamente ao patrocínio de determinado cliente. Há que se considerar, ainda, que o exercício da advocacia não pode ser invocado com o objetivo de legitimar a prática delituosa, ou seja, caso os ilícitos sejam cometidos valendo-se da qualidade de advogado, nada impede que os diálogos sejam gravados mediante autorização judicial e, posteriormente, utilizados como prova em ação penal, tal como sucedeu no caso dos autos "[6]

Assim, não cabe ao advogado alegar garantias do exercício de sua profissão como meio de não se submeter a lei de interceptações telefônicas.

3.8. Tese 8 - É desnecessária a realização de perícia para a identificação de voz captada nas interceptações telefônicas, salvo quando houver dúvida plausível que justifique a medida.

Conforme a Lei 9.296/96, não há necessidade de degravação das gravações efetuadas, desde que assegurado às partes o acesso à integralidade do registro. Nesse sentido:

Não é obrigatória a transcrição integral dos diálogos. Desde que seja garantido aos interessados o acesso integral aos registros, é suficiente, para efeitos processuais, a transcrição dos trechos que interessem à investigação ou ao processo. Não há na Lei 9.296/1996 qualquer exigência no sentido de que as gravações dos diálogos interceptados sejam periciadas a fim de que se reconheça quem são as pessoas envolvidas.

Diante disso, o STJ possui jurisprudência consolidada no sentido de ser prescindível a realização de perícia das vozes captadas por meio das interceptações telefônicas.

No entanto, caso a defesa consiga elementos que tornem duvidosa a autoria da voz captada nas interceptações telefônicas e caso seja impossível a confirmação por outro meio, é possível a realização da perícia, por intermédio da “análise espectrográfica da voz”, a fim de assegurar o contraditório e a busca pela verdade real.

3.9. Tese 9 – Não há necessidade de degravação dos diálogos objeto de interceptação telefônica, em sua integralidade, visto que a Lei n. 9.296/1996 não faz qualquer exigência nesse sentido.

A Lei 9.296/96 não exige a degravação dos diálogos objeto de interceptação telefônica.

Entretanto, as partes e o juiz devem ter acesso à integralidade das interceptações do investigado para, então, sopesar o que interessa, ou não, como prova. A degravação seria uma medida totalmente inútil e protelatória na aplicação da medida cautelar em tela, pois cabe às partes e ao julgador ouvir efetivamente os diálogos realizados e, a partir daí, impugnar determinado trecho.

Nesse sentido, ensina Nucci (2015, p. 523): “Como providenciar a transcrição de horas e horas de conversação? Torna-se um trabalho hercúleo e, por vezes, inútil, até pelo fato de ser mais interessante às partes e ao julgador ouvir efetivamente o diálogo travado pelos interlocutores interceptados”.

Além disso, segundo pronunciamentos do STJ, não é razoável exigir a degravação integral das escutas telefônicas, “haja vista o prazo de duração da interceptação e o tempo razoável para dar-se início à instrução criminal, porquanto há diversos casos em que, ante a complexidade dos fatos investigados, existem mais de mil horas de gravações” [7].

3.10. Tese 10 - Em razão da ausência de previsão na Lei n. 9.296/1996, é desnecessário que as degravações das escutas sejam feitas por peritos oficiais.

Em regra, “não se exige que a transcrição das conversas seja realizada por perito oficial ou que haja a indicação quanto à habilitação técnica de eventuais peritos nomeados para esse fim” (AVENA, 2018, digital), inexistindo, na Lei 9.296/96, imposição nesse sentido.

Apesar de o art. 159, do CPP, estabelecer que os exames de corpo de delito serão realizados por perito oficial, tal norma não é aplicável para fins de mera transcrição da interceptação telefônica, que se trata de um procedimento mais simples do que o exame de corpo de delito e do que as perícias em geral. Consoante lição de Avena (2018, digital), uma “maior qualificação individual dos peritos, no caso, é absolutamente dispensável, pois a atividade relacionada à degravação de conversa telefônica interceptada não exige conhecimento técnico-científico.”

Portanto, uma vez efetuada a gravação, a própria autoridade incumbida da interceptação poderá realizar a transcrição, sendo dispensável que o procedimento seja realizado por peritos oficiais

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interceptação telefônica é um meio de obtenção de provas, de natureza cautelar, disposto na Lei 9.296/96 que regulamentou a medida excepcional de inviabilidade da privacidade através de decisão judicial que permita a captação de conversas telefônicas por terceiros, sem o conhecimento dos interlocutores, para fins de investigação de fato criminoso punível com pena de reclusão.

Trata-se de medida com caráter de “*ultima ratio*”, cabível apenas nos casos em que não seja possível a obtenção de provas por outros meios, havendo previsões constitucionais e legais acerca dos requisitos e limites da interceptação telefônica.

É exigida decisão fundamentada de autoridade judiciária, cuja competência é examinada com fulcro na teoria da aparência, de acordo com os elementos contidos na investigação no momento da apreciação do pedido de interceptação.

Além disso, apenas é possível a interceptação para averiguar fatos determinados, devendo ser delimitado o objeto da investigação e as pessoas envolvidas, existindo, ainda, o prazo máximo de 15 (quinze) dias para cada decisão

que determine a interceptação. No entanto, desde que comprovada a razoabilidade e indispensabilidade do meio de prova, a decisão poderá ser prorrogada, por indefinidas vezes, inclusive com fundamentação *per relationem*, indicando apenas que persistem os fundamentos para manutenção da medida.

Em mais de vinte anos de existência da lei, diversos questionamentos chegaram no Superior Tribunal de Justiça, com objetivo de uniformizar a interpretação da lei na aplicação dos casos concretos.

O Tribunal da Cidadania confirmou a aplicação das teorias da aparência e do encontro fortuito de provas nas investigações com interceptação telefônica.

Ademais, firmou o posicionamento de que não é possível ao advogado utilizar-se de suas garantias em relação ao exercício da advocacia para praticar crimes e, assim, se esquivar de investigações através de interceptação telefônica.

Por fim, além de entender ser prescindível a degravação das interceptações, caso seja realizada, não é necessário que se dê por perito oficial, salvo se existirem elementos que tornem duvidosa a autoria da conversa telefônica, o que implicaria na necessidade de realizar perícia de voz.

5 REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. Processo penal – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

CABETTE, Santos, E. L. Interceptação Telefônica, 3ª edição. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502171558>.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 4, legislação penal especial. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547230081/>

DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de processo penal. 2ed. em ebook. Editora Revista dos Tribunais – São Paulo, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As Nulidade no Processo Penal – 10ª Ed Revista atualizada e ampliada. São Paulo: RT 2007

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único – 7. Ed. Ver., atual. E ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. -9ed. ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

[1] (HC 186.118/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 29/10/2014)

[1] (STF, HC 83.515/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, publicado no Informativo do STF, n. 365).

NOTAS:

[1] STF. HABEAS CORPUS : HC 120027, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 24/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 17-02-2016 PUBLIC 18-02-2016. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308696836&ext=.pdf> >. Acesso em: 03 fev. 2019.

[2] STJ. HABEAS CORPUS : [HC 349583/SP](#), Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 26/09/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=61934483&num_registro=201400389303&data=20160629&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 03 fev. 2019.

[3] STJ. AGRAVO INTERNO : [AgInt no REsp 1390751/PR](#), Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 23/11/2018. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AIRESP%27.clas.+e+@num=%27139051%27\)+ou+\(%27AGINT%20NO%20RESP%27+adj+%271390751%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AIRESP%27.clas.+e+@num=%27139051%27)+ou+(%27AGINT%20NO%20RESP%27+adj+%271390751%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 03 fev. 2019.

[4] STJ. RECURSO ORDINÁRIO : *STJ; RHC 78.743; Proc. 2016/0310293-0; RJ; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; Julg. 13/11/2018; DJE 22/11/2018*; Disponível em: < <https://www.magisteronlinee.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0> >. Acesso em: 03 fev. 2019.

[5] (Supremo Tribunal Federal, HC 106152, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 29/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 23-05-2016 PUBLIC 24-05-2016)

[6] STJ. RECURSO ORDINÁRIO : RHC 51.487/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (Desembargador convocado do TJPE), QUINTA TURMA, DJe 24/09/2015). .:Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RH C%27.clas.+e+@num=%2792891%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%2792891%27.s uce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja>](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RH C%27.clas.+e+@num=%2792891%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%2792891%27.s uce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja>). Acesso em: 04 fev. 2019.

[7] STJ. HABEAS CORPUS : HC 278.794/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, SEXTA TURMA, DJe 07/10/2014). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1355475&um_registro=201303336610&data=20141023&formato=PDF>. Acesso em: 04 fev. 2019.

A REALIDADE DO SISTEMA DE EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRO

ELAINE SABRINA MOREIRA SCHUWARTEN: Graduada em Direito pela UFMG em 2006. Pós-graduada e Analista em Direito no MPMG.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar quais são as garantias que legislação brasileira confere ao presidiário a fim de assegurar, com efetividade, os seus direitos humanos, bem como demonstrar como é a realidade dos estabelecimentos penais brasileiros. Realizou-se, para tanto, uma análise de dados através do projeto "Sistema Prisional em Números", de autoria do Conselho Nacional do Ministério Público, como também uma pesquisa bibliográfica, oportunidade em que se expôs as visões teóricas sobre o assunto de Carlos Roberto Gonçalves, Cezar Roberto Bitencourt, Julio Fabrinni Mirabete, Rogério Greco, entre outros. Conclui-se que a legislação brasileira, de fato, prevê diversos direitos que garantem o mínimo de dignidade para o presidiário, porém, a realidade do sistema de execução penal é outra, na qual se faz presente várias violações aos direitos humanos dos detentos.

Palavras-chave: Direitos. Humanos. Execução. Penal. Violação. Presídio.

Introdução

O presente trabalho tem como tema a violação dos direitos humanos dentro dos presídios brasileiros, fator que acaba por inviabilizar a ressocialização dos presidiários, bem como, de certa forma, fadá-lo à reincidência criminal.

Nesse seguimento, será demonstrado quais os direitos legalmente previstos que os detentos possuem e como é a realidade da execução penal brasileira.

Neste contexto, o principal objetivo deste estudo é demonstrar que, legalmente, o sistema de execução penal prevê uma série de direitos que, em tese, garantiriam o mínimo de dignidade ao apenado e a sua efetiva ressocialização, porém, os estabelecimentos penais apresentam uma outra realidade, a qual não fornece o adequado tratamento ao apenado, desrespeitando de várias formas os seus direitos humanos.

Para chegar ao objetivo proposto, utilizou-se como recurso metodológico a pesquisa bibliográfica, realizada a partir da análise das opiniões dos doutrinadores sobre o tema já publicadas na literatura nacional e artigos científicos divulgados por meio eletrônico.

No mais, escorou-se nos embasamentos teóricos de Carlos Roberto Gonçalves, Cezar Roberto Bitencourt, Julio Fabrinni Mirabete, Rogério Greco, entre outros.

Desenvolvimento

O ordenamento jurídico brasileiro traz em seu corpo diversas previsões sobre os direitos fundamentais dos presos, a fim de garantir o mínimo de dignidade ao presidiário acautelado no sistema prisional.

De início, a Constituição Federal (CF) traz expresso em seu artigo 5º os seguintes direitos:

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:

(...)

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; (...) (BRASIL, 1988).

No inciso XLIX, nota-se uma clara limitação ao direito de punir do Estado, o que garante o respeito às condições de ser humano do preso. Quanto à

integridade física resguardada no mencionado inciso, Carlos Roberto Gonçalves (2010, *apud*DALBONI) leciona:

O direito à integridade física compreende a proteção jurídica à vida, ao próprio corpo vivo ou morto, quer na sua totalidade, quer em relação a tecidos, órgãos e partes suscetíveis de separação e individualização, quer ainda ao direito de alguém submeter-se ou não a exame e tratamento médico.

Na mesma linha da Constituição Federal, seguem, respectivamente, o Código Penal (CP) e a Lei de Execução Penal (LEP).

A título de exemplo, destaca-se alguns artigos do Código Penal:

Regime especial

Art. 37 - As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo. [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

Direitos do preso

Art. 38 - O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral. [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

Trabalho do preso

Art. 39 - O trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social. [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

Legislação especial

Art. 40 - A legislação especial regulará a matéria prevista nos arts. 38 e 39 deste Código, bem como especificará os deveres e direitos do preso, os critérios para revogação e transferência dos regimes e estabelecerá as infrações disciplinares e correspondentes sanções. [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#) (BRASIL, 1984).

Nessa perspectiva, a Lei de Execução Penal estabelece os direitos e obrigações do apenado no curso da execução da sua pena, a fim de prepará-lo para o retorno ao convívio em sociedade.

O artigo 1º da Lei de Execução Penal esclarece os dois objetivos da pena. Primeiro, efetivar as disposições da sentença ou da decisão criminal e, segundo, proporcionar as condições para a integração social (neste caso, a reintegração social) do condenado e do internado.

Sobre esses objetivos e o cumprimento de pena, diz Rogério Greco (2005, *apud* TAKEMYIA, 2015):

Denota-se, aqui, o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o agente medite sobre o crime, sopesando suas consequências, inibindo-o ao cometimento de outros". No escólio de Cezar Roberto Bittencourt, a prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas àquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais.

Assim, a LEP confere diversos direitos sociais ao condenado, os quais possibilitam, além da retribuição ao mal por ele causado, primeiro objetivo da Lei, a preservação do mínimo de dignidade, o que garantirá a sua efetiva reinserção à sociedade, segundo objetivo da mencionada Lei.

Nessa senda, são alguns dos direitos previstos pela Lei de Execução Penal:

Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. [\(Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003\)](#)

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento. (BRASIL, 1984).

Deste modo, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro, desde a Constituição Federal até a Lei de Execução Penal, traz previsões que resguardam o mínimo de respeito aos direitos humanos dos presidiários.

Por outro lado, o sistema prisional brasileiro apresenta uma realidade totalmente diferente. Na prática, o que se percebe são problemas de superlotação, doenças, abusos sexuais, maus tratos, violência e tantas outras violações aos direitos humanos, o que dificulta a reinserção do apenado ao convívio em sociedade.

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) desenvolveu um projeto chamado "Sistema Prisional em Números" e, nesse projeto, o órgão mostra como é a realidade prisional no Brasil.

Segundo os dados apresentados pelo CNMP, no último registro anual, que teve como base o ano de 2017, o Brasil possuía uma população carcerária de 701.985 presos, sendo que os estabelecimentos penais dispunham somente de 421.748 vagas, ou seja, a taxa de superlotação era 166,45% maior que a capacidade real.

Essa superlotação traz como consequência uma série de desrespeitos aos direitos humanos em relação aos presos, principalmente no que tange à saúde e à integridade física do detento, que se vê obrigado a conviver amontado aos companheiros de cela, exposto a diversos tipos de doenças, maus-tratos e violência.

De acordo com os dados do CNMP, em 2017, dos 1.537 estabelecimentos penais que haviam à época, somente 972 possuíam assistência médica para os detentos.

Em contrapartida, 678 apresentavam presidiários portadores de doenças infectocontagiosas. Os números mais preocupantes estavam nas regiões sul e sudeste, onde mais de 50% das unidades prisionais tinham registros desses tipos de doenças.

Neste ponto, leciona Bitencourt (2011, *apud*, ROSSINI, 2014):

Nas prisões clássicas existem condições que podem exercer efeitos nefastos sobre a saúde dos internos. As deficiências de alojamentos e de alimentação facilitam o desenvolvimento da tuberculose, enfermidade por excelência das prisões. Contribuem igualmente para deteriorar a saúde dos reclusos as más condições de higiene dos locais, originadas na falta de ar, na umidade e nos odores nauseabundos.

No que toca à integridade física dos presos, os números registrados pelo CNMP demonstram, assim como na saúde, uma perspectiva negativa. Em 2017 foram registradas 1.541 mortes e 3.438 casos de violência tendo como vítima presidiários.

Ademais, ainda sobre a integridade física dos presos, outro ponto preocupante é a falta de preparo dos servidores, que, muitas vezes, não possuem o treinamento adequado para lidar com os detentos e, submetidos à um ambiente de tensão e superlotado, acabam por praticar abusos contra os detentos.

Somente no ano em análise foram registrados 352 casos de maus-tratos praticados por servidores dos presídios contra os presidiários.

Tantas violações dos direitos humanos fez com que organizações que defendem o tema, tanto nacionais quanto internacionais, apresentassem pedidos de audiência junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

O embasamento dos pedidos foi informações sobre as condições precárias de saúde dos presídios, tortura, maus-tratos e más condições de higiene, todas relacionadas à superlotação dos estabelecimentos penais.

Os pedidos de audiência foram formulados em janeiro do ano de 2017, mês em que ocorreram diversas rebeliões em presídios de diferentes estados do país, as quais resultaram na morte de cerca de 126 detentos.

Sobre o assunto, a Corte chegou a se expressar mediante resolução:

1. Que consta nos arquivos da Corte quatro medidas provisórias sobre fatos de violência carcerária e superlotação notória em instituições penitenciárias do Brasil, de diferentes Estados e regiões. Segundo a informação recebida durante a supervisão das referidas medidas provisórias, essas circunstâncias não apenas tornariam impraticáveis os padrões mínimos indicados pela comunidade internacional para o tratamento de pessoas privadas de liberdade, mas configurariam possíveis penas cruéis, desumanas e degradantes, violatórias da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Também estariam ocorrendo várias mortes violentas nas prisões e outras não violentas, mas que de todo modo superariam a taxa média de mortalidade da população na faixa etária dos presos.

(...)

4. Dada a gravidade dos fatos que, caso alcancem a magnitude e a extensão que os representantes dos beneficiários e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos manifestam -e mais ainda em caso de eventual generalização-, comprometeriam muito seriamente o direito humano à vida das pessoas privadas de liberdade, cujo dever de garantia incumbe sem dúvida ao Estado, esta Corte decidiu pela realização de uma audiência pública conjunta sobre as quatro medidas provisórias (ponto resolutivo quatro *infra*). (Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos).

Desta maneira, percebe-se que o sistema de execução penal brasileiro, que deveria ser responsável pela ressocialização do indivíduo infrator, acaba por ser mais uma contribuição para a problemática da reinserção do ex-detento na sociedade.

Neste sentido, é o entendimento de Mirabete (2002, p. 145, *apud* CYPRIANO, 2014):

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as grandes contradições que existem no sistema social exterior. [...] A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação."

Outro fator que contribui para a não recuperação do detento é que, apesar de previsto na própria Constituição Federal (art. 5º, XLVIII), não há separação de presos por conta da natureza do crime cometido.

Por conseguinte, um presidiário que cometeu um delito de baixa periculosidade acaba cumprindo pena na mesma cela que um presidiário que cometeu um delito de alta periculosidade e, conseqüentemente, acaba sendo influenciado ou sofrendo algum tipo de violência, o que prejudica a recuperação de seu comportamento infrator.

Com todos esses fatores, a reincidência penal é fato recorrente na rotina dos ex-presidiários, pois, apesar de estarem no local destinado à sua ressocialização, não recebem o tratamento que lhes são garantidos pela legislação.

Além do mais, como as garantias de assistência educacional e acesso ao trabalho, apesar de asseguradas pela legislação, também não são efetivadas, os ex-detentos se veem obrigados a retornarem para o mundo dos crimes.

Conforme os dados do relatório do CNMP, em relação à educação, apenas em 56,08% dos estabelecimentos penais forneciam assistência educacional aos detentos, sendo que 51,79% ofertavam alfabetização, 52,90% ensino fundamental, 37,61% ensino médio, 23,62% ensino profissionalizante e 5,53% ensino superior.

Com relação ao trabalho, apenas 15,10% dos presidiários homens e 25,82% das presidiárias mulheres trabalhavam no ano de 2017.

Ao tratar das condições dos estabelecimentos penais e da reincidência dos apenados, Cezar Roberto Bittencourt (2001, *apud* TAKEMIYA, 2015) ressalta os seguintes desrespeitos aos direitos humanos que prejudicam a ressocialização dos presidiários:

- a) maus tratos verbais ou de fato (castigos sádicos, crueldade injustificadas, etc.);
- b) superlotação carcerária (a população excessiva reduz a privacidade do recluso, facilita os abusos sexuais e de condutas erradas);
- c) falta de higiene (grande quantidade de insetos e parasitas, sujeiras nas celas, corredores);
- d) condições deficientes de trabalho (que pode significar uma inaceitável exploração do recluso);
- e) deficiência dos serviços médicos ou completa inexistência;
- f) assistência psiquiátrica deficiente ou abusiva (dependendo do delinquente consegue comprar esse tipo de serviço para utilizar em favor da sua pena);
- g) regime falimentar deficiente;
- g) elevado índice de consumo de drogas (muitas vezes originado pela venalidade e corrupção de alguns

funcionários penitenciários ou policiais, que permitem o tráfico ilegal de drogas);

i) abusos sexuais (agravando o problema do homossexualismo e onanismo, traumatizando os jovens reclusos recém-ingressos);

j) ambiente propício a violência (que impera a lei do mais forte ou com mais poder, constringendo os demais reclusos).

Diante disso, o atual sistema prisional acaba por não cumprir o seu papel que, além de retribuir o mal provocado, é ressocializar o detento, que, diante dessas várias violações de seus direitos humanos, não logra êxito em se regenerar e acaba por retornar ao mundo do crime pior do que quando adentrou ao sistema de execuções penais.

Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que, da análise do disposto na Constituição Federal, bem como no Código Penal e na Lei de Execução Penal, os detentos possuem diversos direitos que garantem o mínimo de dignidade dentro dos presídios, tendo resguardados todos os direitos não afetados pela privação da liberdade, como também a real possibilidade de se reinserirem na sociedade.

Entretanto, a realidade encontrada nos estabelecimentos penais é outra, sendo que o detento não recebe o devido tratamento e convive com celas superlotadas, doenças infectocontagiosas, maus-tratos por parte dos servidores do presídio, violência, dentre outros desrespeitos aos direitos humanos. O desrespeito com os direitos humanos é tanto que chegou a chamar a atenção da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual chegou a se expressar mediante resolução.

À vista disso, os dados e as visões doutrinárias apresentados acima demonstram que os estabelecimentos penais brasileiros violam os direitos humanos e não proporcionam, de forma efetiva, as condições essenciais para a reabilitação do detento.

Recluso em um ambiente que apresenta todas essas violações de direitos humanos, o apenado não obtém o necessário alinhamento de sua conduta.

O que se observa, na realidade, são condições que tornam presidiário pior do que quando iniciou o cumprimento de sua pena, tendo em vista que o estabelecimento penal é totalmente hostil e apresenta poucas garantias para sua integridade física e psicológica, o que acaba por fadá-lo a reincidência criminal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 nov. 2018.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 nov. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Sistema Prisional em Números**. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 28 nov. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão - Causas e Alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CYPRIANO, Arthur. **A Violação dos Direitos Humanos no Sistema Prisional Brasileiro**. Disponível em: <<https://jordantomazelli.jusbrasil.com.br/artigos/155977254/a-violacao-dos-direitos-humanos-no-sistema-prisional-brasileiro>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

DALBONI, Sara Posses e Marcelo Fernando Quiroga. **A Violação de Direitos Humanos no Sistema Prisional Brasileiro e o Supercaso da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19718&revista_caderno=16>. Acesso em: 29 nov. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Ed. 5°. Rio de Janeiro: Impetus. 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 1: parte geral**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIENCIAS CRIMINAIS. **Brasil é Denunciado na CIDH por Violência e Superlotação em Presídios e no Sistema Socioeducativo**. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticia/14193-Brasil-e-denunciado-na-CIDH-por-violencia-e-superlotacao-em-presidios-e-no-sistema-socioeducativo>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 10aed. São Paulo: Atlas, 2002.

RESOLUÇÃO. **Corte Interamericana de Direitos Humanos de 13 de fevereiro de 2017 medidas provisórias a respeito do Brasil**. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Resolucion_Carceles_Brasil.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2018.

ROSSINI, Tayla Roberta Dolci. **O Sistema Prisional Brasileiro e as Dificuldades de Ressocialização do Preso**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33578/o-sistema-prisional-brasileiro-e-as-dificuldades-de-ressocializacao-do-presos>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

SOARES, Samuel Silva Basilio. **A Execução Penal e a Ressocialização do Preso**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54559/a-execucao-penal-e-a-ressocializacao-do-presos>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

TAKEMIYA, Dayane Yurie. **Prevenção, Punição e Ressocialização: Aspectos do Sistema Prisional Brasileiro**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36796/prevencao-punicao-e-ressocializacao-aspectos-do-sistema-prisional-brasileiro>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

DEPENDENTES QUÍMICOS (USUÁRIOS DE DROGAS) A LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. LEI 11.343/06

NUNCIO AMADEU PRADO PETRELLA: Curso de Direito - Campus Fernandópolis

ADEMIR GASQUES SANCHES

(Orientador)

RESUMO: O Estado chegou à conclusão que apenas leis mais severas não inibem o uso e o tráfico de drogas, problema não só do Brasil, mas de praticamente todos os países. Alguns doutrinadores acreditam que somente com políticas públicas voltadas para o social, principalmente para a educação, que as drogas poderão ser reduzidas. A objetividade jurídica dos delitos descritos na Lei de Drogas é a saúde pública, que pode ser seriamente atingida quando circulam substâncias ou produtos capazes de levar à dependência. Ao usuário, serão aplicadas penas alternativas e medidas tendentes a dissuadi-lo de usar drogas, estando expressamente vedada sua detenção ou prisão, ou seja, haverá apenas penas socioeducativas. O intuito principal do presente trabalho é abordar o artigo 28 da Lei 11.343/06, como os Princípios Constitucionais, as penas aplicadas aos usuários de drogas, uma breve comparação da lei atual com a antiga, a normatização e tipificação de Delito Penal para usuários, uma breve análise de posições doutrinárias e do STF, as legislações de outros países que liberou o consumo de Drogas e uma breve análise do recurso extraordinário que tramita no Supremo Tribunal Federal.

Palavras Chaves: Lei de Drogas, Impunidade Material, Usuários, Problema Social, Drogas. Problema Social, Drogas.

ABSTRACT: The State came to the conclusion that only stricter laws do not inhibit the use and trafficking of rugs, a problem not only in Brazil, but in practically all countries. Some scholars believe that only with public policies aimed at the social, especially for education, that drugs can be reduced. The legal objectivity of the offenses described in the Drug Act is public health, which can be seriously attained when substances or products capable of leading to addiction are circulated. To the user, alternative penalties and measures will be applied to dissuade him from using drugs, and his detention or imprisonment is expressly forbidden, that is, there will

be only socio-educational penalties. The main purpose of this paper is to address article 28 of Law 11.343 / 06, such as the Constitutional Principles, the penalties applied to drug users, a brief comparison of the current law with the old one, the standardization and criminalization of criminal offenses for users, a brief analysis of doctrinal positions and the STF, the legislation of other countries that released the consumption of Drugs and a brief analysis of the extraordinary appeal that is processed in the Federal Supreme Court.

Key Words: Drug Law, Material Impunity, Users, Social Problem, Drugs, Social Problem, Drugs.

Sumário: 1. Introdução, 2. Principio da legalidade, 3. Lei 11.343/06, 4. Lei 6.368/76 – Lei 11.343/06, 4.1. Conceito drogas/usuários/SISNAD, 4.2. Principais diferenças das leis, 5. STF X Doutrina, 6. Breve análise do Recurso Extraordinário RE 635.659, 7. Países que adotaram a descriminalização do porte e do uso de drogas, 7.1. Uruguai, 7.2. Holanda, 7.3. Portugal, 7.4. Estados Unidos, 7.5. Colômbia, 8. Conclusão, 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a Lei de Drogas 11.343, de 23 de agosto de 2006, que entrou em vigor dia 8 de Outubro de 2006 e revogou as antigas Leis 6.368/76 e 10.409/02, conhecidas antigamente como a Lei de Entorpecentes. Por ser um tema em alta e com diversos motivos de discussões entre juristas e doutrinadores desde o início de sua vigência não conseguiremos em apenas uma pesquisa analisar a Lei inteira, dessa forma então analisaremos mais precisamente o artigo 28 da Lei 11.343/06 que se trata principalmente de usuários, que tem sido grande o aumento no Brasil, causando um problema social, entretanto não somente no Brasil, em alguns Países, cito aqui como exemplo o Uruguai que liberou o uso de algumas Drogas com o intuito de amenizar o problema social no País.

O Brasil ocupa hoje o segundo lugar em consumo de Drogas, o aumento do número de usuários tem se tornado um problema social e os principais fatores para esse aumento são as doenças psicológicas, falta de estrutura e afeto familiar além de uma sociedade completamente mais estressada, achando dessa forma uma válvula de escape nas Drogas alucinógenas, aonde o individuo que a utiliza,

nem que seja por pouco tempo, sai de orbita, esquecendo-se de completamente tudo.

No Brasil vem se discutindo, há tempos, o grande problema social que são as drogas. A Lei 11.343/06 foi sancionada para adoção de medidas preventivas ao uso indevido das Drogas, com o fim de punir aqueles que se submete a prática do ilícito. As mudanças da nova legislação em vigor trouxeram grandes questionamentos sobre a inconstitucionalidade do artigo 28. Entretanto, sabemos que o crime em tese descreve crime de perigo abstrato. Na lei anterior aplicava-se a pena privativa de liberdade para o crime de porte que caracterizava o consumo pessoal, com a nova Lei a punição ficou mais branda aplicando penas alternativas ao agente que praticar o ilícito com o intuito de prevenção e cuidados com a aplicação do programa SISNAD que veremos posteriormente.

2. Princípio da Legalidade

Nosso ordenamento jurídico é um conjunto de normas expressas em lei, possuindo um sistema normativo que estabelece uma ordem no qual o direito deve respeitar em relação às leis e normas estabelecidas no País, de forma que o Poder Jurídico realize seu trabalho com base em alguns Princípios fundamentais para a aplicação do direito como veremos a seguir.

O principal princípio do Direito Penal que será discutido no presente trabalho será o Princípio da Legalidade que esta conceituado no artigo 5º XXXIX da Constituição Federal e no artigo 1º do Código Penal.

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:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Todos nós somos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo a todos a inviolabilidade de direitos fundamentais. Sem lei que o defina não há crime, ou seja, não tendo nenhuma tipificação não haverá crime.

Fernando Capez conceitua o referido princípio subdividindo em mais dois princípios distintos que seria o da reserva legal e o da anterioridade, como nos ensina a seguir:

Com efeito, o princípio da legalidade corresponde aos enunciados dos arts. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e 1º do Código Penal (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”) e contém, nele embutidos, dois princípios diferentes: o da reserva legal, reservando para o estrito campo da lei a existência do crime e sua correspondente pena (não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal), e o da anterioridade, exigindo que a lei esteja em vigor no momento da prática da infração penal (lei anterior e prévia cominação). Assim, a regra do art. 1º, denominada princípio da legalidade, compreende os princípios da reserva legal e da anterioridade.(CAPEZ, Fernando, ed.Saraiva 2011)

Portanto concluindo com base na doutrina, na CF/88 e no Código Penal o Princípio da Legalidade é fundamental para o nosso ordenamento Jurídico Penal onde resguarda o direito do Cidadão dispendo de maneira tácita que não existi crime sem que a lei o defina, ou seja, sem lei tipificando o que é crime não existe ilicitude.

A lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal. [...] Por intermédio da lei, existe a segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver uma previsão legal criando o tipo incriminador, ou seja, definindo as condutas proibidas (comissivas ou omissivas), sob a ameaça de sanção. (GRECO, 2010, p.93-95).

3. LEI 11.343/2006

O problema social das Drogas sempre foi matéria de discussões na evolução da sociedade. Na atualidade o fato de que o governo visa deter esse mal que adentra a sociedade utilizando-se da repreensão e medidas punitivas, com o intuito de inibir condutas que giram em torno das drogas, havendo a necessidade da criação de normas que classifiquem as condutas criminosas e estipule as devidas sanções.

A atual Lei de Drogas modernizou as normas do direito penal, a luz do principio da legalidade como visto e analisado no tópico anterior. Surge à lei no momento em que se fez necessário regularizar o comportamento da sociedade, referente às drogas, pois houve um considerável aumento no percentual de usuários, e do tráfico.

A norma trouxe mudanças significativas, como a implantação do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, que tem como objetivo organizar as atividades de prevenção e reinserção social dos usuários, e reprimir a produção e o tráfico de drogas. Com a mudança o usuário não mais será punido com pena privativa de liberdade, de modo que ele será imediatamente levado aos Juizados Criminais e não será mais preso em flagrante, como dispõe o art. 48, § 1º e § 2º da lei 11.343/06. Utilizando-se o Código de Processo Penal e a lei de execução penal subsidiariamente.

No título III da lei 11.343/06 encontramos de maneira expressa e tácita atividades de prevenção ao uso indevido de drogas, de atenção e reinserção social dos seus usuários e dependentes, normatizando cada função e elencando princípios e fundamentos basilares, bem como instituindo os crimes e penas relativas a cada atividade. Para o Professor Luiz Flavio Gomes:

A lei permaneceu com a noção de que a distinção entre usuário e traficante somente pode ser aferida de acordo com a hipótese concreta, levando-se em consideração a natureza da droga, a sua quantidade, o modo de vida do agente e demais características. L. F. Gomes (2006, p.8),

4. Lei 6.368/76 - Lei 11.343/06

Para iniciarmos a comparação das leis referente ao usuário de Drogas em questão, primeiro se faz necessário conceituar o que seria Drogas e o que se entende por Usuário, e o objetivo e a finalidade do programa SISNAD instituído pela lei 11.343/06.

4.1. Conceito Drogas/Usuários/SISNAD

A nomenclatura droga empregado pela Lei 11.343/06 está de acordo com o ordenamento internacional, "narcotic drugs" e substitui o termo entorpecente utilizado pela antiga Lei 6.368/76, entendendo que nem todas as drogas são entorpecentes.

Droga é um nome genérico dado a todo o tipo de substância natural ou sintética, que em contato ao organismo provoca modificações físicas ou psíquicas, que podem causar dependência. A própria lei 11.343/06 em seu artigo 1º paragrafo único conceitua o termo Droga.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Trata-se aqui no nosso ordenamento Jurídico uma norma penal em branco em sentido estrito ou heterogênea, ou seja, precisa-se ser complementada por Portaria, que no caso para ser caracterizado como droga exige-se a análise da Portaria nº. 344 da ANVISA. Que através de um rol taxativo que não admite prova contrária elenca as substâncias e produtos em uma lista de presunção absoluta quanto à capacidade de causar dependência.

O termo "drogas", ou seja, no plural, não significa que há necessidade de apreensão de mais de uma espécie ou porção de droga. Diz respeito à generalidade, isto é, que qualquer espécie de droga ensejará a adequação típica, independentemente da quantidade.

Usuário por sua vez é todo aquele que de alguma forma usa e cria uma dependência da Droga, ou seja, tem a sua condição física e psicológica abalada pelo consumo constante da substância e devido a constante utilização o corpo humano torna-se cada vez mais dependente. Pensando dessa forma a nova Lei 11.343/06 instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas conhecido como SISNAD em seu artigo 1º.

Com o intuito de prevenção o SISNAD em seu artigo 3º, tem por finalidade articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção e a repressão, e o objetivo de contribuir, promover e assegurar a inclusão social e a socialização e a reinserção social dos usuários, estabelecido em seu artigo 5º.

Portanto, a principal característica e finalidade do SISNAD não é punir os usuários de Drogas, mas sim os prevenir, acolhê-los e mostrar que existe outro caminho além das Drogas. Curá-los de certa maneira para que deixem de ser dependentes e comecem uma nova vida através da inclusão social e programas de alto controle e reconhecimento pessoal.

4.2. Principais diferenças das Leis

A seguir algumas características das principais mudanças com o advento da Lei 11.343/06:

- a) Houve mudança na nomenclatura “substância entorpecente” por “drogas” (orientação da Organização Mundial da Saúde).
- b) Permaneceu como norma penal em branco, pois o conceito de drogas é aquele rol taxativo da Portaria da ANVISA nº 344.
- c) Advento do Princípio da Proporcionalidade, ou seja, diferentes tipos penais e diferentes penas para grandes, médios ou pequenos traficantes, antigamente na lei 6.368/76 era a mesma pena. Tanto para quem comercializava, induzia, financiava ou colaborava como informante.
- d) Advento de multa;
- e) Tratamento diferenciado ao usuário (art. 28). Não há mais pena privativa de liberdade e sim medidas educativas e programas sociais para o combate contra as drogas. Portanto houve discussão doutrinária se continuava sendo um ato ilícito ou não. No qual o STF adotou a corrente que existe a

ilicitude. Por consecutivo, a droga não foi legalizada, não ocorrendo “abolitio criminis”. Entretanto, a na suprema corte um recurso Extraordinário para descriminalizar o uso e o porte de Drogas.

Deste modo, a Lei 6.368/76 tinha uma linha repressiva e a pena correspondente a usuários era mais rigorosa com detenção, de seis meses a dois anos e multa. A grande e mais discutida das mudanças da Lei 11.343/06 foi no seu artigo 28, que acabou com a pena de privativa de liberdade para o usuário de drogas. Com as seguintes razões para o tratamento diferenciado:

- a) Chegou à conclusão que a prisão não traz nenhum benefício à saúde do usuário porque impede que a ele seja tratado.
- b) Que a sociedade também perde na medida em que o usuário preso passará a conviver com agentes de crimes muito mais graves, havendo dessa forma a profissionalização de criminosos.

Nas palavras do professor Luiz Flavio Gomes, encerro a diferença entre as leis de Drogas ao tratar do Usuário em questão tema do presente trabalho.

A lei de drogas de 1976, seguindo a lógica do Código Penal de 1940, previa pena de prisão para o portador de drogas para uso pessoal. A Lei dos Juizados Criminais (1995) permitiu aplicar penas alternativas no lugar da prisão. A Lei 10.409/2002 evoluiu para tratar o usuário como não criminoso. Com a atual Lei de drogas (11.343/2006) a situação ficou confusa: aboliu-se a pena de prisão para o usuário, mas é muito frágil (e demasiadamente subjetiva) a distinção entre o traficante e o usuário. Daí os abusos constantes (e a superlotação carcerária, muito acima do crescimento populacional do País).

5. STF X Doutrina

Com intuito de mostrar posicionamentos diferentes do Supremo Tribunal Federal e de alguns Doutrinadores, primeiro analisaremos a Lei 11343/06 em seu

capítulo III - Dos Crimes e das Penas, com enfoque principal o artigo 28 que traz a figura de usuário de Drogas.

A diferença da nossa legislação penal e os delitos descritos neste capítulo é que não há cominação de pena privativa de liberdade, portanto, qualquer forma de prisão seja provisória ou definitiva é vedada. O legislador entendeu que ao usuário de drogas deve ser imposto outro tipo de penalização que substitua a privativa de liberdade. Dessa forma, o artigo 28, caput, prevê como penas:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4o Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5o A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6o Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7o O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

A norma exige a oitiva das partes, o contraditório ocorrerá em sede de execução, quando o Juiz entender ser necessária a substituição de uma pena, quando a aplicada não estiver surtindo o efeito desejado, ou quando, por algum motivo justificado, o condenado alegar não poder cumpri-la. A oitiva das partes, obviamente não ocorrerá por ocasião da aplicação da pena em caso de condenação, que é de competência do Juiz da instrução, que já propiciou a manifestação das partes em debate ou alegações finais antes de proferir a sentença.

De acordo com o artigo 27, as penas poderão ser aplicadas isoladamente ou cumulativamente, podendo ser substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o Defensor.

Art. 27. As penas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor.

Como analisado no artigo 28 a mudança trazida é que ao usuário de drogas será dado tratamento especial, ou seja, ao usuário poderão ser impostas penas restritivas de direitos cominadas abstratamente no tipo penal. Não sendo possível a aplicação de pena privativa de liberdade, sendo que a conduta de porte de droga para consumo pessoal continua sendo considerada crime.

No Código Penal as penas restritivas de direitos são aplicadas autonomamente, ou seja, não são cominadas abstratamente no tipo penal não possuindo qualquer relação com as penas privativas de liberdade. Para que aja substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direitos é necessário o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal. Essa substituição é possível quando o Juiz pela imposição da sentença analise a sua viabilidade.

Alguns doutrinadores defendem que o porte de drogas para consumo pessoal, bem como a sementeira, cultivo ou colheita de plantas destinadas à preparação de drogas para consumo do agente, não mais são considerados crimes, mas infrações sui generis. Fernando Capez defende que a autolesão não é crime, e que o delito previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06 é fato atípico.

A Lei n. 11.343/2006 não tipifica a ação de "usar a droga", mas apenas o porte, pois o que a lei visa é coibir o perigo social representado pela detenção, evitando facilitar a circulação da substância entorpecente pela sociedade, ainda que a finalidade do sujeito seja apenas a de uso próprio. Assim, existe transcendentalidade na conduta e perigo para a saúde da coletividade, bem jurídico tutelado pela norma do art. 28. O crime do art. 28 da Lei de Drogas. Quem detém a droga somente durante o tempo estritamente necessário em que a consome limita-se a utilizá-la em prejuízo de sua própria saúde, sem provocar danos a interesses de terceiros,

de modo que o fato é atípico por influxo do princípio da alteridade.

Entretanto, ao analisar a Lei 11.343/06 o seu artigo 28 está expressamente no Capítulo III, do Título III da Lei de Droga. E este capítulo trata dos crimes e das penas. Ou seja, a própria lei diz que estas condutas são crimes. Desta forma, como as condutas são tipificadas como crime e a lei é especial, não há como aceitar que houve descriminalização e que a conduta seria atípica.

Pacheco critica e afirma que é impossível reconhecer uma advertência como sendo uma punição, visando não constar no ordenamento jurídico brasileiro que a advertência possa ser considerada pena restritiva de direito. Portanto, identifica a irracionalidade e ingenuidade do legislador na medida de punir com advertência os usuários, considerando ser além de inútil coloca o Juiz numa circunstância constrangedora. O autor considera que as sanções previstas para os usuários são ineficazes, tendo em vista que não poderá ser estabelecido o cumprimento daquele infrator, além do que tais sanções desrespeitam a finalidade atribuída às penas pelo nosso Código Penal, ou seja, elas não previnem, não retribuem e não educam os usuários de drogas.

Tais medidas não traduzem sanção própria do Direito Penal, não possuem natureza jurídico penal, porque não condizem com as finalidades da pena, nem de prevenção geral e especial nem de retribuição e, muito menos ainda, de sua função social realmente educativa, porque, em razão de não possuir força coercitiva, poderá ter a execução frustrada se o agente não concorda em cumpri-la. (2010, p.51).

Existem duas correntes que tem como discussão a natureza jurídica do artigo 28. O professor Luiz Flávio Gomes, entende que houve descriminalização da conduta de usuário, enquanto outros autores, como por exemplo: Guilherme Nucci, Damásio de Jesus e Fernando Capez, defendem que houve apenas a despenalização.

Sabemos que uso de drogas prejudica a saúde física e psíquica do usuário e ele não é o único prejudicado, a coletividade em si é colocada em risco de dano, uma vez que a saúde pública é bem difusa, mas perceptível concretamente. E cabe

principalmente ao Estado proteger a sociedade dos vícios que podem acometê-los. O vício das drogas tem o potencial de desestabilizar o sistema vigente, desde que quantidade razoável de pessoas for por ele atingida.

Cabe salientar que não está sendo punida a autolesão, mas o perigo que o uso da droga traz para toda a coletividade. Também não está sendo violada indevidamente a intimidade e a vida privada do usuário de drogas, uma vez que esses direitos não são absolutos e podem ceder quando entrarem em conflito com outro direito de igual ou superior valia, como a saúde e a segurança de toda uma coletividade.

Conceituados doutrinadores têm o posicionamento do reconhecimento de que o art. 28 da Lei nº 11.343/06 prevê um crime e uma pena, por outro lado a referida lei não atendeu à outra parte de doutrinadores que defendem a descriminalização da conduta do porte de drogas para uso pessoal, mas a verdade é que, mesmo afastada a hipótese da ocorrência de abolitio criminis, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal já firmaram entendimentos de que não houve a aludida descriminalização, conforme decisões das ementas a seguir citadas (TJ-DF - RSE: 1165503120088070001 DF 0116550-31.2008.807.0001, Relator: SOUZA E ÁVILA, Data de Julgamento: 15/10/2009, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 17/11/2009, DJ-e Pág. 69); (TJ-MG - APR: 10027150092487001 MG, Relator: Nelson Missias de Moraes, Data de Julgamento: 11/08/2016, Câmaras Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 24/08/2016); (TJ-SC - EP: 00022819320188240020 Criciúma 0002281-93.2018.8.24.0020, Relator: Ernani Guetten de Almeida, Data de Julgamento: 08/05/2018, Terceira Câmara Criminal).

6. Breve análise do Recurso Extraordinário RE 635.659

Como o presente trabalho tem o intuito de expor o artigo 28 da Lei 11.343/06 é importante mostrar uma breve análise que tramita no Supremo Tribunal Federal, um Recurso extraordinário que trata da chamada descriminalização do porte de drogas para o consumo pessoal.

A questão da descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal vem sendo discutido no STF através do recurso Extraordinário 635.659 que trata de questão de Inconstitucionalidade da criminalização do porte de droga para

consumo pessoal com o fundamento de que não se pode punir a autolesão, sendo uma questão de violação da privacidade do indivíduo.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo pleiteia a declaração incidental da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que pune aquele que porta drogas para seu consumo pessoal. Atualmente, as penas aplicadas são:

- a) Advertência sobre os efeitos das drogas;
- b) Prestação de serviços à comunidade;
- c) Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O Recurso foi interposto em 2011, a favor de um condenado por porte de drogas para uso pessoal, por portar três gramas de *cannabis sativa*, conhecida popularmente como maconha. No recurso é analisado o porte de Drogas com enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e condutas que digam respeito à esfera privada do agente.

Se baseando nos princípios constitucionais da intimidade, privacidade e ofensividade e no argumento que fumar maconha não causa lesão a terceiros e que o Estado não tem o direito de se envolver em questões da vida privada do indivíduo. O recorrente pede declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas e a absolvição por atipicidade da conduta, com o fundamento que uma Lei infraconstitucional não pode violar a Constituição Federal que garante a intimidade e a privacidade no inciso X do artigo 5º.

Alegando ainda que o artigo 28 da Lei 11.343/06 descreve: adquirir, guardar, ter em depósito, trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização. Portanto, o porte e o consumo da Droga não ofende a saúde pública praticando no máximo uma autolesão, que não é punível, como exemplo a tentativa de suicídio.

A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal tem sido objeto de vários debates. Surgindo o questionamento de conflitos do direito constitucional protegido, pois de certa forma temos a proibição do porte de drogas para o consumo pessoal com o fundamento o direito coletivo da saúde e da segurança pública, assegurados nos artigos 144 e 196 CF/88, e na mesma

Constituição Federal tem a garantia fundamental descrito no artigo 5º inciso X, que resguarda o direito da inviolabilidade da vida privada, da honra, da imagem, do direito à intimidade e o direito do indivíduo se autodeterminar, sendo, portanto, livre a praticar qualquer conduta que não ultrapasse sua esfera íntima.

No presente momento dessa pesquisa o recurso encontra-se parado desde a morte do ministro do STF Teori Zavascki, e aguardando voto do ministro Alexandre de Moraes, de acordo com o site do STF disponível no link <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>, o recurso está com data para Julgamento dia 05/06/2019.

7. Países que adotaram a descriminalização do porte e do uso de Drogas.

7.1. Uruguai.

No Uruguai a legalização da maconha vem sendo praticada desde 2013, pelo atual sistema os usuários devem ter mais de 18 anos, e ser uruguaios ou residir permanentemente no país e se registrar junto ao governo para adquirir ou produzir a droga legalmente. Para o uso da droga ou como costumam dizer “uso recreativo”, as pessoas têm acesso à droga por cultivo próprio, pelos clubes especializados ou farmácias. A quantidade máxima permitida para porte e uso particular mensal é de 40 gramas. É proibido por lei a venda e o uso pessoal para turistas, ou seja, apenas aqueles que são nativos ou estrangeiros residentes e domiciliados podem portar e fazer uso da droga. A mudança foi feita pelo governo do presidente José Pepe Mujica eleito pela Frente Ampla.

Assim como no caso da Holanda, o governo uruguaio diz que a mudança é uma tentativa de separar a maconha de drogas mais nocivas.

7.2. Holanda

Na Holanda a legislação de drogas vigente é de 1976, e tem como base diferenciar as drogas de acordo com seu alto risco para a saúde, por exemplo, a cocaína, heroína, anfetaminas e LSD, e as de menor risco, como maconha e haxixe. Já o álcool, é considerado de alto risco, é liberado, mas controlado pelo governo. No sistema holandês, nunca legalizou a maconha, mas permite a existência dos chamados *Coffe Shops*, que possuem licença para comercializar a maconha para

consumo pessoal para maiores de 18 anos. Entretanto, o cultivo e o tráfico permanecem ilegais.

De acordo com o costume do país os *Coffes Shops* podem vender, no máximo, cinco gramas de maconha para cada indivíduo e não podem ter mais de quinhentos gramas em estoque. Importar e exportar qualquer tipo de drogas é um crime grave, para substâncias mais fortes, a pena varia entre doze e dezesseis anos de prisão. A venda de maconha foi descriminalizada no sistema holandês para separá-la do consumo de outras drogas mais pesadas e acabar com o tráfico.

7.3. Portugal

Em Portugal a descriminalização das drogas ocorreu em 2001 e o seu modelo é referência para outros países, no que se trata no tratamento de dependentes e à redução da violência acarretada por considerar crime o consumo de qualquer droga. O modelo político de combate às drogas de Portugal, tem o fato de que ele combate realmente as drogas e não os usuários. Todas as drogas são entendidas como questão de saúde pública e não de polícia. A lei portuguesa estabelece um limite de 10 doses diárias de forma uniforme para qualquer droga.

A legislação portuguesa tem o entendimento de que produzir ou comercializar qualquer tipo de droga é crime, entretanto, avançou no sentido de tratar os dependentes, fato mais relevante e importante do que apenas prender os traficantes. A descriminalização das drogas de Portugal é completamente diferente de outros países, pois a droga continua sendo criminalizada e ainda questão de polícia, mas o seu consumo não é mais entendido como fato criminoso.

Aquele que for flagrado portando qualquer tipo de droga pela polícia portuguesa será encaminhado para Comissão de Dissuasão da Toxicodependência (IDT), formada por um advogado, um médico e um trabalhador social. A comissão recomenda o tratamento, apresenta as opções que o dependente tem para largar o vício, e jamais punirá qualquer pessoa que esteja portando no máximo dez doses diárias da droga que consome.

Portugal com a descriminalização das drogas apresentou a possibilidade de usuários ter o devido tratamento, refletindo em resultados em diversos setores, como segurança e a saúde.

A segurança principalmente obteve melhoria em alguns aspectos como:

- a) A polícia Portuguesa não se preocupa em abortar diretamente usuários, permitindo o foco principalmente em traficantes.
- b) Houve uma redução nos delitos relacionados ao consumo de drogas.
- c) Houve uma diminuição no número de presidiários.

Na saúde, a principal evolução da política portuguesa, além de oferecer tratamento a usuários, houve uma redução de danos ao próprio usuário e aos seus familiares.

7.4. Estados Unidos

Na década de 70 os Estados Unidos eram pioneiros na proibição de drogas, o presidente da época, republicano Richard Nixon, declarou a guerra às drogas.

As drogas nocivas são proibidas, inclusive a maconha, e tanto a porte quanto o tráfico são considerados crimes por lei federal. Entretanto, leis estaduais legalizaram o uso recreativo da maconha, primeiro os estados de Washington e Colorado em 2012 e dois anos depois, Alasca, Oregon e a capital, Washington seguiram o exemplo. Em 2016 mediante referendo obteve a legalização da droga em Seis Estados Colorado, Washington, Oregon, Nevada, Alasca e Califórnia que permitem a venda e o consumo recreativo de maconha. O último a se juntar ao grupo em 2018 foi à Califórnia. Por outro lado, dois Estados Maine e Massachusetts e a cidade de Washington permitem o consumo da droga, mas não a venda. Dos 50 Estados do país, 29 legalizaram o uso medicinal da maconha.

Entretanto o atual governo de Donald Trump liquidou no começo de 2018, a chamada estratégia judicial sobre a maconha da anterior presidência de Barack Obama, onde tolerava a legalização do uso recreativo da maconha em vários Estados. Estando de volta o rigor contra as drogas nos EUA.

7.5. Colômbia

O marco da descriminalização das drogas na Colômbia teve início no governo do ex-presidente, César Gaviria, conhecido por liderar o país na caçada ao traficante Pablo Escobar e todo o cartel de Medellín, ele defende a ideia de que o Judiciário deve intervir na questão da descriminalização das drogas quando os outros poderes não atuam pelo fim da criminalização das substâncias. Denota que no combate à guerra às drogas é ineficiente que se faz necessário analisar bem a realidade social, pois, ao definir o porte mínimo para consumo pessoal, se o valor for muito baixo, a nova política pode não surtir efeito algum, ou piorar a situação carcerária.

A atual legislação colombiana não pune com pena restritiva de liberdade o porte de pequenas quantidades de drogas e o seu consumo, entretanto, o usuário flagrado com drogas passará por um tratamento ao invés de ser preso.

Na capital de Bogotá, o país começa a produzir legalmente a maconha para fins medicinais. Sendo permitido portar, separadamente, até 20 gramas de maconha, 5 gramas de haxixe e 1 grama de cocaína para uso pessoal

8. CONCLUSÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 é dirigida por leis e princípios fundamentais como meio de normas que embasam e consagram todo o nosso ordenamento jurídico. A principal finalidade do Estado está em propiciar o bem comum a todos os cidadãos, respeitando a esfera individual e a dignidade inerente a cada pessoa. As drogas é um problema social que está se enraizando de tal modo a acabar com a nossa sociedade. O modo de viver é de cada pessoa na sua privacidade e intimidade, entretanto, cabe ao Estado garantir o bem estar e condições para que se tenha uma boa qualidade de vida, se adentrando na privacidade de cada indivíduo para que se possa alcançar o bem comum e sanar com os problemas sociais do país. Portanto, para ter o combate de um problema social é necessária uma lei de drogas rígida dentro dos parâmetros, ao passo que o agente seja desestimulado a praticar o ilícito, e acabar de vez com a sensação de impunidade.

Os problemas relacionados às drogas e os efeitos que ocasionam na sociedade estão longe de serem resolvidos. A lei 11.343/06 investiu em uma política de prevenção, o que até então está sendo uma tentativa para amenizar o número de usuários e reabilitar os dependentes, porém, somente, por meio de um trabalho de prevenção ligado não somente a “lei”, mas também ligado à cultura, à educação e à segurança pública que o Brasil poderá ter seus problemas, relacionados às drogas, não resolvidos definitivamente, mas poderá ser o caminho para que se possa ter uma sociedade menos dependente. Descriminalizar o porte e o uso de Drogas não seria o caminho, como vimos no presente trabalho alguns países que resolveram descriminalizar o porte e o uso teve um aumento considerável de crimes e até mesmo um número ainda maior de presos no sistema carcerário, outros países, porém obtiveram êxito no combate as drogas por tratar preferencialmente o usuário e punir de forma severa os traficantes.

A Lei de Drogas 11.343/06 não descriminalizou a posse de drogas para consumo pessoal, em seu artigo 28 comina pena restritiva de direitos, prestação de serviços à comunidade e multa. Entretanto, alguns entendimentos e algumas doutrinas pesquisadas, defendem que haja a descriminalização e a despenalização da conduta do usuário, pois entendem ao invés de penas privativas de liberdade receberá tão somente penas alternativas, não podendo considerar crime um comportamento que ao invés de ter como sanção uma punição tem apenas medidas educativas e de ressocialização. O principal objetivo da atual legislação de drogas é a prevenção e repressão, desde modo, o legislador deu um tratamento diferenciado ao usuário, aplicando-lhe sanção mais branda do que a dada ao traficante que possui uma pena mais severa. Deve se salientar algumas considerações feitas a respeito do princípio da legalidade, que tem como objetivo afastar a atipicidade do fato, tratando que somos todos iguais perante a lei, e que não há crime sem que a lei o defina, defendendo dessa maneira o artigo 28 da lei 11.343/06 que está expressamente descrito no capítulo dos crimes e das penas, tipificando dessa maneira como crime a conduta prevista no referido artigo.

O tema retratado no presente trabalho é de grande discussão em vários países, pois afinal de qual forma tratar o problema social que atravessa gerações e o mundo inteiro. Descriminalizar, despenalizar ou legalizar as Drogas, esse é mais um caso que tramita no STF e saberemos nesse ano de 2019 o que a Suprema Corte irá decidir se vai descriminalizar a posse e o uso de drogas, ou irá permanecer com o entendimento da legislação de que a melhor forma de se tratar

as drogas é penalizando os traficantes de maneira severa e tratando os usuários, com o presente programa SISNAD. De acordo com o legislador o usuário tem a pena alternativa, restritiva de direito para que não se tenha a sensação de impunidade, mas também existem programas de reabilitações para que possa ser readaptado ao mundo sem drogas novamente. Em alguns países a droga foi legalizada e liberada não com o intuito de prevenir e cuidar da sociedade, mas com o intuito de se alavancar a economia do país, pois afinal a droga não será mais fornecida ilegalmente por traficantes, mas sim pelo próprio governo. Dando a sensação para a sociedade de que houve uma conquista e uma “liberdade” de que no fato houve somente ganhos para o sistema financeiro do país.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal - parte geral. Vol. 1 15º ed. Editora Saraiva 2010. p. 34,35.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: legislação penal especial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4

CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 156 e 157.

CARVALHO, Paulo Roberto; MENDONÇA, Andrey Borges.

Lei de drogas comentada. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

GOMES. Luiz Flávio. Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 27. 29.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – parte especial. Vol I. Rio de Janeiro: Impetus, 2010

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 2ª ed. São Paulo/SP: Editora Gen, 2016.

PACHECO, Gilberto Thums Vilmar. Nova Lei de Drogas: Crime, Investigação e Processo. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI33969,11049-Nova+lei+de+drogas+descriminalizacao+da+posse+de+drogas+para+consumo>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm

<https://focanoresumo.files.wordpress.com/2016/05/foca-no-resumo-lei-de-drogas5.pdf>

<https://danielvaz2.jusbrasil.com.br/artigos/169726864/a-nova-lei-de-drogas-lei-11343-06>

<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/219000832/stf-dira-que-usuario-de-drogas-nao-e-criminoso>

<https://www.projetedacao.com.br/temas-de-redacao/as-consequencias-do-avanco-das-drogas-no-brasil/drogas-um-problema-social/wwst7vr7kg>

<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/576325997/agravo-de-execucao-penal-ep-22819320188240020-criciuma-0002281-9320188240020>

<https://vanessaperpetuosilva.jusbrasil.com.br/artigos/535710246/supremo-tribunal-federal-e-a-descriminalizacao-do-porte-de-drogas-para-consumo-pessoal-breve-analise-do-recurso-extraordinario-re-635659>

<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/376881093/apelacao-criminal-apr-10027150092487001-mg>

<https://ftimaburegio.jusbrasil.com.br/noticias/219236711/stf-x-drogas-veja-como-funciona-a-lei-de-drogas-na-gra-bretanha-holanda-portugal-uruguai-eua-e-colombia>

<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/11/23/ministro-do-stf-libera-para-julgamento-acao-que-decidira-se-porte-de-drogas-para-consumo-e-crime.ghtml>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>

<https://viagem.uol.com.br/noticias/2018/05/01/conheca-paises-onde-e-toleravel-e-ate-legal-usar-drogas-em-pequenas-doses.htm?cmpid>

<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/08/17/Os-primeiros-dados-de-viol%C3%A2ncia-ap%C3%B3-a-libera%C3%A7%C3%A3o-da-maconha-no-Uruguai>

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/uruguai-legalizou-maconha-e-elevou-penas-para- trafico-de-outras-drogas>

<https://www.eurodicas.com.br/consumo-de-drogas-na-holanda/>

<https://awebic.com/democracia/como-portugal-descriminalizou-as-drogas-e-e-um-exemplo-para-o-mundo/>

https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/04/internacional/1515094455_221347.html

<https://viagem.uol.com.br/noticias/2018/05/01/conheca-paises-onde-e-toleravel-e-ate-legal-usar-drogas-em-pequenas-doses.htm>

<https://www.conjur.com.br/2017-mar-29/justica-intervir-politica-drogas-ex-presidente-colombiano>

OS REFLEXOS DAS FALSAS MEMÓRIAS NA PROVA TESTEMUNHAL

DAYANE CRISTINA FÁVARO: Bacharelanda do curso de Direito da Universidade Brasil (campus Fernandópolis SP)

ADEMIR GASQUES SANCHES

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho pretende, preliminarmente, apresentar conceitos gerais acerca da teoria geral da prova no âmbito do direito processual penal, trazendo à baila o conceito e a função da prova, analisando os princípios que dirigem a matéria probatória e fazendo uma tentativa de desconstruir o mito da verdade real no direito processual penal pátrio. Ato contínuo, serão abordados aspectos acerca da prova testemunhal, tais quais o conceito de prova testemunhal, as características da prova testemunhal, bem como falar-se-á sobre as fases de formação do testemunho. Sob a ótica interdisciplinar, buscar-se-á fazer uma análise da memória humana, oportunidade na qual serão apresentadas como a memória humana funciona, abordando como e o motivo pelo qual a memória é passível de falhas. Por último, será debatida a questão das falsas memórias e os fatores que geram esse fenômeno, bem como a apresentação de medidas para a redução de danos, no âmbito do direito processual penal.

Palavras-Chave: Processo penal; Prova testemunhal; Memória humana; Falsas memórias; Técnicas para Redução de Danos.

ABSTRACT: The present work intends, preliminarily, to present general concepts about the general theory of the proof in the scope of criminal procedural law, bringing to the fore the concept and the function of the proof, analyzing the principles that direct the probative matter and making an attempt to deconstruct the myth of real truth in the country's criminal procedural law. Then, aspects of the testimonial test will be discussed, such as the concept of testimonial evidence, the characteristics of the testimonial evidence, as well as the stages of formation of the testimony. From an interdisciplinary point of view, an analysis will be made of human memory, an opportunity in which human memory will be presented, and how memory is susceptible to failure. Finally, the issue of false memories and the factors that generate this phenomenon will be discussed, as well as the

presentation of measures to reduce damages, within the scope of criminal procedural law.

Keywords: Criminal proceedings; Witness test; Human memory; False memories; Techniques for Harm Reduction.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Prova no Processo Penal; 2.1. Conceito e Função de Prova; 3. Princípios Processuais Penais; 3.1. O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa; 3.2. Princípio do Devido Processo Legal; 3.3. Princípio da Verdade Real; 4. Da prova Testemunhal; 4.1. Noções Gerais; 4.2. Características da Prova Testemunhal; 5. Fases e Condições da Formação do Testemunho; 5.1. Condições de Percepção; 5.2 Condições de Memória; 5.3. Condições de Depoimento; 6. Memória; 6.1. Falhas Memórias; 6.2. Falsas Memórias; 7. Consequências das Falsas Memórias no Processo Penal; 8. Falsas Memórias e o Ato de Reconhecimento; 9. Técnicas para Redução de Danos; 9.1. Entrevista Cognitiva; 10. Conclusão.

1.INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é demonstrar aos profissionais do direito, em especial aos profissionais da área processual penal, para o fato de que os testemunhos não devem ser arguidos à categoria de verdade absoluta, haja vista que existem variáveis que afetam a qualidade e a confiabilidade da prova testemunhal.

Muitos processos buscam a reconstrução do fato criminoso, as testemunhas são inquiridas para relatarem os acontecimentos passados. Neste cenário, as falsas memórias consistem em recordações de fatos que nunca aconteceram ou, se aconteceram, foram de forma diferente de como recordado pelo depoente.

O processo de falsificação da memória pode ser desencadeado por uma interpretação errada de um acontecimento, pela sugestionabilidade externa, ocasionada pela autoridade policial ou pelos atores processuais, durante a colheita do testemunho.

A memória assume relevante importância no processo de reconstrução do delito, razão pela qual é muito estudada pelos profissionais especializados na psicologia do testemunho e merece maior atenção dos operadores do direito processual.

Neste diapasão, far-se-á a análise de algumas noções fundamentais do sistema processual penal, da prova testemunhal e das falsas memórias, bem como demonstrar breves considerações acerca da memória humana, expondo fundamentos teóricos ligados ao fenômeno da falsificação de memórias, visando construir uma base sólida que permita ao leitor uma melhor compreensão do tema a ser abordado. Após, analisar-se-ão apresentações de algumas propostas elaboradas por estudiosos do tema na busca de uma redução dos danos causados pelo processo de falsificação das memórias, visando tornar o referido meio de prova, considerado fundamental, mais confiável e de melhor qualidade.

2. Prova no Processo Penal.

2.1. Conceito e Função de Prova

O vocábulo "*prova*" encontra sua etimologia do latim – *probatio* –, que significa ensaio, verificação ou confirmação, isso em sentido amplo, mas no direito processual penal é o ato que busca a verdade dos fatos, bem como reconstruir fatos passados, através das provas encontradas, afim de instruir o julgador.

O professor Guilherme de Souza Nucci assim define prova:

A prova é a demonstração lógica da realidade, no processo, por meio dos instrumentos legalmente previstos, buscando gerar, no espírito do julgador, a certeza em relação aos fatos alegados e, por consequência, gerando a convicção objetiva para o deslinde da demanda. (NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no Processo Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 15.)

Portanto, para o direito processual penal, é inadmissível que ocorra erros, suposições ou dúvidas sobre um crime. É de extrema importância que os fatos precisam ser provados para que não haja a condenação de uma pessoa inocente, afetando um dos bens jurídicos mais sagrado que é a liberdade.

A função da prova tem como objetivo principal convencer o órgão julgador, e destaca-se também a ideia de que, para que se possa alcançar a dita verdade processual, ao reconstruir o fato histórico, no curso do processo, por meio de elementos probatórios, os sujeitos processuais devem buscar obter um conhecimento interdisciplinar, haja vista que, não raras às vezes, é exigível que se tenha noções básicas de Psicologia, Criminologia, Sociologia, Medicina Legal e outros ramos para que se tenha uma maior compreensão da qualidade e da importância da prova produzida.

Como exposto acima é fundamental fazer uma análise interdisciplinar no meio de prova oral, se é inegável sua importância para a reconstrução de um fato delituoso, e ao mesmo tempo é o mais manipulável e perigoso meio de prova admitido no processo penal, sendo um meio vulnerável para a contaminação do fenômeno da falsificação das memórias.

Antes, é necessário realizar uma breve análise sobre os princípios da prova no âmbito do direito processual penal.

3. Princípios Processuais Penais

Com previsão expressa no Código de Processo Penal de 1941, bem como, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, alguns princípios foram de extrema importância para harmonizar o código de processo penal, por ainda possuir forte caráter autoritário e inquisitorial, assim, o objetivo principal dos princípios, foi de proporcionar garantias processuais constitucionais que representam verdadeiros escudos protetores contra o abuso do poder estatal.

Sendo assim, é necessário fazer uma breve análise sobre os princípios considerados como a base fundante de um processo penal democrático-acusatório. São eles: O princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, o princípio do devido processo legal, e o princípio da verdade real.

3.1. O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa.

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, assegura que, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Este princípio previsto na constituição é um dos mais importantes para o sistema processual penal, é por meio de tal princípio que o Estado concede ao acusado a garantia de se ter uma defesa, sendo ela de forma pessoal, técnica ou por assistência jurídica.

Dando continuidade ao assunto, o princípio do contraditório nada mais é a possibilidade de contrariar, ou seja, comprovar a verdade, o direito de buscar provas para se defender, é o seu direito de manifestação no processo. Já no que segue ampla defesa, está intimamente ligada ao contraditório, pois o exercício daquela só é possível em decorrência do direito à informação, um dos corolários da garantia do contraditório, bem como a ampla defesa só é evidenciada por meio do direito de reação, outro corolário do princípio do contraditório.

3.2. Princípio do Devido Processo Legal

O devido processo legal vem consagrado pela Constituição Federal no art. 5º., LIV e LV, ao estabelecer que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e ao garantir a qualquer acusado em processo judicial o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Como expresso na constituição, todos terão direito de um julgamento, onde as regras estão previstas em lei. Caso não haja respeito por esse princípio, o processo se torna nulo. Considerado o mais importante dos princípios constitucionais, é deste que derivam todos os demais.

3.3. Princípio da Verdade Real

No processo Penal, a verdade real busca a apuração de fatos, que mais se correlacionam com algum ocorrido. Para a aplicação desse princípio, é necessário que se utilize todos os mecanismos de provas para a compilação idêntica dos fatos.

Nas palavras de Morais da Rosa, “a verdade real é empulhação ideológica que serve para acalmar a consciência de acusadores e julgadores. A ilusão da informação perfeita no processo penal recebe o nome de Verdade Real”. (MORAIS DA ROSA, Alexandre. A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal. 2º ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 117.

Sendo assim, podemos analisar que a verdade real é algo que não pode se concretizar, basta ir mais afundo sobre o assunto do artigo, como exemplo, o fato de que a testemunha presta compromisso legal de dizer a verdade, sob pena de responder pelo crime de falso testemunho.

É difícil trazer aos autos a reconstrução perfeita de um fato delituoso, e isso está intimamente ligado com a prova testemunhal e bem como com o complexo processo de captação, retenção e recordação das memórias humanas, que, dentre outros fatores, está sujeito às interferências emocionais, sugestões externas e formações de falsas memórias, alcançar a denominada verdade real é tarefa impossível.

4. Da Prova Testemunhal

4.1.Noções Gerais

Após apresentar uma breve e necessária introdução acerca da prova no processo penal brasileiro, é fundamental tecer alguns comentários a respeito do meio de prova objeto do presente trabalho, a prova testemunhal.

Conforme já ventilado, a prova testemunhal, no processo criminal, “é a mais comum, encontrada e alicerçada das provas e, ao mesmo tempo, representa a mais controvertida, ao ponto de receber o epíteto pejorativo de a prostituta das provas”. (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no Processo Penal. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 157)

Por tal razão, o estudo da prova testemunhal merece um capítulo próprio, visto que, no processo penal, não rara às vezes, as sanções impostas, de natureza privativa de liberdade, são fundamentadas exclusivamente no que foi dito durante a colheita da prova testemunhal.

Nas lições de Renato Brasileiro: Testemunha é a pessoa desinteressada e capaz de depor que, perante a autoridade judiciária, declara o que sabe acerca dos fatos percebidos por seus sentidos que interessam à decisão da causa. A prova testemunhal tem como objetivo, portanto, trazer ao processo dados de conhecimento que derivam da percepção sensorial daquele que é chamado a depor no processo. (DE LIMA, 2016, p. 680.)

O vocábulo “*testemunhar*” possui sua origem etimológica no latim *testari* que, por sua vez, significa mostrar, asseverar, manifestar, testificar, confirmar.

Testemunha é aquela pessoa que não é parte no processo, sendo considerada sujeito processual secundário, e nem precisa ter tido efetiva participação no acontecimento ocorrido, podendo ter presenciado ou ter tido apenas conhecimento dos fatos, trazendo informações relevantes para o julgamento.

A prova testemunhal está prevista no artigo 202 ao 225 do Código de Processo Penal. No capítulo denominado “das testemunhas” que se encontram as características da prova testemunhal, os deveres e direitos das testemunhas, as espécies de testemunhas e o rito que deve ser observado no momento da colheita do depoimento.

4.2. Características da Prova Testemunhal

As principais características que a doutrina brasileira considera fundamental para o testemunho é: oralidade, objetividade e retrospectividade.

- a) **Oralidade:** a prova testemunhal é feita oralmente, conforme disposto no art. [204 CPP](#). Não se permite depoimentos por escrito, e nem que a testemunha faça a leitura de um depoimento previamente escrito. Entretanto, o Código traz duas exceções à regra: quando a testemunha é muda, as perguntas serão feitas oralmente e as respostas são dadas por escrito; e quando é surda-muda um interprete intervirá no ato como pessoa habilitada a entendê-la.

- b) **Objetividade:** A testemunha deve se ater aos fatos, sem expor opiniões pessoais ou realizar qualquer juízo de valor. Ha exceção quando o juízo de valor é necessário para reprodução dos fatos.
- c) **Retrospectividade:** O testemunho prestado versa sobre fatos passados, e não futuros. Cabe a testemunha, tão somente, narrar os fatos que estão gravados em sua memória. É exatamente neste ponto que pode existir o processo de falsificação da memória, tema central do presente trabalho acadêmico.

No entanto, tal fato deixa em evidência a fragilidade da prova testemunhal, meio de prova mais utilizado para legitimar decretos judiciais do âmbito do direito penal e processual penal.

Diante de todo exposto sobre as características da testemunha, podemos observar que o testemunho exige conhecimento além do direito penal material e do direito processual penal, sendo necessários, a título de exemplo, conhecimentos em sociologia, antropologia e psicologia, em especial o campo da Psicologia do Testemunho, na análise do processo de formação de falsificação da memória.

5. Fases e Condições da Formação do Testemunho

O testemunho passa, necessariamente, por três fases, quais sejam: conhecimento do fato, conservação do conhecimento pela memória e declaração do conhecimento.

No decorrer da primeira fase, durante a apreensão ou conhecimento é que ocorre o contato inicial, a tomada do depoimento da testemunha. Este momento também pode ser subdividido em outras três fases, denominadas sensação, percepção e avaliação.

Ressalta-se, por oportuno, que neste diapasão, a sensação, percepção e avaliação, não pode ser algo que possa confiar completamente, pois tudo vai depender do estado em que a pessoa está, e com isso pode surgir qualquer tipo de imagem subjetiva do mundo externo que não é a realidade daquele momento.

Em suma:

O depoimento de uma pessoa sobre um acontecimento qualquer depende de alguns fatores: do modo como percebeu esse acontecimento; do modo como sua memória o conservou; do modo como é capaz de evocá-lo; do modo como quer expressá-lo e do modo como pode expressá-lo. (MIRA Y LOPEZ, Emilio; ARRUDA, Elso (Trad.). Manual de Psicologia Jurídica. São Paulo: Mestre Jou, 1967. p. 159.)

Diante de todo o exposto é fundamental analisar de maneira mais detalhada alguns dos fatores que podem condicionar o processo de formação do testemunho, inclusive todo o processo de captação da memória humana.

5.1. Condições de Percepção

As condições de percepção podem ser divididas em ordem objetiva ou de ordem subjetiva e, exercem influência na primeira fase de formação do testemunho, no momento da percepção do fato. Em relação às condições objetivas, pode-se dizer que estas não se referem à testemunha diretamente, mas sim ao ambiente externo ao seu redor (tempo, lugar, iluminação, barulhos, entre outros).

Já as condições subjetivas estão intimamente relacionadas ao autor do testemunho, são condições pessoais do depoente. Há estudos sobre o assunto de que a condição subjetiva que mais influência na percepção do fato é a emoção. A pessoa que está emocionalmente abalada pode ter um considerável grau de redução da sua capacidade perceptiva.

Podemos considerar, que sendo maior ou menor grau de condição da percepção com o fato que ocorreu, pode estar relacionado aos mais variados fatores, tais como: o lapso temporal entre o fato e a colheita do depoimento, a iluminação, o barulho do local no momento em que se deram os fatos, se estava próximo ou distante do momento da ação, e etc.

5.2. Condições de Memória

É de conhecimento de todos que a nossa memória é falha. Podemos ter como exemplo, ao se contar uma história, que ocorreu há três anos ou dez anos, sempre deixamos de lado detalhes que não passaram despercebidos quando a

mesma história é contada alguns minutos depois do acontecimento, pois no decorrer do tempo pode haver qualquer tipo de influência, que pode modificar o que realmente aconteceu na data do fato.

Neste diapasão, destaca-se que também é possível que o método utilizado para inquirição das testemunhas exerça considerável influência negativa no processo de recordação dos fatos apreendidos pela memória. A título de exemplo, uma pergunta viciada por sugestões ou insinuações, ou até mesmo em casos mais graves, onde a colheita do testemunho é feita sob coação, pode gerar um abalo emocional capaz de influenciar a narrativa testemunhal. Por tal razão, necessário é empregar meios capazes de evitar a realização de questionamentos intimidadores e insistentes, tão comuns no dia a dia da prática processual penal.

5.3. Condições de Depoimento

No código de processo penal nos artigos 210, *caput* e parágrafo único e 217, estabelecem condições em que serão realizados os depoimentos das testemunhas, citando mecanismos capazes de reduzir a incidência de pressões de natureza internas e externas no momento do testemunho, sem violar as garantias constitucionais.

Nas palavras de Malatesta:

A animosidade, a afetação, a premeditada identidade do depoimento são consideradas como três causas formais de diminuição da fé nos testemunhos, assim como a equanimidade, a naturalidade e a não-premeditação do depoimento são consideradas como as três causas formais de aumento da fé. Mas, além dos depoimentos, há exterioridades indiretamente reveladoras do espírito mesmo na pessoa do depoente: é o complexo daqueles indícios que emanam do conteúdo pessoal da testemunha e aumentam ou diminuem sua credibilidade. A segurança ou excitação de quem depõe, a calma ou perturbação de seu semblante, sua desenvoltura como de quem quer dizer a verdade, seu embaraço como o de quem quer mentir, um só gesto, um só olhar, por vezes, podem revelar a veracidade ou mentira de

uma testemunha. Eis, mil outras exterioridades quem devem também ser consideradas nos testemunhos, para bem avaliá-los". (MALATESTA, 2004, p. 360.)

Neste diapasão podemos visualizar com clareza, que mesmo com todas as garantias constituídas em lei, a prova testemunhal não demonstra a credibilidade que deveria ter, pois o depoente é ser humano e todos são cheios de emoção. A maioria tem um temor de testemunhar, e isso pode influenciar no resultado final do processo. Se o juiz, delegado, promotor de justiça, não souber trabalhar com essa situação, pode-se afetar as pessoas inocentes, pois poderão induzir a testemunha dizer-se aquilo que nem ela sabe se viu, fazendo afirmações que não poderiam ser feitas e é por isso que necessita ser mudado todo o processo de inquirição das testemunhas.

6. Memória

Conforme já dito por diversas vezes, o escopo do presente trabalho é fazer uma abordagem sobre a prova no processo penal, demonstrando a sua instrumentalidade no método de reconstrução dos fatos delituosos, chegando o mais próximo possível do que de fato aconteceu, respeitando todas as garantias constitucionais.

Ocorre que a palavra da testemunha não é capaz de reconstruir a dinâmica dos fatos da exata maneira que ocorreram no mundo real. Isto porque, ao testemunhar, a pessoa recorre à memória e, ao capturar e armazenar os fatos, não raras às vezes, o cérebro distorce a realidade percebida, de modo que a nossa memória pode ser uma máquina de falhas sabotadoras.

Não se pode, portanto, atribuir natureza de verdade absoluta a palavra da vítima ou de eventuais testemunhas, bem como não é razoável embasar um decreto condenatório exclusivamente neste meio de prova, sem que sejam estabelecidos critérios mínimos para determinar se o que foi dito, seja pela vítima ou por uma testemunha, merece ou não credibilidade.

6.1. As falhas da memória

Para o dicionário Aurélio, memória é a “Faculdade pela qual o espírito conserva ideias ou imagens, ou as readquire sem grande esforço”. Tal definição dá robustez à ideia de que a memória não é uma coisa uma, imutável, mas sim um mecanismo humano associado à retenção e à recuperação de vários dados.

Conforme já exposto, o processo de formação e acesso às memórias podem sofrer influência de diversos fatores, internos ou externos, existindo, assim, a possibilidade do cérebro humano transformar a realidade existente ou criar uma realidade própria, que nunca existiu de fato, evidenciando o grande problema que é atribuir o valor de verdade absoluta à prova testemunhal, no âmbito do direito processual penal.

6.2. Falsas memórias

O termo “falsas memórias”, tal como conhecemos hoje, foi cunhado pela primeira vez no ano de 1881, por Theodule Ribot, a partir da análise do caso de um homem chamado Louis, de 34 anos, o qual passou a ter memórias de situações nunca antes vivenciadas por ele.

Todavia, tem-se notícia de que os primeiros experimentos acerca do fenômeno da falsificação da memória se deram alguns anos depois, com Binet, na França, em 1900; Stern, na Alemanha em 1910 e Bartlett, na Inglaterra, em 1932. Enquanto os dois primeiros pesquisadores concentraram seus esforços na demonstração da existência das falsas memórias em crianças, Bartlett foi o primeiro a estudar a ocorrência do fenômeno em adultos.

Nesse contexto, Elizabeth Loftus apareceu bem depois, ou seja, nos anos 70. Entretanto, a nosso ver, o que fez dela uma das maiores autoridades sobre o assunto, foi justamente a introdução de uma nova técnica para o estudo das falsas memórias, consistente na sugestão da falsa informação, o que denominou de procedimento de sugestão de falsificação ou sugestão, isto é, uma releitura do clássico paradigma da interferência, no qual uma informação interfere ou atrapalha a codificação e posterior recuperação de outra. Cuida-se de inserção de uma informação não verdadeira em meio a uma experiência realmente vivenciada ou não, produzindo o chamado efeito “falsa informação”, no qual o sujeito

acredita verdadeiramente ter passado pela experiência falsa. A autora constatou e identificou a problemática como ela é entendida hoje.

O trabalho de Loftus procurou demonstrar que é possível implantar uma memória falsa de um evento que nunca ocorreu, bem como podem haver modificações significativas em fatos realmente vivenciados.

7. Consequências das Falsas Memórias no Processo Penal

Como visto acima, a prova, principalmente a testemunhal, pode sofrer intensas influências em razão de falhas de memória a que estão sujeitas as pessoas que irão prestar depoimento no curso da persecução penal, ou seja, desde o inquérito policial, até a ação penal.

É relevante frisar que nem sempre só falhas de memórias podem desfigurar o princípio da verdade real buscado pelo Processo Penal. Dependendo do local onde se deram os fatos, a testemunha pode se equivocar com aquilo que viu, de maneira que sem a intenção de faltar com a verdade, acaba trazendo informações incorretas para o processo.

Imagina-se por exemplo, uma testemunha que presenciou a ocorrência de um crime em uma boate, durante a madrugada, depois de ingerir bebidas alcólicas, ainda com luzes fracas ou piscando. Tal testemunha, com toda certeza, não tem condições de reconstruir o fato como ele realmente aconteceu dadas as referidas circunstâncias.

De outro lado, muito mais apta estará uma testemunha a dizer a verdade real, se presenciou a execução do crime durante o dia com plena claridade solar.

Relativamente a falsa memória, a verdade no Processo Penal pode ser totalmente deturbada. Para frisar-se, nem tanto que a falsa memória ocorre de maneira involuntária, ou seja, a testemunha não tem vontade de mentir.

Alguns exemplos ocorridos no território nacional e em outros países podem ser citados da seguinte forma:

Exemplo de um caso narrado por Daniel Schacter em seu livro. Vejamos:

Peter Reilly chegou em casa e encontrou o corpo da mãe. Imediatamente, chamou a polícia, que o identificou como um dos suspeitos e submeteu-o a um detector de mentira, no qual ele não passou. Embora no início negasse a autoria do crime, Reilly acabou convencido de que era o culpado e assinou uma confissão por escrito. Dois anos mais tarde, foi inocentado graças a novas provas, que mostravam que ele não poderia ter assassinado a mãe. (SCHACTER, 2003, p. 151).

André Luiz Medeiros Biazucci Cardoso, preso por um período de seis meses e 26 dias entre outubro de 2013 e maio deste ano. Acusado de sete estupros, o dentista de 27 anos foi capturado por agentes da Delegacia de Atendimento à Mulher (Deam) de Belford Roxo, na Baixada Fluminense, e ficou detido em dois presídios da Região Metropolitana até ser absolvido. A Corregedoria Interna da Polícia Civil (Coinpol) instaurou sindicância para apurar a conduta dos policiais responsáveis pela investigação. Segundo ele, a polícia já investigava a sua participação em estupros na Baixada Fluminense quando a prisão ocorreu. As investidas policiais em relação à conduta de André começaram depois que uma das vítimas do abuso sexual teria anotado a placa do carro dele e entregado à polícia, informando ser do veículo em que estava o esturador. No entanto, por mais suspeitas e pistas que possam ter aparecido, a negligência em achar provas cabais foi, segundo ele, o motivo de sua permanência na cadeia.

“Apesar da minha vontade de colaborar, em nenhum momento houve a intenção de fazer um exame de DNA para comprovar se eu era mesmo o culpado. Só se preocuparam em fazer exame de corpo de delito nas vítimas”, explicou.

O acusado só conseguiu ser considerado inocente, segundo ele, depois que seu advogado de defesa conseguiu autorização para fazer um exame de DNA nos resíduos biológicos presentes nas vítimas e nas cenas dos crimes, enquanto ele estava preso. O resultado do teste provou que ele não era o responsável pelos crimes. “O exame foi feito em março, cinco meses após a prisão”.

Na decisão que absolveu o dentista, no dia 14 de maio, o juiz da 2ª Vara Criminal de Belford Roxo questionou diversos elementos na investigação e lamentou a forma como a mesma foi conduzida.

É importante salientar que tanto aquela testemunha que teve sua visão ofuscada por conta da iluminação, quanto aquela que não falou a verdade em

vista de uma falsa memória, não poderão ser condenadas pelo crime de falso testemunho, uma vez que não agiram dolosamente, mesmo porque ambas acreditam sinceramente que estão dizendo a verdade.

8. Falsas Memórias e o Ato de Reconhecimento

O ato de reconhecimento está previsto em nosso ordenamento jurídico no artigo 226 e incisos do Código de Processo Penal, e merece ser abordado graças à posição que alcançou de ser um dos meios de provas mais utilizados na fase pré-processual ou processual. Ser reconhecido como suposto autor do delito investigado, seja pela vítima ou por uma testemunha ocular, não raras as vezes, é suficiente para formar, no imaginário do magistrado, a certeza no que diz respeito à autoria delitiva.

É, portanto, o reconhecimento, o meio de prova que tem por finalidade reconhecer, pessoa ou coisa, valendo-se, para tal, de um processo psicológico de recuperação de elementos percebidos no passado.

9. Técnicas para a redução de danos

9.1. Entrevista Cognitiva

Antes, porém, de se abordar a questão da entrevista cognitiva propriamente dita, é preciso entender o motivo pelo qual o método tradicional de interrogatório não pode mais ser utilizado no processo penal.

O método tradicional de inquirição caracteriza-se pelo emprego de perguntas fechadas ao entrevistado. Em apertada síntese, as perguntas fechadas são aquelas que são possíveis de serem respondidas de maneira objetiva e com apenas uma ou poucas palavras. Em contraposição, as perguntas abertas são aquelas que requerem uma declaração maior.

Assim, perguntar à vítima ou a testemunha o que aconteceu no dia do crime constitui verdadeiro exemplo de pergunta aberta, ao passo que perguntar se o ladrão utilizava um revólver ou uma pistola é um claro exemplo de pergunta fechada.

O grande problema ao redor das perguntas fechadas é que, uma vez realizadas, deixam em evidência para o entrevistado que o entrevistador já parte de um pressuposto tendencioso, sugerindo ao primeiro a resposta que deve ser dada. Eis o motivo pelo qual o método tradicional de inquirição deve ser abandonado.

Após todo o exposto até aqui, sabe-se que, na grande maioria das vezes, um estímulo externo, como, por exemplo, a indução por um outro agente ou uma ampla cobertura midiática sobre determinado fato, é o fator determinante para a formação de uma falsa memória. Neste diapasão, estudar o modo como deve ser realizada a oitiva da suposta vítima ou testemunha é medida fundamental na estratégia de contenção de danos ocasionados por essas influências externas.

A psicologia do testemunho vem, ao longo dos anos, estudando as chamadas técnicas de redução de danos, todavia o assunto ainda é muito novo para os operadores do direito processual penal pátrio, razão pela qual se faz necessário trazer para dentro da academia jurídica, discussões acerca desses métodos.

Uma das alternativas que serão sugeridas nesse capítulo é a aplicação da entrevista cognitiva como método de inquirição.

Inicialmente desenvolvida na década de 1980, por Edward Geiselman e Ronald Fischer, o método da entrevista cognitiva surgiu como uma alternativa aos interrogatórios tradicionais, visando melhorar a qualidade e a precisão dos depoimentos colhidos. Podendo ser utilizado por qualquer entrevistador, a entrevista cognitiva permite potencializar a qualidade dos depoimentos prestados por vítimas e testemunhas de crimes, permitindo que haja um maior grau de confiabilidade na prova colhida.

O grande diferencial da técnica de entrevista cognitiva é o fato de que o entrevistador, ao perguntar, mantém-se neutro, não projetando suas convicções ao formular perguntas fechadas, como, via de regra, ocorre no método tradicional de inquirição. Não há sugestões, muito pelo contrário, busca-se reduzir o grau de induzimento nas respostas do entrevistado.

10. CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, buscou-se compreender o que é, como se forma e quais são os problemas que envolvem a memória no âmbito do direito processual penal, com especial ênfase ao fenômeno da falsificação de memórias e sua implicação na prova testemunhal.

Neste diapasão, percebeu-se que o testemunho é um dos meios de prova capazes de trazer ao processo informações importantes do fato pretérito que se pretende reconstruir, por meio de um processo de captação, armazenamento e resgate de dados percebidos do mundo exterior.

Ocorre, porém, que a memória humana é suscetível a inúmeras falhas, permitindo a ocorrência de vários e não raros equívocos no momento do testemunho.

A necessidade de abordar de maneira crítica a fragilidade da prova testemunhal surge da constatação de que os tribunais brasileiros cada vez mais condenam homens e mulheres exclusivamente com base no testemunho, sem que se faça uma análise mais detida do que foi dito pelos depoentes.

Ressalta-se, por oportuno, que não se busca aqui concluir pelo afastamento da palavra de uma testemunha ocular ou da própria vítima do fato que se busca reconstruir, muito pelo contrário! O que se busca é dar maior credibilidade ao depoimento, por meio da implementação de métodos que possam assegurar maior robustez ao testemunho, sempre partindo do pressuposto de que a presunção em nosso ordenamento é de inocência, e não de culpabilidade.

REFERÊNCIAS

PERGHER, Giovanni Kuckart; STEIN, Lilian Milnitsky. *Entrevista Cognitiva e Terapia Cognitivo Comportamental: do Âmbito Forense à Clínica*. Disponível em: .

PINHO, Maria Salomé. A Entrevista Cognitiva em Análise. In: FONSECA, António Castro et. al.. *Psicologia Forense*. Coimbra: Almedina, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando. *Processo Penal*. v. I. 35ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 15

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal*. 2º ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 117.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 157.

MIRA Y LOPEZ, Emilio; ARRUDA, Elso (Trad.). *Manual de Psicologia Jurídica*. São Paulo: Mestre Jou, 1967. p. 159.

MALATESTA, 2004, p. 360.

SCHACTER, 2003, p. 151

<https://adamsousa.jusbrasil.com.br/artigos/505498239/a-prova-no-processo-penal>

http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16464

<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-princ%C3%ADpio-da-presun%C3%A7ao-de-inoc%C3%Aancia-e-sua-aplicabilidade-conforme-entendimento-do-supremo>

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4850

<https://wallacestrela.jusbrasil.com.br/artigos/456090513/o-principio-da-verdade-real-no-ambito-do-processo-penal>

<https://julijacob.jusbrasil.com.br/artigos/316059037/prova-testemunhal-no-processo-penal>

<https://ponte.org/induzidas-pela-policia-e-aceitas-pela-justica-falsas-memorias-condenam-inocentes/>

<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/10/aprendi-ter-fe-diz-inocentado-apos-7-meses-presos-por-estupros-no-rio.html>

FEMINICÍDIO: NÚMEROS DESTES CRIME CONFORME O MAPA DA VIOLÊNCIA DE 2018

RAFAELA CRISTINA LONGO

ANDRÉ P. VIANA.

RESUMO: O feminicídio foi criado como Lei em 2015, porém já tem um conceito desde a década de 70 com o nome femicídio, reconhecido mundialmente, se trata de um crime hediondo em que mulheres são mortas por homens por pertencerem ao gênero feminino, logo se nota a existência do sentimento de ódio, e também da desigualdade. Ao passar do tempo, é perceptível o aumento do índice de feminicídio, foi então criado e sancionado a Lei nº 13.104/2015, tendo a finalidade de penalizar qualquer tipo de violência contra a mulher sendo essa doméstica ou não, e também tornar mais rígida a Lei nº 11.340/2006 mais conhecida como a Lei Maria da Penha, trazendo para o artigo 121 do Código Penal uma mudança, onde o feminicídio torna-se homicídio qualificado, presente no rol de crimes hediondos, tendo a pena aumentada em 1/3 até a metade se for encarregado de situações agravantes. Impossível falar de feminicídio e não se lembrar de preconceito e desigualdade, e dados do Atlas da Violência de 2018 aponta o aumento significativo de homicídio com vítimas negras, sendo que de mulheres brancas teve queda. Grande parte das vítimas já traz sinais de violência antes mesmo de serem mortas, pois a maioria desses crimes são cometidos pelos próprios companheiros da vítima, ou seja, grande maioria já vem sofrendo violência diária. Sendo assim, é possível a prevenção do feminicídio, detectando abusos antes das mulheres serem vítimas fatais, oferecido à vítima apoio e alternativas concretas para que consiga sair desse ciclo de violência.

Palavras-chave: Violência; Ódio; Morte; Mulher; Prevenção.

ABSTRACT: Femicide was created as a Law in 2015, but it has a concept since the 1970s with the name femicide, recognized worldwide, it is a heinous crime in which women are killed by men for belonging to the female gender, existence of hatred, and also of inequality. Over time, the increase in the index of femicide is perceptible, Law 13.104 / 2015 was created and sanctioned, with the purpose of penalizing any type of violence against women, whether domestic or not, and also making it more rigid. Lei nº 11.340/2006 better known as the Maria da Penha Law,

bringing to article 121 of the Criminal Code a change, where femicide becomes qualified homicide, present in the list of heinous crimes, with the pen increased by 1 / 3 to half if it is in charge of aggravating situations. Impossible to speak of femicide and not to remember prejudice and inequality, and data from the Atlas of Violence of 2018 indicates the significant increase of homicide with black victims, and of white women had a fall. Most of the victims already show signs of violence before they are even killed, since most of these crimes are committed by the victim's own companions, or most of them are already suffering daily violence. Thus, it is possible to prevent femicide by detecting abuses before women become fatal victims, offering the victim support and concrete alternatives to get out of this cycle of violence.

Keywords: Violence; Hate; Death; Woman; Prevention.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE FEMINICÍDIO. 3. DIFERENÇA ENTRE FEMINICÍDIO E LEI MARIA DA PENHA. 4. TIPOS DE FEMINICÍDIO. 4.1. PASSIVOS OU INDIRETOS. 4.2. ATIVOS OU DIRETOS. 4.3. FEMINICÍDIO INTIMO. 4.4. FEMINICÍDIO NÃO INTIMO. 4.5. FEMINICÍDIO INFANTIL. 4.6. FEMINICÍDIO FAMILIAR. 4.7. FEMINICÍDIO POR CONEXÃO. 4.8. FEMINICÍDIO SEXUAL SISTÊMICO. 5. AUMENTO DE FEMINICÍDIO COM VÍTIMAS NEGRAS. 6. SOCIEDADE PERANTE A VIOLÊNCIA. 7. FORMAS DE PREVENÇÃO AO FEMINICÍDIO. 8. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A mulher sempre foivista com inferioridade em relação ao homem, sendo tratada como se fosse um objeto de sua posse, para percebermos isso não é necessário ir muito longe, pois infelizmente esse fato ainda acompanha a sociedade apesar de todos os avanços que ocorreram, para isso basta ver a desigualdade que ainda existe, a forma diferente de tratamento, as oportunidades que são dadas para cada um, e até mesmo a violência de forma mais grave.

Houve uma grande revolução histórica com a chegada da Lei nº 11.340/2006 mais conhecida como Lei Maria da Penha, que deu as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar assistência e proteção, porém nem toda violência

contra mulher é somente doméstica e familiar, tendo a necessidade de algo mais abrangedor.

Foi criada então, a Lei nº 13.104/2015 de 09-03-2015, conhecida como Lei do Femicídio, trazendo mudanças ao artigo 121 do Código Penal, tornando o Femicídio um homicídio qualificado, presente no rol de crimes hediondos, cujo sua pena é aumentada em 1/3 até a metade se encarregado de situações agravantes, tendo o intuito de proteger a mulher de violência por razões de condição de sexo feminino seja ela violência doméstica e familiar e também menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Portanto, estabelece o feminicídio todo crime comprovado que sua causa é excepcionalmente por questão de gênero, ou seja, quando mulheres são violentadas simplesmente por serem mulheres.

No Brasil de acordo o Atlas da Violência 2018(Ipea e FBSP),no ano de 2016, foram mortas 4.645 mulheres, calcula-se então que para cada 100 mil brasileiras tem a taxa de 4,5 homicídios, tendo um aumento de 6,4 em dez anos.

Sendo que os crimes ocorrem por motivo de gênero, onde mulheres são mortas por serem mulheres, crimes motivados por ódio e aversão a mulher, constituindo o crime feminicídio.

Destaca-se também no homicídio de mulheres o aumento de vítimas negras sendo que maiores vítimas do feminicídio são negras e jovens, com idade entre 18 e 30 anos. No ano de 2016 é maior a taxa de homicídio com vítima negra (5,3) e mulheres não negras (3,1) com diferença de 71%, sendo que o índice de homicídio para cada 100 mil mulheres negras teve aumento de 15,4%, sendo que de mulheres brancas teve queda de 8%.

É evidente a falta de ação do estado para que esse crime diminua, é preciso de maior atenção ao sistema de saúde, onde é na maioria das vezes o primeiro lugar procurado pelas vítimas antes de serem mortas, também a segurança à população, principalmente em locais com baixa classe social. É preciso também de apoio e acompanhamento de perto a vítima, para que consiga sair desse ciclo de violência antes que sejam vítimas fatais.

Torna-se necessário a busca pela proteção da mulher e a modificação da cultura do povo brasileiro, não se trata somente dos direitos da mulher é algo muito além que envolve os direitos humanos e da igualdade social.

Sendo assim, tratando-se de Femicídio, a mulher é o sujeito passivo, onde não é admitido a analogia em desfavor ao réu, e somente se configura o crime com a morte, não bastando somente que a vítima seja mulher, e o motivo da morte tem que ser em razão de gênero, ou seja, por conta da condição do sexo feminino da vítima.

2. CONCEITO DE FEMINICÍDIO

De acordo com Eleonora Menicucci, socióloga e professora titular de saúde coletiva da Universidade Federal de São Paulo, que foi ministra da Secretaria de Políticas para as Mulheres entre 2012 e 2015, o feminicídio se trata de:

“Trata-se de um crime de ódio. O conceito surgiu na década de 1970 com o fim de reconhecer e dar visibilidade à discriminação, opressão, desigualdade e violência sistemática contra as mulheres, que, em sua forma mais aguda, culmina na morte. Essa forma de assassinato não constitui um evento isolado e nem repentino ou inesperado; ao contrário, faz parte de um processo contínuo de violências, cujas raízes misóginas caracterizam o uso de violência extrema. Inclui uma vasta gama de abusos, desde verbais, físicos e sexuais, como o estupro, e diversas formas de mutilação e de barbárie.”

Feminicídio é conhecido desde a década de 70 com a terminologia de Femicídio, sendo usado por Diana Russell no ano de 1976 diante ao Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, situado em Bruxelas, com intenção de mostrar a desigualdade e a violência sofrida pelas mulheres e muitas vezes acabavam em morte pelo motivo de seu gênero feminino.

No Brasil foi sancionado como Lei no ano de 2015, usando o termo Femicídio, a fim de proteger a mulher de todo tipo de violência por motivo de seu gênero que possa levar a morte.

O feminicídio é, portanto, o nome dado a morte de mulheres de forma violenta por pertencerem ao gênero feminino, por motivos de ódio e aversão a mulher.

3. DIFERENÇA ENTRE FEMINICÍDIO E LEI MARIA DA PENHA

Tanto a Legislação do feminicídio (Lei nº 13.104/2015) quanto a Legislação da Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) trazem expressamente a mulher como vítima.

Porém existem diferenças entre as duas, a Lei Maria da penha tem o intuito de proteger a mulher de agressões físicas, moral, sexual, psicológica dentre outras que possam existir dentro do ambiente familiar, dando proteção a mulher para que ela não sofra violência doméstica e familiar.

Como punição, o agressor poderá ser apreendido em flagrante e ter sua prisão preventiva decretada, podendo também ser retirado do domicílio e ser impedido de se aproximar da vítima.

O que caracteriza a Lei Maria da Penha é o vínculo familiar ou o contato afetivo entre as partes envolvidas, tendo que ter a situação de vulnerabilidade entre as partes de acordo com o artigo 129, parágrafo 9º do Código Penal:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Violência Doméstica

[...]

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

Existe jurisprudência que se estende em aplicar a Lei Maria da Penha em casos que abrangem transexuais, relações homo afetivas e travestis e também em casos em que o homem é a vítima em afinidades domésticas, essa aplicação foi adotada pela Juíza Ana Carolina Veloso Magalhães, na Vara Criminal da Comarca de Anápolis, cujo processo nº 201103873908, TJGO, pelo motivo da mudança de nome e sexo.

Portanto o que diferencia a violência doméstica é a necessidade da existência do vínculo familiar, e o afeto entre as partes envolvidas.

Logo o Femicídio se trata de questão de gênero, onde a vítima será sempre a mulher, com as razões de violência doméstica e familiar e de menosprezo ou discriminação a condição de mulher, de acordo com o artigo 121, inciso VI, parágrafo 2º - A do Código Penal:

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Femicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

§ 2o-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

I - violência doméstica e familiar; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

Se caso o crime for praticado contra mulheres transexuais ou heterossexuais e se tiver violência fundamentada em gênero será o crime femicídio, valendo lembrar que sexo biológico não obedece a identidade de gênero.

Sendo assim não será aplicada a Lei feminicídio quando a vítima for um homem, a Lei deixa bem claro que a vítima sempre vai ser a mulher, o crime tem relação com o gênero, por motivos de ódio e aversão somente a mulher.

4. TIPOS DE FEMINICÍDIO

Existem várias formas de cometer o feminicídio, podendo por exemplo o autor ser alguém que a vítima tenha contato íntimo, afeto, outra forma é quando é cometido por alguém que a vítima desconhecia, entre muitos outros tipos de feminicídio.

Cabe ao feminicídio as seguintes tipologias:

4.1. PASSIVOS OU INDIRETOS

Fazem parte desse feminicídio a morte que vem de decorrências de discriminação de gênero onde não constitui delito, alguns exemplos são:

Mortalidade materna.

Ações ou omissões por funcionários públicos ou agentes do estado em situações que ocorra doenças que tiveram mal tratamento, como o aborto inseguro, câncer etc.

Morte por práticas "nocivas", sendo essas características encontradas em outros países, tendo como exemplo a mutilação do órgão genital da mulher.

4.2. ATIVOS OU DIRETOS

Figura jurídica que não constitui leis especiais para colocarem as mulheres de forma diferenciada, assim contém:

Mulheres e meninas mortas pelo motivo repulsa, ódio ou desprezo.

Mulheres e meninas mortas devido a violência doméstica, por seu cônjuge em relação de convivência íntima.

Infanticídio feminino.

Mulheres e meninas mortas em decorrência de conflitos, entre eles os armados e os étnico.

Mulheres e meninas mortas em situações de pagamento de dotes, neste caso são características de outros países.

4.3. FEMINICÍDIO INTIMO

Neste, o feminicídio é causado pelo homem que a vítima tem ou teve relação íntima, ou seja, relação familiar, onde conviveu com o autor (exemplos são o namorado, ex namorado, marido, ex marido, companheiro, homem com quem tem filhos, entre outros).

Faz parte deste feminicídio a morte provocada por amigos que mata pelo motivo da mulher negar relação carnal com o mesmo.

4.4. FEMINICÍDIO NÃO INTIMO

Esse feminicídio é causado por um homem que é desconhecido para a vítima, não é alguém com que tenha relação íntima, e nem teve nenhuma convivência. Nessa situação pode ser aquela que houve agressão sexual de uma mulher e teve como resultado o assassinato cometido por um homem estranho.

4.5. FEMINICÍDIO INFANTIL

É classificado pelo homicídio de meninas menores de 14 anos de idade, sendo que o autor são homens com quem a vítima tenha confiança, normalmente em situações em que o homem é tutor da menor. Na maioria das vezes as agressões e os abusos são diários levando ao fim trágico, e normalmente ocorre dentro no contexto familiar.

4.6. FEMINICÍDIO FAMILIAR

Neste feminicídio o parentesco pode se basear em afinidade, adoção ou consanguinidade, é o homicídio que ocorre dentro do contexto familiar e pode ter de um a vários membros. Aqui o gênero masculino atua com o poder de subordinação com relação a vítima.

4.7. FEMINICÍDIO POR CONEXÃO

No feminicídio por conexão é o resultado da interferência das mulheres em um crime quem que a vítima é outra mulher, ou seja, uma mulher tenta impedir um crime contra outra mulher e acaba morrendo, podem ser essas mulheres ter vínculo familiar, ser conhecidas, ou até mesmo desconhecidas.

4.8. FEMINICÍDIO SEXUAL SISTÊMICO

O feminicídio sexual sistemático se divide em feminicídio sexual sistemático desorganizado, que ocorre em casos que as vítimas são sequestradas e em decorrência sofrem agressões, torturas e estupros, e por fim na maioria das vezes são mortas.

E também com o feminicídio sexual sistemático organizado, que presume uma rede organizada de feminidades sexuais, com artifícios planejados e conscientes, sem tempo determinado.

5. AUMENTO DE FEMINICÍDIO COM VÍTIMAS NEGRAS

No Brasil, as maiores vítimas do feminicídio são negras e jovens, com idade entre 18 e 30 anos. Conforme mostra o Atlas de Violência no ano de 2016 é maior a taxa de homicídio com vítima negra (5,3) e mulheres não negras (3,1) com diferença de 71%, sendo que o índice de homicídio para cada 100 mil mulheres negras teve aumento de 15,4%, sendo que de mulheres brancas teve queda de 8%.

De acordo com o Atlas de Violência 2018 é visível o aumento de homicídios de mulheres negras:

Em vinte estados, a taxa de homicídios de mulheres negras cresceu no período compreendido entre 2006 e 2016, sendo que em doze deles o aumento foi maior que 50%. Comparando-se com a evolução das taxas de homicídio de mulheres não negras, neste caso, houve aumento em quinze

estados e em apenas seis deles o aumento foi maior que 50%. (Atlas da Violência, 2018, p. 51).

Também no Atlas de Violência 2018, com base em gráficos elaborados pela Diest/Ipea e FBSP, mostra que a maior taxa de homicídio de mulheres negras se encontra no estado de Goiás (8,5) e de mulheres não negras (4,1), e em segundo o estado do Pará com a taxa de homicídio de mulheres negras de (8,3) e mulheres não negras de (6,6).

A desigualdade de gênero e raça é histórica e através desses índices vemos que ainda está presente nos dias atuais, sendo que mulheres e principalmente negras são mortas de forma tão brutal.

6. SOCIEDADE PERANTE A VIOLÊNCIA

Infelizmente, podemos vivenciar e ver através de redes sociais, televisões diariamente e a todo o momento pessoas sendo mortas e sofrendo violência, é nítida a falta de igualdade, a intolerância, e falta de amor ao próximo, sendo que a vida humana tem cada dia menos valor.

Nenhum crime de homicídio deve ser aceito, em especial a morte de mulheres, jamais deverá ser tratada como números, a mulher que sempre foi vista com inferioridade em relação ao homem, ambos apesar das diferenças, tem vidas onde nenhuma tem maior importância que a outra, ninguém tem o direito de tirar a vida de ninguém.

A sociedade necessita de mudanças comportamentais, precisa de apoio, crianças precisam saber a respeitar o próximo para serem adultos corretos e jamais aceitar a violência como algo que faz parte do cotidiano.

A Lei do Feminicídio trouxe muitas mudanças, garantias as mulheres que já foram tanto desamparadas, mas somente ela não será capaz de reduzir os casos que ocorrem no nosso país, pois a violência vai muito além de uma tipificação, o ser humano necessita de ser educado a conviver com o próximo, é preciso que tenha conscientização social.

A Sociedade jamais deverá aceitar e ver a violência, homicídios entre outros crimes como algo natural, ou que faça parte da vida humana, pelo contrario, é necessário que cada vez mais tenha amor pela sua própria vida e pela vida do próximo, saber respeitadas as diferenças de cada um com o um ser único e de imenso valor.

7. FORMAS DE PREVENÇÃO AO FEMINICÍDIO

Com o aumento dos índices de violência contra a mulher é visível a insuficiência das leis e das políticas públicas para impedir que esse crime aconteça e que mais mulheres sejam vítimas desse crime tão cruel e de outras violências que atinge as mulheres.

Muitas das mulheres que acabaram sendo vítimas fatais, já haviam sido violentadas de outras formas antes, como violência psicológica, física, sexual e patrimonial, sendo assim é nítido que se fosse oferecido a elas apoio ou medidas concretas para que retirassem as vítimas dessa realidade de violência iria sim ser possível um final diferente com várias mortes evitadas.

O Atlas da Violência 2018 (Ipea e FBSP) traz alternativas para enfrentar a violência contra a mulher:

“Para o enfrentamento da violência contra a mulher, além de dar visibilidade aos crimes, é fundamental a manutenção, a ampliação e o aprimoramento das redes de apoio à mulher, previstos na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que viabilizam o atendimento e as alternativas de vidas para as mulheres. A rede de atendimento deve garantir o acompanhamento às vítimas e empenhar um papel importante na prevenção da violência contra a mulher. Além de ser assistida pelo sistema de justiça criminal, a mulher deve conseguir ter acesso à rede também por meio do sistema de saúde, já que em muitos casos as mulheres passam várias vezes por esse sistema antes de chegarem a uma delegacia ou a um juizado.” (Atlas da Violência, 2018, p. 49).

De acordo com a Atlas da Violência 2018 se faz necessário dar maior visibilidade ao crime, que as redes de apoio à mulher tenham mais aprimoramento, para assim poder atendê-las da melhor forma possível, garantindo apoio e acompanhamento individual de todas as vítimas e também trabalhar para a prevenção da violência contra a mulher.

Deve-se dar importância também ao sistema de saúde, sendo que maioria dos casos é o primeiro lugar procurado pelas vítimas em casos que ocorrem violência diária, e antes de serem vítimas fatais. E fundamental também o aumento de segurança pública a população e em especial em regiões de classe baixa.

É evidente que menos mulheres seriam mortas se houvesse proteção do Estado e segurança para assegurar a dignidade e a vida das mulheres. Sendo assim, seria possível a prevenção do feminicídio, e muitas mortes serem evitadas, se fosse dada mais importância as vítimas e apoio a elas, retirando-as de um ciclo de violência, e afastando-as de seus agressores, e também aprimorando o sistema de saúde, sendo necessário dar atenção as mulheres vítimas de violência diariamente, que por muitas vezes procuram socorro, mas não encontram uma solução eficaz, e por falta de opção se submete a viver essa triste realidade.

8. CONCLUSÃO

Apesar de toda evolução diária que a sociedade vivencia alguns costumes do passado ainda persistem em ficar, e fazer reféns, que neste episódio são as mulheres, que tornam reféns da desigualdade, da violência, de seu gênero, do medo e principalmente, do próprio homem, este que devia caminhar lado a lado, procurando melhoras e igualdade.

Por sua vez, em busca de melhora foi criado a Lei Feminicídio (Lei nº 13.104/2015), que foi incluído ao Código Penal, no rol de crimes hediondos, como qualificadora do crime de homicídio, onde sua principal função não foi trazer tratamento diferente ao homem ou a mulher, mas o intuito de trazer segurança e direitos, sendo possível prevenir a violência e os desfechos fatais que as mulheres sofrem por pertencerem ao gênero feminino, trazendo direitos iguais entre homens e mulheres, e a protegendo não apenas no âmbito familiar e doméstico e sim abrangendo todo tipo de violência.

É necessário sempre lembrar que gênero e raça são os principais motivos destes crimes de extrema violência, e barbaridade, e em decorrência disso vemos os índices de mortes de mulheres negras aumentando de forma tão assustadora, sendo que em nosso país apesar de toda busca por igualdade de raça, ainda é muito visível o preconceito e o sofrimento dos negros e em especial as mulheres negras.

Contudo, o número de feminicídio está aumentando de forma aterrorizante e o Estado tem o dever de proporcionar a população a segurança que ela precisa, e o apoio necessário, é percebido que várias mulheres tornam vítimas fatais por falta de apoio, opção e oportunidade, não tendo onde buscar para que seja solucionada a violência sofrida, tendo que viver diariamente com as agressões, seja ela qual for, e infelizmente algumas vítimas têm fins trágicos.

A sociedade por sua vez tem que passar por uma reeducação e educar suas crianças para que cresçam adultos dignos, é preciso fazer valer os direitos e deveres, respeitando os direitos do próximo e receber respeito perante seus direitos.

A morte de mulheres não deve ser tratada como um acontecimento comum e ser vista como estatísticas, a vida humana tem que ter seu devido valor, e todos deveriam saber o quanto é preciosa, tendo em vista que todos independentes de gênero, cor, religião e costumes são iguais, embora cada um tenha seu papel perante a sociedade e suas diferenças.

Por esses e tantos outros motivos é de extrema importância que a violência sofrida pela mulher seja reconhecida por todos, principalmente pelo poder público, e seja seguido de forma sistemática, sendo que é possível dizer que a criação da Lei feminicídio já é um grande avanço em visto há tanto tempo que esse tema foi deixado para trás sem ter qualquer importância.

O Feminicídio surgiu para trazer voz a mulher e principalmente, trazer penalidade ao autor, certo que, este tem o dever de cumprir a pena a ele imposta, que não tenha mais a impunidade, fazendo com que as mulheres sejam vista com igualdade e não com inferioridade, portanto, foi um grande passo dado pela nossa legislação.

REFERÊNCIAS

Agência Patrícia Galvão, **FEMINICÍDIO: #INVISIBILIDADEMATA** / organização Débora Prado, Marisa Senematsu; ilustração Ligia Wang; (editor) Fundação Rosa Luxemburg. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, 2017. Disponível em: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2017/03/LivroFeminicidio_InvisibilidadeMata.pdf>. Acesso em 00/00/2019.

CÉSPEDES, Livia & ROCHA, Fabiana Dias. **VadeMécum**, obra coletiva de autoria da editora Saraiva, ed.atual. eampl. 24ª Edição – São Paulo: Saraiva 2017.

Dossiê Feminicídio. **O QUE É FEMINICÍDIO**. Disponível em: <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/feminicidio/capitulos/o-que-e-feminicidio/>>. Acesso em 00/00/2019.

Fórum Segurança, **ATLAS DA VIOLÊNCIA 2018**. IPEA & FBSP. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/06/FBSP_Atlas_da_Violencia_2018_Relatorio.pdf>. Acesso em: 00/00/2019.

Planalto, **Lei do Feminicídio**, Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em 00/00/2019.

ESTADO E EDUCAÇÃO: OS INTERESSES DA NÃO INSERÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL NA GRADE CURRICULAR DO ENSINO MÉDIO

JUNIO CESAR SATO FACIO

JANAINA GUIMARÃES MANSILIA

(Orientadora)^[1]

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(Co-orientador)^[2]

RESUMO: Através da presente pesquisa identifica-se a existência de uma verdadeira omissão pelo Estado da não inserção do direito constitucional na grade curricular no sistema de ensino brasileiro. Analisa-se ainda, o Projeto de Lei, apresentado pelo Senador Romário, com a axiologia de implementar os direitos e garantias fundamentais. A pesquisa ainda reflete uma análise crítica sobre o papel do Estado e das escolas, refletindo-se sobre o verdadeiro papel do sistema escolar e as suas diferentes práxis durante todo o percurso da vida do educando. Dialeticamente, a pesquisa parte de uma visão interdisciplinar, compreendendo a importância das diferentes ciências sociais e filosóficas na formação e na construção de uma sociedade menos desigual e mais consciente dos seus valores e direitos.

Palavras-chave: Estado. Capitalismo. Direitos constitucionais. Desigualdade. Ensino Médio.

ABSTRACT: The present research identifies the existence of a true omission by the State of not inserting the constitutional right in the curriculum grid in the Brazilian education system. It also analyzes the Bill, presented by Senator Romario, with the axiology of implementing fundamental rights and guarantees. The research also reflects a critical analysis of the role of the state and schools, reflecting on the true role of the school system and its different praxis throughout the course of the learner's life. Dialectically, the research starts from an interdisciplinary view, understanding the importance of the different social and philosophical sciences in the formation and construction of a society less unequal and more conscious of its values and rights.

Keywords: State. Capitalism. Constitutional rights. Inequality. High school

SUMÁRIO: 1.INTRODUÇÃO. 2. EDUCAÇÃO COMO REPRODUÇÃO DOS INTERESSES BURGUESES. 3. ESTADO E PODER: QUAL O SEU VERDADEIRO PALEL? 4. PROJETO DE LEI QUE PREVÊ O DIREITO CONSTITUCIONAL NA GRADE CURRICULAR. 5. A INSERÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL NA GRADE CURRICULAR E A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA.

1. INTRODUÇÃO

Analisando a dicotomia entre o direito constitucional em uma visão interdisciplinar com outras ciências sociais e os interesses do Estado, fica evidente a importância da discussão em relação aos meios necessários para uma educação reflexiva e transformadora. Partindo-se do valor que o Estado não busca transformar a sociedade, e tão pouco, gerar cidadãos com ideias críticas e autônomas, evidencia um paradoxo, pois como podemos ensinar direitos e deveres, sem antes legitimar os princípios básicos que regem a nossa Constituição? Como criaremos uma camada de indivíduos que em sua essência busca a transformação da realidade sem conhecer seus próprios direitos básicos? De forma geral, o Estado usa da educação como um aparelho de reprodução do sistema capitalista, que por sua natureza gera a desigualdade social.

A tendência do Estado, não é resolver o problema da marginalização, e tão pouco criar uma educação justa e igualitária. O mesmo busca dar mais para uns e menos para outros, ora mantendo as coisas como estão. É assim, que o sistema se mantém, logo a omissão na grade curricular do direito constitucional no ensino médio, não deve ser visto como um fator acidental, pelo contrário, o mesmo encara a sociedade como mero meio de funcionamento reprodutivo, onde o saber gera medo e inconformidade.

A grande problemática aqui apresentada encontra-se no processo de ensino e aprendizagem, principalmente de conhecimentos sociais e de cunho filosóficos, pois se os conhecimentos são selecionados pelo Estado, logo são carregados de ideologias, preso a um determinado aparelho ideológico. Como o conhecimento que em sua essência nasceu para reflexão, poderá gerar mentes libertárias e inovadoras se foram criados pelo Estado? Como poderão deixar de reproduzir o sistema? Diante destes questionamentos, podemos encontra

algumas soluções e diretrizes para tentar sanar tais problemas de cunho filosóficos. Primeiro, é necessário que o conhecimento seja um processo construído historicamente voltado para a liberdade do “espírito” humano, em outras palavras, o Estado deve apenas criar os meios e mecanismos necessários para cada indivíduo desenvolver suas maiores potencialidades, aquilo que é inerente a cada sujeito. Porém, só é possível deixar de reproduzir em partes o sistema se o Estado fornecer instrumentos e disponibilizar um espaço propício para o desenvolvimento da autonomia, propagando os direitos inalienáveis e criando as possibilidades de desenvolver o senso crítico, espírito de espanto, de busca e de investigação.

Torna-se lógico, que alguns alunos que tem mais acessos a livros, revista ou informações em gerais, terão menos problemas no modelo educacional, pois sua inserção estará de acordo com os interesses burgueses, ou seja, aqueles que tiveram mais acesso ao “capital cultural” sobressairão em relação aqueles que não tiveram. Assim, é notório que o Estado se torne ramificações que atendam prioritariamente a sua própria manutenção e *aposteriori* dissolva certo conhecimento que consiga reproduzir e manter o funcionamento do sistema.

O sistema escolar, por sua vez acaba favorecendo alguns alunos que já possuem uma certa “leitura de mundo”, uma maior “bagagem cultural”. São justamente aqueles alunos que não tiveram capital cultural, seja na forma de livros, “coisas concretas” ou por não terem acesso a passeios em lugares que possibilitem sua “formação intelectual refinada”, ao chegarem à escola, serão marginalizados pelo sistema de ensino, os enganando-os e fazendo-os pensar que sua dificuldade é apenas falta de inteligência e vontade, onde na verdade o que ocorre é que eles não dominam os mesmos códigos culturais que a escola valoriza.

2. EDUCAÇÃO COMO REPRODUÇÃO DOS INTERESSES BURGUESES

Inúmeros pensadores com Aristóteles, São Tomás de Aquino, Rousseau, entre outros se debruçaram em torno da temática acerca da educação, apresentando como a essência da vida e da felicidade. A educação para a transformação, para a criação e para o bem comum. Porém alguns estudiosos apresentaram a educação não como meio de equalização, mas para perpetuação das desigualdades e disparidades do sistema, um aparelho reprodutivo do Estado.

A educação como mera reprodução, leva talvez a uma concepção reduzida da realidade, mas que de certa forma, denuncia as mazelas e o descaso social. Algumas tendências entendem que a escola é sem dúvida o principal meio de alcançar a igualdade e a justiça. Essas concepções são chamadas de não-críticas, acredita que a educação é a responsável pela ordem social, pela pacificação, pelo direcionamento de todo o processo do corpo coletivo. Essa tendência interpreta que a educação é um processo de mediação com o projeto social, considerando que existe a possibilidade de agir a partir dos próprios condicionantes históricos.

Dermeval Saviani assim manifesta seu pensamento em relação ao tema:

Uma teoria do tipo acima enunciando se impõe a tarefa de superar tanto o poder ilusório (que caracteriza as teorias não-críticas) como a impotência (decorrente das teorias crítico-reprodutivistas), colocando nas mãos dos educadores uma arma de luta capaz de permitir-lhes o exercício de um poder real, ainda que limitado (SAVIANI, p. 35-6)

Evidencia que não se pretende enxergar a educação como algo ilusório ou perfeito, nem tão pouco, como mera reprodução, como impotente, sem poder de transformação. Pelo contrário, mostra um poder que se encontra nas mãos dos educadores, um poder verdadeiro, que bem lapidado e trabalhado, tem a força de mudar, de construir, de modificar.

Para a filosofia, a educação não pode e nem deve ser um mero mecanismo de manutenção, de conformidade, de aceitação, de acriticidade. O fies aqui, é estruturar uma nova forma de enxergar o processo de construção e transformação, pois partindo que a base do direito constitucional e de outras ciências sociais é a reflexão, o espanto, o diálogo e a busca imutável da essência das coisas, cabe aqui apresentar mecanismos que possam superar a simples aceitação da estrutura curricular do ensino médio nas escolas públicas e privadas brasileiras. As metodologias dos educadores devem levar os alunos à superação, ao conflito de ideias, a inconformidade e a dúvida. Parte-se então, da superação da própria estrutura criada pelo Estado, não aceitado apenas a reprodução de certos conceitos determinados como corretos, mas sim, criar elementos que constituem a consciência coletiva, visando à formação plena e participativa.

Dermeval Saviani nos ensina desta forma:

“O caminho é repleto de armadilhas, já que os mecanismos de adaptação acionados periodicamente a partir dos interesses dominantes podem ser confundidos com os anseios da classe dominante. Para evitar esse risco, é necessário avançar no sentido de captar a natureza específica da educação, o que nos levará à compreensão das complexas mediações pelas quais se dá sua inserção contraditória na sociedade capitalistas”. (LUCKESI, 1994 apud SAVIANI, p. 50)

Assim em seu livro: *Escola e Democracia* (SAVIANI, 1997), o autor levanta algumas questões em torno das “teorias não críticas”, compreendidas nos diversos tipos de pedagogia (*tradicional; nova e; tecnicista*), as quais entendem que a educação é capaz de acabar com a marginalidade vivida pela sociedade brasileira, subentendendo-se a marginalidade como um desvio de conduta, algo individual e passivo de correção a partir da educação.

Além destas teorias, o autor analisa as “teorias crítico-reprodutivistas”, como a Teoria do Sistema de Ensino como a violência simbólica; Teoria da Escola como Aparelho Ideológico do Estado, além da Teoria da Escola Dualista, nas quais entendem que a educação agrava seus problemas de ensino, discriminando e marginalizando seus discentes, os quais estão inerentes à estrutura da sociedade, o autor destaca a importância de fazer da escola um ambiente que democratize as relações sociais e não torne a sociedade cada vez mais estratificada e distanciada de uma consciência cidadã.

É importante frisar os problemas decorrentes do sistema capitalista, em especial os que conduzem a um determinado capital cultural, metáfora difundida por Pierre Bourdieu que serve para indicar: “as maneiras em que a cultura reflete ou atua sobre as condições de vida dos indivíduos, realçando a cultura de classe e o papel do sistema escolar na valorização da cultura dominante”. (BOURDIEU, 1997)

Evidencia a importância de uma grade curricular com uma vertente inovadora, partindo-se da inserção dos conhecimentos jurídicos constitucionais, em uma concepção interdisciplinar. Destarte, o papel do Estado em uma concepção crítica deve ser entendido como meio que reflete estas relações de

dominação dentro do ambiente escolar, servindo de alerta contra o “pedagocídio educacional”, tendo o saber filosófico e constitucional como uma das inúmeras ferramentas de liberdade ao sistema de ensino, assim: “Todas e todos que atuamos em Educação, porque lidamos com formação e informação, trabalhamos com o conhecimento. O conhecimento, objeto da nossa atividade, não pode, no entanto, ser reduzido à sua modalidade científica, pois, apesar de ela estar mais direta e extensamente presente em nossas ações profissionais cotidianas, outras modalidades (como o conhecimento estético, o religioso, o afetivo etc.) também o estão.” (CORTELLA, 1999)

Em uma análise sistêmica, é possível desvendar que a educação é um instrumento não de equalização, mas sim, um mecanismo de discriminação social, de desigualdade e de marginalização. Partindo-se então que o papel do direito constitucional não é uma mera reprodução do sistema, com passividade e difusão ideológica, apresentando-se um olhar crítico e dinâmico em relação aos anseios e aos desejos do Estado. Assim nas palavras de Dermeval Saviani, o Estado encobre tal realidade:

Como a AIE dominante, vale dizer que a escola constitui o instrumento mais acabado de reprodução das relações de produção de tipo capitalista. Para isso ela toma a si todas as crianças de todas as classes sociais e lhe inculca durante anos a fio de audiência obrigatória “saberes práticos” envolvidos na ideologia dominante. (SAVIANI, 24-5)

Em suma, é possível compreender que os conhecimentos filosóficos são vítimas do próprio sistema, reduzindo-se a sua autonomia e a sua capacidade de criticidade, massificando-as e encurralando-as pelas pretensões que fragmentam sua verdadeira essência e seu papel transformador, diminuindo suas qualificadoras e distorcendo o seu verdadeiro prisma. É importante ressaltar que o conhecimento do direito constitucional na grade curricular é uma ameaça a classe burguesa e ao próprio Estado, pois sem dúvidas, os conteúdos selecionados não devem criar uma camada crítica e conhecedoras dos seus direitos, pois o Estado estaria contradizendo a sua própria natureza de reprodução formalística e da mera perpetuação das relações de produção.

Partindo-se que os conteúdos são selecionados pelo Estado, evidência um paradoxo, pois os conteúdos seriam para libertar ou para reproduzir? Os

educadores estariam ensinando a pensar ou reproduzindo ideologias? Em uma concepção crítica, compreende-se que o sistema inculca determinados conteúdos que se fundamentam nas manifestações dos domínios burgueses. Diante do que foi supracitado é notória um antagonismo de classes e interesses, ora, assim alguns serão médicos, outros serão lixeiros, pois só assim seria possível o funcionamento do sistema. Diante disso, a escola assume o papel de reproduzir as relações materiais. No olhar de Saviani, o Aparelho Ideológico do Estado escolar tem essa finalidade:

Neste contexto, como se coloca o problema da marginalidade? O fenômeno da marginalização se inscreve no próprio seio das relações de produção capitalista que se funda na expropriação dos trabalhadores pelos capitalistas. Marginalizado é, pois, a classe trabalhadora. O AIE escolar, em lugar de instrumento de equalização social constitui um mecanismo construído pela burguesia para garantir e perpetuar seus interesses (...)

Entretanto, quando descreve o funcionamento do AIE escolar, a luta de classes praticamente diluída, tal o peso que adquire aí a dominação burguesa. (SAVIANI, p. 26-7)

Diante do exposto, evidencia uma controvérsia, pois como proporcionar a criticidade, a autonomia, o questionamento, a reflexão e a transformação dos problemas sociais, já que os conhecimentos jurídicos que servem para gerar mentes libertárias e dinâmica ficam camuflados pelo Estado?

Pois é possível desvendar que o conhecimento jurídico constitucional vem para fazer a correção da realidade, já que o mesmo tem como vertente não apenas denunciar, mas também transformar na busca do bem comum, da justiça e da felicidade. Os conhecimentos jurídicos devem ter como primazia a essência da verdadeira axiologia, desprendendo das aparências e se voltando para o verdadeiro conhecimento, abandonado o senso comum e transcendendo a um plano mais amplo e complexo. Com a inserção dos conhecimentos jurídicos na grade curricular do ensino médio, os sujeitos se desprenderão da escuridão, da ingenuidade, levando-os a inquietação, a busca, a investigação e a reflexão de tudo aquilo que o cerca.

Dentro desta concepção, o ensino na escola, não pode vir de encontro com os interesses dominantes, mas sim, preparar o educando para a vida como cidadão repleto de conhecimento e de inteligência. Não cabe aqui, reduzir o potencial de ensinar, ou apenas selecionar, ao contrário, cabe levar o aluno a “luz”, a transformação, a modificação da realidade, para a busca do bem comum. Entende-se que a escola é sem dúvida uma das principais “pontes” de ligação entre a formação do corpo coletivo, não de aceitação, mais de reflexão e inovação, na busca permanente dos direitos inerentes aos Homens.

3. ESTADO E PODER: QUAL O SEU VERDADEIRO PAPEL?

O Estado então surge para a paz ou para o poder? Para justiça ou manutenção das desigualdades sociais e intelectuais? Destarte, é notório que o Estado surge não apenas como um meio de resolver problemas de ordem política, econômica, cultural e social. Pelo contrário, ele é um ente personificado de poder, porém é preciso observar empiricamente que o poder ultrapassa a esfera do próprio Estado. Diante do entendimento que o Estado não é um simples meio de manter a paz, a ordem ou a pacificação social, ou seja, não é um ente neutro, é possível buscar a sua verdadeira axiologia, partindo-se que não devemos reduzir o “Poder” apenas na esfera econômica ou dizer que todo poder está centralizado nas mãos do Estado. O poder extrapola o Estado e permeiam, ainda que de forma difusa e pouco evidente as diversas práxis sociais no cotidiano. Isso é visível quando observamos a moda que diretamente não advém do poder do Estado ou até mesmo a classe dominante que detém uma parte do poder, mas não na sua plenitude.

O sistema escolar dentro de um cenário marcado pelo poder, não teria em sua essência a neutralidade, como um sistema perfeito, utópico e justo. Destarte, uma concepção marcada pelo senso comum ou até mesmo uma pré-noção sobre o sistema escolar é definir que ela é sem dúvida uma instituição neutra, que busca diminuir as desigualdades sociais, o principal meio de transformação social. É importante frisar que as diretrizes que regem certas perspectivas democráticas que trazem a nós uma certa enganação, ou seja, difunde a ideia que o sistema está trilhando o seu caminho natural, neutro, das ciências, não passa de um fato ilusório, de uma certa concepção enganosa. O bom desempenho ou mau desempenho do aluno está totalmente ligado às relações sociais fora da escola, assim podemos supor que muitas vezes, quando é discutido algum problema

educacional, as opiniões primeiras sobre os fatos sociais apresentam-se como uma coletânea falsamente sistematizada de julgamento com uso alternativo. (BOURDIEU, 1999).

É notório que a discussão ultrapassa o campo econômico, e enfatiza questões de cunho cultural e social. Assim, é importante frisar que o sistema de forma global “nada” contra os menos favorecidos, aqueles que não detém o poder dos mesmos códigos que são valorizados pelo sistema de ensino.

Diante disso, Bourdieu nos ensina desta maneira:

É provavelmente por um efeito de inércia cultural que continuamos tomando o sistema escolar como um fator de mobilidade social, segundo a ideologia da “escola libertadora”, quando, ao contrário, tudo tende a mostrar que ele é um dos fatores mais eficazes de conservação social, pois fornece a aparência da legitimidade às desigualdades sociais, e sanciona a herança cultural e o dom social tratado como dom natural (BOURDIEU, 2005, p. 41).

Destarte, verifica-se que a democracia ainda é um processo a ser construído pela sociedade, que de certa maneira, não apresenta uma consciência pura e liberta de “raios” de certos vícios e contaminações do sistema e do Estado. Assim, é possível compreender que o Estado ainda nos apresenta como um aparelho ideológico com certas intencionalidades, essas que são ainda de determinados grupos sociais. É notório ainda, que o poder de “manipular” ou induzir a certos padrões de vida, como a moda, consumo, gostos entre outros, ultrapassam a esfera do Estado, sendo inculcados determinados valores e modelos na sociedade que terão força de modificar e até mesmo de ir contra a própria consciência do ser, fazendo-se assim, a democracia como um recorte de desejos e anseios impostos e transmitidos pelo sistema e consequentemente modificando a cultura e produzindo uma democracia falha e utópica.

4. PROJETO DE LEI QUE PREVÊ O DIREITO CONSTITUCIONAL NA GRADE CURRICULAR

A ideia central é introduzir os valores sociais e constitucionais na grade curricular do ensino médio, partindo de uma concepção marcada pela difusão de

conhecimentos como política, cidadania, justiça, equidade, direitos e garantias fundamentais como previstos no art. 5º e 6º da Constituição brasileira de 1988.

Diante da necessidade de uma mudança significativa na Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional, Lei 9.394/96 (LDBEN), no dia 06 de outubro de 2015, o Senado aprovou a PSL 70/2015, de autoria do senador Romário (PSB – RJ), o texto segue para a Câmara dos Deputados para ser apreciado pelo CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) e, se aprovado, virará lei e passará a ser uma verdadeira realidade nas escolas públicas e particulares do ensino brasileiro.

Em suma, o Projeto de Lei do Senado Nº 70, de 2015 em sua essência leva aos estudantes do ensino fundamental e médio o direito de conhecer e explorar os princípios básicos e fundamentais constitucionais, possibilitando um espaço de reflexão e de tomadas de decisões fundadas, coesas, lógicas e plenas. Destarte, não é digno que o povo, não tenha o mínimo de conhecimento da sua própria lei maior, pois sem dúvidas, a democracia não passaria de sobras da realidade, de uma certa enganação, um instrumento sem finalidade para a libertação do “espírito”.

Da realidade a ilusão, da coragem ao medo, da significância ao insignificante, isso resume um ensino que se pauta em uma grade curricular sem conhecimentos de cunhos filosóficos e constitucionais, pois o processo estaria contaminado de vícios ideológicos e de interesses de determinados grupos sociais. Por mais, é importante frisar que a inserção do direito constitucional seria um dos maiores avanços da democracia, pois é notório, que um sistema só consegue atingir a sua verdadeira finalidade, se o mesmo, possibilitar situações que materialização a sua verdadeira axiologia, pois caso contrário, o poder não estaria sobre o controle do povo, e sim de um determinado grupo dominante.

Fica visível, a justificativa do Projeto de Lei, com plausível e notório saber que só é possível construir uma sociedade mais solidária, justa e cidadã, se elevar o nível de cultura e conhecimento daquela nação, possibilitando não um saber em transe, mas um saber que está impresso na identidade do ser, na sua essência.

A primazia do Projeto está em possibilitar os discentes a terem maior conhecimento sobre política, cidadania e direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, ou seja, a inserção de conhecimentos jurídicos na grade curricular levará os alunos a serem mais críticos e participativos, pois uma sociedade que não conhece as suas próprias leis, jamais poderá manifestar os seus verdadeiros valores.

É preciso levar em consideração, que ao completarem 16 anos os jovens brasileiros têm a faculdade de escolher seus representantes, porém, como poderão estar preparados sem uma base sólida de conhecimentos jurídicos? Essa indagação é sem dúvida um ponto crucial na construção de uma sociedade mais participativa, pois o ato de votar ou escolher o representante precisa ser fundado, coeso e racional. É necessário então, que o Estado crie as possibilidades de desenvolver todas as potencialidades de um sujeito carregado de conhecimento e de consciência crítica para tal participação.

A ausência do direito constitucional na grade curricular do ensino médio não é senão a vontade do Estado em não preparar jovens e adolescentes para o verdadeiro exercício da cidadania, pois, verifica-se um problema de cunho ideológico na estrutura e no funcionamento do Estado.

Destarte, o Projeto de Lei do Senado nº 70, de 2015, veio alterar a redação dos arts. 32 e 36 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional) para inserir novas disciplinas obrigatórias no currículo dos ensinos fundamental e médio.

Diante do que foi mencionado, fica assim expresso no Projeto de Lei do Senado nº 70, de 2015, o art. 1º. Os arts. 32 e 36 de Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes Bases da Educação Nacional), passam a vigorar com a seguintes redação:

“Art.32.

II – a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, do exercício da cidadania, da tecnologia, das artes e dos valores morais e cívicos em que se fundamenta a sociedade;

§ 5º O currículo do ensino fundamental incluirá, obrigatoriamente, a disciplina Constitucional, além de conteúdo que trate dos direitos das crianças e adolescentes, tendo como diretriz a Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), observada a produção e distribuição de material didático adequado.

“Art.36..” (NR)

IV – serão incluídas a disciplina Constitucional, a Filosofia e a Sociologia como disciplinas obrigatórias em todas as séries do ensino médio.

(NR)

Destarte, a inserção do direito constitucional na grade curricular é sem dúvida uma luta contra o próprio sistema, um certo meio de contradizer a própria natureza do Estado. Assim, a omissão jamais poderá ser vista como algo não planejado ou irracional, pelo contrário, a grade curricular mesmo que carregado de interesses ideológicos que visam o bom funcionamento da máquina estatal, seria ainda assim, um risco, um certo perigo, um “confronto armado” contra a classe dominante, a elite.

Ainda que os conhecimentos transmitidos pelos aparelhos do Estado fossem de tal forma reduzido, a inserção do direito constitucional levaria uma certa conscientização das classes marginalizadas, dos oprimidos, dos menos cultos.

5. A INSERÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL NA GRADE CURRICULAR E A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA

O Direito é sem dúvida uma das ciências mais relevantes para a formação intelectual humana, e ainda assim, é possível perceber a sua ausência nas escolas, tanto no ensino fundamental, como no ensino médio. Destarte, é notório um certo paradoxo, pois em um sistema cercado de leis e normas jurídicas, a educação ainda sim parece negar, omitir, desvincular. Nesta ótica, é possível compreender que a não inserção dos conhecimentos jurídicos nas escolas é uma escolha do Estado, que de certa forma, planeja para que tal formação “refinada” fiquem a determinadas classes sociais, de forma geral, a classe dominante.

É notório desta forma, que o ensino médio apresenta uma verdadeira lacuna na sua grade curricular, ao se “esquecer” de tal inserção, ou seja, o conhecimento jurídico que tem como prisma a libertação do espírito humano fica esquecido, jogado, escondido. Esse certo esquecimento, não é um ato voluntário, mas sim consensual, planejado, sistematizado pela máquina estatal.

Se a função da educação é a transformação social e a busca incessante pelo exercício da cidadania, não é possível materializar essas relações sem que os discentes tenham contato, acesso aos conhecimentos que estão expressos na

Carta Magna de 1988, a Constituição brasileira. Assim, a educação que teoricamente teria nascido para a construção de uma sociedade cidadã, respeitando direitos e obrigações, nos apresenta de certa forma contaminada ou pelo menos impotente diante do papel transformador que a educação nos faz “saltar pelos olhos”, mas que ainda reproduz de certa forma a mazela intelectual aos oprimidos, aos explorados.

Deste contexto, Eurides Brito da Silva nos preconiza:

(...) a questão central do ensino médio é a de definição de sua função social, dos seus objetivos e da consequente concepção curricular adotada. Sempre se esperou do ensino médio a formação da pessoa humana, do cidadão, do trabalhador e do futuro universitário. E tudo isso coincidindo com a etapa final da consolidação da educação básica, na faixa etária ideal da adolescência. Período justamente em que o jovem estrutura valores e conceitos e faz escolhas essenciais. Trabalho, profissão, família, grupo social, esporte, política, enfim, modo de viver, constituem opções fundamentais dessa fase da vida humana (...) (SILVA, 2003, p. 109).

Nesta ótica, o ensino médio que não constrói as potencialidades do espírito investigativo nos discentes e principalmente o espírito solidário, de respeito, convivência, da moral e dos bons costumes, é sem dúvida um ensino frustrado, sem potência e essência, sem poder de transformação.

Visivelmente, podemos analisar que o processo educacional é um problema de cunho ideológico, que nos faz acreditar que a educação criada pelo Estado é um meio de ascensão social, de mobilização e construção de condições justas e igualitárias. As impressões e as percepções inculcadas nos indivíduos não passam de uma “simples sombra da realidade”, um sonho, ou melhor, uma utopia.

Diante das afirmações supracitadas, Bourdieu nos ensina:

É provavelmente por um efeito de inércia cultural que continuamos tomando o sistema escolar como um fator de mobilidade social, segundo a ideologia da “escola

libertadora”, quanto, ao contrário, tudo tende a mostra que ele é um dos fatores mais eficazes de conservação social, pois fornece a aparência da legitimidade às desigualdades sociais, e sanciona a herança cultural e o dom social tratado como dom natural. (BOURDIEU, 2005, p. 41).

Dentro deste cenário, a educação “cria uma ideia falsa” de transformação social, de mobilização, de uma construção social justa e igualitária. A inércia cultural, faz com que os indivíduos tenham uma visão reduzida, ou até mesmo distorcida do verdadeiro papel do Estado. É legítimo desta forma, que contrariando a própria natureza do Estado, que a educação traga em seu bojo, o valor essencial de transformação, de modificação, de construção. Assim, o espírito crítico e investigativo deve estar atrelado com as metodologias e as práticas dos docentes, de certa forma, superando as próprias estruturas do Estado. Porém, esse ato, não é simples, já que de certa forma, tudo é criado para manutenção de certos privilégios, da manutenção da hierarquia injusta, ou melhor, uma “justa desigualdade”.

Destarte, a construção de valores, depende necessariamente de um processo contínuo, construído em grupo, no grupo e pelo grupo dentro das instituições escolares. Ora, assim, é preciso ensinar os discentes a pensarem sobre política, filosofia, ética, moral, cidadania e direitos fundamentais e sociais, dentro de uma perspectiva criativa, reflexiva, dinâmica e inovadora.

Significativamente, a educação real é aquela que antes de tudo, busca uma verdadeira transformação, possibilitando o acesso à cultura. Destarte, só é possível que o processo de escolarização tenha realmente significado e significância, se os conteúdos ensinados tenham uma utilização prática, um verdadeiro valor social. Seria trágico, se os conteúdos do sistema escolar, fosse irrisoriamente usado como meio apenas de inserção as Universidades públicas, o que na atualidade vem sendo uma prática comum. Isso, apresenta a nós, o quão é importante o conhecimento jurídico nas escolas, já que por ventura, as normas jurídicas estão em todos os lugares e fazem parte da vida dos indivíduos diariamente, nas relações sociais.

Por ventura, a inserção dos direitos constitucionais na grade currículo do ensino médio é uma obrigação com o exercício da cidadania, um certo respeito

com a formação do cidadão para uma boa conduta, de seus direitos e obrigações, na busca do bem comum. É fundamental destacar que o processo educacional deva ter como objetivo a difusão dos conhecimentos que serão usados no cotidiano, como também, para investigação científica.

Destro desta parafernália de informações, o Direito soa como algo indispensável para a vida acadêmica, como um conhecimento imutável no sentido da sua utilidade prática no cotidiano. Destarte, o conhecimento jurídico vem para agregar o que eles já vivenciam em todo processo de ação ou omissão na vida em sociedade. Porém, por falta de conhecimento e informação fidedigna, muitos ainda não sabem como conceituar ou atribuir um juízo de valor sobre o que seria lícito ou ilícito, legal ou ilegal, ou até mesmo o que é moral, imoral e amoral. Isso ocorre em razão da ausência de conhecimentos jurídicos nas escolas e por falta de políticas públicas.

A educação deve ser um meio de transformação social, de construção de cultura e valores, porém o que nos parece ser óbvio, é a lacuna deixada pela omissão estatal ao não inserir os conhecimentos de cunho jurídico, que nos traz a certeza que o ente estatal não está preocupado com a verdadeira formação do cidadão, que de certa forma propaga a ausência do “espírito” participativo dentro do contexto social. Nesta ótica, o problema do ensino brasileiro, ultrapassa o cenário marcado pelas péssimas condições de professores e infraestruturas. O verdadeiro problema está no funcionamento do sistema, que de certa forma, elabora uma grade curricular defasada e seleciona determinados conteúdos que estão a serviço do Estado, propiciando não um ensino de qualidade, pelo contrário, uma formação rasa, obscura e ignorante. Isso, é sem dúvidas, o reflexo de uma gestão pública incapaz de fazer valer o potencial da educação na sua plenitude, de desenvolver nos discentes as competências e habilidades necessárias para exercerem com excelência o papel de cidadão.

Dentro deste cenário, o Estado pouco se esforça para alcançar uma educação voltada para a construção de uma grade curricular inovadora, dinâmica e plausível, assim, o objetivo maior do ente estatal não é exatamente a construção de uma verdadeira cidadania, nem tão pouco, buscar uma participação ativa nas ações que envolvam os bens públicos, pelo contrário, existe uma certa negação da vida política, o que se parece excluir “a arte de viver na cidade”.

Assim, a inserção dos conhecimentos jurídico, é sem dúvida um dos maiores avanços para a democracia, onde a construção de valores e ideais são desenvolvidos e vivenciados pelos discentes, participando assim, ativamente na elaboração de todo projeto político e social, despertando o espírito inovador que está na essência da juventude atual.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das análises e investigações, é possível concluir que o a educação crítica e reflexiva é um desafio no contexto social e cultural brasileiro. Destarte, a não inserção do direito constitucional na grade curricular do ensino médio não é um fator acidental, ou um simples ato voluntário, pelo contrário, pois foi possível verificar problemas na estrutura e no funcionamento do Estado que de certa forma busca reproduzir o sistema e as condições materiais do mundo capitalista.

Por fim, é possível afirmar que o Estado deva criar as condições mínimas para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, buscando propiciar uma democracia verdadeira, onde o sistema escolar tenha condições de elaborar uma grade curricular que possa manifestar os valores de cidadania, de política, de ética e dos direitos inalienáveis a todos os Homens. Por mais, ressalto que o modelo educacional brasileiro é uma incógnita, onde a desconsideração da inserção dos direitos fundamentais e sociais demonstra ainda mais o verdadeiro papel do Estado, omissos com os oprimidos e ativo para a burguesia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOURDIEU, P. **Capital Cultural, Escuela y Espacio Social**. México: Siglo Veinteuno, 1997.

BOURDIEU, P. *Escritos de Educação*. Petrópolis, RJ: Ed. Vozes, 2005.

BOURDIEU, P. *A ruptura. A profissão do sociólogo*. Petrópolis, RJ: Ed. Vozes, 1999.

CORTELLA, M. S. **A escola e o conhecimento: fundamentos epistemológicos e políticos**. 3.^a Edição. São Paulo: Cortez: Instituto Paulo Freire, 1999.

LUCKESI, Cipriano. *Filosofia da educação*. São Paulo: Cortez, 1994.

Projeto de Lei do Senado Federal, nº 70, de 2015. Disponível em: [file:///C:/Users/Cliente/Downloads/MATE TI 161073%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Cliente/Downloads/MATE_TI_161073%20(1).pdf) acesso em 02. Jan. 2019.

SAVIANI, Dermeval. *Escola e democracia*, São Paulo: Editora Cortez, 1997.

SAVIANI, Dermeval. *Escola e democracia*. São Paulo: Cortez. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1992603/mod_resource/content/1/exto%20de%20Dermeval%20Saviani.pdf. Acesso em 18. fev. 2019.

SILVA, B. E. da. **A Educação Básica Pós-LDB**. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2003.

[1] <http://lattes.cnpq.br/2620529039250412>

[2] <http://lattes.cnpq.br/4428702481856069>

CONCURSO DE PESSOAS: BREVES APONTAMENTOS DOUTRINÁRIOS

BRUNA MARCELA NOBREGA BARBOSA LIMA:

Bacharela em Direito. Pós-Graduada em Direito Tributário e Processo Tributário. Ex-Assessora de Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Paraíba, com ênfase de atuação em processos criminais.

RESUMO: O concurso de pessoas consiste em norma prevista no art. 29 do Código Penal, que versa sobre crimes cometidos em comunhão de desígnios por duas ou mais pessoas. O tema é significativo, pois estabelece regras fundamentais quanto à individualização da contribuição penalmente relevante, permitindo a distinção entre autoria, coautoria e participação, com a conseqüente punição na medida da culpabilidade de cada codelinquente. Trata-se de mudança relevante em nossa atual legislação, que adotou a teoria monista temperada para explicar a punibilidade dos coparticipantes do delito. O presente artigo visa apontar, sem esgotar a matéria, comentários doutrinários concernentes à aplicação do concurso de pessoas no Direito Penal Brasileiro.

Palavras-chave: Concurso de Pessoas; Teoria Monística e Sistema diferenciador; Autoria, coautoria e participação; Punibilidade na codelinquência.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Âmbito de incidência do estudo da codelinquência – 3. Concurso de pessoas: pluralidade de requisitos? – 4. Teorias explicativas – 5. Breves definições: autoria, coautoria e participação “strictu sensu” – 6. Da punibilidade no concurso de pessoas – 7. Questões controvertidas no estudo da codelinquência – 8. Considerações Finais – 9. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Existem infrações penais que, para sua prática, exigem a participação de mais de um sujeito ativo, no que consistem os crimes plurissubjetivo ou de concurso necessário.

Todavia, em regra, os crimes são unissubjetivos ou de concurso eventual, por serem realizáveis por um único agente, de modo que, havendo comunhão de

desígnios de duas ou mais pessoas, configurar-se-á concurso de pessoas ou codelinquência.

O Concurso de Pessoas, estudado na teoria do delito, tem como objetivo definir os limites da responsabilização dos indivíduos que concorreram para a prática delituosa, individualizando não apenas a participação penalmente relevante, mas igualmente a aplicação da pena, donde se extrai a relevância do seu estudo e a razão de ser objeto de (não raros) dissensos e propostas doutrinárias.

O Código Penal pátrio, no Título IV denominado “Do Concurso de Pessoas”, adotou a Teoria Monista para esclarecer o fenômeno delitivo praticado em comunhão de desígnios, teoria esta que foi mitigada pelo próprio Diploma Repressor ao estabelecer, notadamente com a Reforma de 1984, disposições que permitem distinguir as figuras da autoria e da participação.

Este trabalho tem como objetivo abordar concepções doutrinárias relacionadas ao concurso de agentes, iniciando pelo seu âmbito de incidência e requisitos, perpassando pelas teorias basilares que explicam a codelinquência, enfatizando, outrossim, os fundamentos da punibilidade dos coparticipantes, bem como ressaltando temas cujo dissenso se acentua entre os estudiosos.

Diante disso, o presente artigo visa apresentar, sem esgotar o tema, um epítome de apontamentos doutrinários acerca do concurso de pessoas no Direito Penal Brasileiro.

2 ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO ESTUDO DA CODELINQUENCIA

Os crimes podem ser classificados quanto a necessidade ou não de mais de um sujeito ativo para sua configuração em crimes unissubjetivos e plurissubjetivos. Estes, também denominado de crime de concurso necessário, exigem a presença de duas ou mais pessoas para que seja configurado o delito.

Luiz Regis Prado (2018, p.320), tratando dos crimes que só podem ser praticados com a participação de várias pessoas, denomina de “participação necessária imprópria” as hipóteses de “delitos de encontro ou de convergência”, dos quais é exemplo o art. 288 do CP (crime de associação criminosa).

D'outra banda, os crimes unissubjetivos, também conhecidos como delitos de concurso eventual, são aqueles que podem ser praticados por apenas um agente, mas eventualmente são realizáveis por mais de um sujeito ativo.

As regras aplicáveis ao concurso de pessoas estão dispostas no Código Penal, em seu artigo 29, que assim estabelece:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (BRASIL, 1940)

Segundo Rogerio Greco (2017, p.562), o artigo 29 do CP destina-se, como regra, aos crimes unissubjetivos. Por exigirem a presença, pelo menos, de duas pessoas, os delitos plurissubjetivos prescindem de regra expressa para delimitar autores ou coautores, de modo que o art. 29, em crimes de concurso necessário, tem aplicação apenas no que tange à participação.

No mesmo sentido, Bitencourt (2018, p.808) esclarece o estudo da codelinquência cinge-se ao "concurso eventual de pessoas, que pode receber a contribuição de terceiros até o momento de consumação do crime."

Logo, não se inserem no concurso de pessoas as condutas praticadas após a consumação do crime, podendo configurar crime autônomo, como receptação, favorecimento real, favorecimento pessoal, etc.

Assim, as regras da codelinquência são empregadas quando duas ou mais pessoas concorrem para uma mesma infração penal, em colaboração recíproca, seja na forma de coautoria (mais de um autor) ou de participação em sentido estrito (autores e partícipes).

3 CONCURSO DE PESSOAS: PLURALIDADE DE REQUISITOS?

A par das premissas supra traçadas, a doutrina majoritária enumera quatro requisitos para que se reconheça o concurso de pessoas: pluralidade de agentes e condutas, relevância causal de cada conduta, liame subjetivo entre os agentes e identidade de infração penal.

A pluralidade de agentes e condutas significa que o delito deve ser perpetrado por no mínimo duas pessoas que, eivando esforços conjuntos, almejam cometer uma determinada infração penal.

Quanto à relevância causal de cada conduta, denota que as condutas devem ter relevância na prática da infração penal, de forma que exista eficácia causal da ação.

Em relação ao liame subjetivo entre os agentes, tem o sentido de que deve existir uma adesão voluntária, objetiva (nexo causal) e subjetiva (nexo psicológico) entre os agentes para a prática da atividade criminosa. Caso não exista esse liame, não haverá concurso de agentes, pois a autoria será colateral, sem que um saiba das intenções do outro.

No que tange à identidade de infração penal, os agentes devem convergir ao cometimento de uma determinada infração penal, "algo juridicamente unitário" (SOLER, 1976 apud BITENCOURT, 2018, p. 817). Damásio (2011, p. 466) ressalta que "não se trata, propriamente, de um requisito, mas de consequência jurídica em face das outras condições".

Por outro lado, Paulo Queiroz (2018, p. 328-329) considera que a adesão subjetiva (ou nexo psicológico) é, efetivamente, o único requisito exigido. O autor afirma que, em verdade, "a pluralidade de condutas é pressuposto do próprio concurso de agentes", enquanto a unidade da infração penal é "consequência lógica da teoria unitária adotada pelo Código". Ademais, ressalta que "o nexo causal não é imprescindível à caracterização do concurso, pois em muitos casos a participação se perfaz por meio de atos secundários, sem os quais o resultado final teria ocorrido inevitavelmente."

4 TEORIAS EXPLICATIVAS

4.1. Quanto à valoração do fenômeno delitivo.

Uma das questões relacionadas à codelinquência é a necessidade de distinguir e indicar a infração cometida por cada um dos participantes de uma conduta delituosa, existindo três teorias que merecem destaque em nossa doutrina: **pluralista, dualista e monista**.

Pela Teoria Pluralista existirão tantos crimes quantos forem os participantes do evento delituoso, ou seja, cada integrante responde por sua conduta própria, de forma que o número de infrações penais corresponderá à quantidade de agentes. Segundo Greco (2017, p. 563), “seria como se cada autor ou partícipe tivesse praticado a sua própria infração penal, independentemente da sua colaboração com os demais agentes”.

Por sua vez, a teoria dualista, do italiano Manzini, diferencia o crime cometido pelos autores (tipo de autoria ou de coautoria) daquele praticado pelos partícipes (tipo de participação). Bittencourt (2018, p. 811) explica que “a teoria consagra dois planos de condutas, um principal, a dos autores ou coautores, e um secundário, a dos partícipes”.

Quanto à teoria monista, também conhecida como unitária, dispõe que, apesar de ser praticado por uma pluralidade de agentes, o crime seria único e indivisível, “mantendo sua unidade jurídica à custa da convergência objetiva e subjetiva das ações dos múltiplos participantes” (FERRAZ, 1976 apud GRECO, 2017, p. 565).

No que tange ao Código Penal pátrio, segundo a sua exposição de motivos (item 25), é adotada a teoria “monística do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas”, havendo, destarte, uma visão unitária do fenômeno delituoso, de forma que, em regra, todos os agentes respondem pela mesma infração penal.

A doutrina ressalta, todavia, ter sido acolhida a teoria unitária de forma matizada ou temperada (PRADO, 2018, p. 314), pois, além de o caput do art. 29 do CP ter estabelecido certos graus de participação “na medida de sua culpabilidade”, os seus parágrafos determinam uma punibilidade individualizada da participação. Nesse sentido, Busato (2017, p. 671) esclarece que “o princípio é unitário, porém, expressamente se reconhece a necessidade de matizações e

bipartições que obrigam a considerar a hipótese de necessária diferenciação entre autores e partícipe”.

4.2. Quanto à valoração da conduta individual

Um dos maiores objetos de debate doutrinário é a forma de valoração da conduta individual dos participantes de um mesmo crime, ou seja, a possibilidade (ou não) de diferenciação conceitual entre autor e partícipe, bem como aspectos atinentes aos critérios de tal distinção. Nesse diapasão, existem dois sistemas: unitário e diferenciador.

4.2.1. Sistema unitário

De origem italiana e adotado pelo Código Penal de 1940, o sistema unitário é um modelo que não permite distinguir autoria da participação, de modo que “todo aquele que concorre para o crime causa-o em sua totalidade e por ele responde integralmente”^[1].

Com fundamento político-criminal, trata-se de uma concepção oriunda da teoria da equivalência das condições e, assim, de base causalista: a contribuição causal é o único critério relevante, não tendo qualquer importância o conceito de participação.

4.2.2. Sistema diferenciador

A Reforma Penal de 1984 não se afastou do modelo unitário, uma vez que o caput do art. 29 “foi redigido com uma visão causalista do fenômeno da codelinquência, vinculado à teoria da equivalência das condições”^[2].

No entanto, a aludida reforma legislativa estabeleceu graus de participação, o que permite a diferenciação a atuação de autores e partícipes (segundo a efetiva participação e relevância causal de suas condutas) e, por conseguinte, autoriza a conclusão de que o legislador penal brasileiro adotou o sistema diferenciador.

Nesse sentido, Bitencourt (2018, p.813) observa que “os parágrafos do art. 29 permitiram a transição da adoção do conceito unitário de autor, imposto inicialmente pelo Código Penal de 1940, para um conceito diferenciador, ao

determinar a punibilidade diferenciada da participação”. De acordo com o insigne doutrinador, o sistema em apreço é marcado, essencialmente, pela compreensão da participação como uma intervenção secundária, cuja punibilidade decorre de determinados atributos da conduta do autor, no que consiste o princípio da acessoriedade da participação (BITENCOURT, 2018, p. 817-818).

Ademais, Busato (2017, p. 671) adverte que há, na parte especial do Código Penal "(que é de 1940), situações de exceção pluralística ao princípio unitário do concurso de pessoas, o que deixa evidente que já mesmo antes da reforma de 1984 existia uma tendência a minimizar o absolutismo monista."

No intento de encontrar o conceito de autor, várias teorias foram desenvolvidas, dentro do sistema diferenciador, já que tal definição não foi trazida pelo Código Penal pátrio.

a) Teoria subjetiva (conceito extensivo de autor)

A partir da impossibilidade de distinção objetiva, sob o prisma naturalístico, entre autoria e participação, foi proposta, pela doutrina alemã, um critério subjetivo, atrelado ao conceito extensivo de autor, onde a diferenciação é feita segundo o plano do agente.

Segundo a Teoria extensiva, será autor aquele que pretende o fato como próprio, atuando com ânimo de autor ("animus auctoris"), enquanto o partícipe toma parte em fato "alheio", agindo com ânimo de partícipe ("animus socii").

b) Teoria objetivo-formal (conceito restritivo de autor)

A teoria objetivo-formal, adotada pelo Código Penal brasileiro (segundo doutrina majoritária) e indissociável de um conceito restritivo de autor, realiza uma nítida diferenciação entre autoria e participação, de modo que será considerado autor aquele que pratica a conduta descrita formalmente no núcleo do tipo penal.

Como consequência da adoção da teoria em tela, a punição do partícipe depende, necessariamente, de uma norma de extensão da punibilidade, uma vez que as formas de participação não integram diretamente a figura típica e, por conseguinte, seriam impuníveis.

A doutrina, no entanto, critica a teoria objetivo-formal por não ser capaz de explicar, satisfatoriamente, a coautoria e a figura do autor mediato.

c) **Teoria do domínio do fato (teoria mista ou objetivo-subjetiva objetiva material)**^[3]

Após os conceitos extremistas (extensivo e restritivo) de autor, foi construída uma corrente intermediária, através da teoria do domínio do fato que, além de explicar a autoria mediata (“homem de trás”), permitiu uma melhor compreensão acerca da coautoria.

Surgida em 1939 com o finalismo de Welzel, a teoria do domínio do fato foi desenvolvida por Roxin, impondo-se como uma teoria objetivo-subjetiva, pois considera autor aquele que possui poder de decisão sobre “a realização do tipo de injusto, controlando a continuidade ou a paralisação da ação típica” (SANTOS, 2014, p. 348).

Logo, a teoria desenvolvida por Roxin molda, satisfatoriamente, a figura do autor mediato (“homem de trás”) que não realiza diretamente a conduta típica, valendo-se, para tanto, de outras pessoas como instrumentos, que agem sob o domínio do “homem de trás”.

O domínio do fato é um “conceito regulativo”, sendo necessária a análise das circunstâncias totais do fato para que se estabeleça quem é o “senhor do fato”.

Por outro lado, a teoria em apreço melhor elucida a coautoria, conceituando-a, fundamentalmente, a partir de uma divisão de trabalho (codomínio do fato), de modo que “o domínio do fato unitário é comum a várias pessoas”.

Ressalta-se, todavia, que a teoria objetivo-subjetiva não se aplica aos crimes culposos, posto que nestes o resultado é causal, não finalista. Da mesma forma, segundo Queiroz (2018, p. 336), para Roxin não há de se falar em domínio do fato em delitos de infração de dever (que, além dos crimes culposos, compreendem os delitos omissivos) e de mão-própria.

5 DA AUTORIA, COAUTORIA E PARTICIPAÇÃO “STRICTU SENSU”

A partir da teoria monista e adotado o sistema diferenciador, é possível identificar o agente como autor, coautor ou partícipe de uma determinada conduta criminosa, sendo os seus conceitos individualizados.

5.1 Da autoria

Será autor o sujeito que pratica diretamente a conduta típica (autoria imediata) ou aquele que, sem realiza-la, possui domínio do fato e exerce atividade indispensável no plano global, abarcando, assim, a autoria mediata ou indireta.

Há autoria mediata quando um “homem de trás” se vale de instrumento impunível (por condição ou qualidade pessoal, conforme art. 62, III, segunda parte. Do CP), bem como no erro determinado por terceiro (art. 20, §2º, do CP) e nas hipóteses do art. 22 do CP (coação moral irresistível e obediência hierárquica).

Nesse sentido, a autoria de escritório é apontada por Zaffaroni e Pierangeli como uma forma de autoria mediata especial, pois se dá em uma “máquina de poder”, onde quem cumpre as ordens não é mero instrumento, por possuir domínio funcional do fato. No entanto, por serem o autor mediato e imediato culpáveis e puníveis, parcela da doutrina afirma não se tratar de autoria mediata, mas sim de coautoria ou de autoria intelectual. Quanto à esta última, abarca o homem inteligente, que determina, orienta ou contrata a ação delituosa, sem participar diretamente da sua execução, acarretando a aplicação da agravante do art. 62, I, do CP.

Ademais, é assente na doutrina a inaplicabilidade da autoria mediata aos crimes de mão própria, hipótese em que se aponta a autoria por determinação (tipo especial de concorrência, em que não se trata de autoria nem de participação), cuja punibilidade, permitida pelo art. 29 do CP, se dá em virtude do “delito de determinar” para o crime.

Por outro lado, ocorre autoria por convicção quando o agente conhece a norma, mas a descumpra por razões de consciência como, v.g., um pai seguidor das testemunhas de Jeová, que impede transfusão de sangue necessária para salvar vida do filho, causando a sua morte.

Ressalte-se, outrossim, que a inexistência de liame subjetivo (quando uma pessoa pratica a mesma infração penal, ignorando que colabora na ação de

outrem) configura autoria colateral (ou acessória), não havendo concurso de pessoas, em qualquer de suas modalidades.

5.2 Da coautoria

Na coautoria, o domínio do fato unitário é comum a várias pessoas (condomínio) que, em razão da divisão de trabalho, são peça essencial na realização do plano global. Logo, serão coatores aqueles que, possuindo o condomínio do fato, prestarem contribuições essenciais e independentes ao cometimento da delicto, com fulcro no princípio da divisão de trabalho.

Segundo Bitencourt (2018, p. 828), é " o que pode ocorrer especialmente naqueles crimes que Beling chamou de 'ação dupla', como, por exemplo, no crime de estupro: enquanto um dos agentes segura a vítima, o outro a possui sexualmente."

Assim, na coautoria não há relação de acessoriedade, mas imediata imputação recíproca.

5.2.1. Da coautoria sucessiva

Há coautoria sucessiva quando, após iniciado o iter criminis, outra pessoa adere à conduta criminosa de outrem, ou seja, o acordo de vontade se dá após o início da execução.

Quanto ao limite temporal, Nilo Batista (apud GRECO, 2017, p. 579-580), permite a adesão não apenas até a consumação, mas sim até o exaurimento do crime, seu "punto final", de modo que, na extorsão, poderia aderir na hora da obtenção da vantagem indevida. Todavia, Bitencourt afirma que o concurso de pessoas somente pode receber a contribuição de terceiros até a consumação, de forma que, após esse momento, haverá crime autônomo (receptação, favorecimento real, favorecimento pessoal etc).

5.3 Da participação em sentido estrito

A doutrina se encarregou de fazer a distinção valorativa entre condutas principais (relacionadas à autoria) e secundárias (referentes à participação em sentido estrito). Tal diferenciação foi recomendada pela Reforma Penal de 1984,

que inseriu, no artigo 29 do CP, o que René Dotti denominou de “cláusula salvatória” contra possíveis excessos oriundos da interpretação literal da teoria monista, pois determinou consequências penais diferenciadas, “na medida da culpabilidade” e nos limites da contribuição causal de cada partícipe.

A participação em sentido estrito “configura contribuição acessória dolosa em fato principal doloso de outrem e, assim, depende da existência do fato principal” (SANTOS, 2014, p. 362). De acordo com Bitencourt (2018, p. 829), o “partícipe não pratica a conduta descrita pelo preceito primário da norma penal, mas realiza uma atividade secundária que contribui, estimula ou favorece a execução da conduta proibida”.

Dois requisitos são necessários para existência da participação: a eficácia causal (deve influir no crime que, por sua vez, deve ser, ao menos, tentado, conforme disposto no artigo 31 do Código Penal) e a consciência de participar na ação de outrem, mesmo que o autor desconheça ou recuse a cooperação (BITENCOURT, 2018, p. 832).

São apontadas duas espécies de participação: a de natureza moral (instigação ou induzimento) e a de caráter material (cumplicidade). Na primeira, o partícipe atua sobre a vontade do autor, influenciando-o, seja criando ideia (induzimento), seja reforçando ideia já existente (instigação). De outro lado, na participação por cumplicidade há prestação de auxílios materiais, criando um risco não permitido de favorecimento à execução do delito, cuja relevância causal se constata (BITENCOURT, 2018, p. 830).

Cumprir observar que a participação não se confunde com o crime de favorecimento pessoal (art. 349, do CP), pois o auxílio deste se dá após a prática delitiva, enquanto que a participação ocorre antes ou concomitantemente ao cometimento da infração penal.

No que diz respeito à participação por omissão, é admitida pela doutrina majoritária, desde que a participação seja material (pois a participação moral necessita de uma atuação positiva) e que o partícipe não seja garantidor, já que nesse caso responderá a título de autoria, e não como partícipe por omissão.

D’outra banda, sob pena de se evocar um Direito Penal de ânimo (BITENCOURT, 2018, p. 842), não há punibilidade pela tentativa de participação

(participação impunível, prevista no art. 31 do CP), tampouco em face de **participação negativa**, quando ocorre o simples ato de assistir ao crime, exceto se o omitente tiver o dever de agir para evitar o resultado (garantidor).

6. DA PUNIBILIDADE NO CONCURSO DE PESSOAS

O Código Penal estabelece no art. 29, §1º, a **participação de menor importância** (aplicável, apenas, à participação em sentido estrito), com natureza jurídica de causa geral de diminuição de pena, cujo caráter obrigatório prevalece, majoritariamente, na doutrina, de modo que a faculdade cinge-se ao grau de redução que, segundo Bitencourt (2018, p. 844), deve se dar em função da intensidade volitiva do partícipe.

De outro modo, há **cooperação dolosamente distinta** ou desvio subjetivo de conduta, quando o delito executado vai além do que foi aderido pelo coautor ou partícipe, que ignoram a intenção do autor executor. Como consequência da natureza individual da culpabilidade e do princípio da pessoalidade da pena, o art. 29, §2º, do Código Penal dispõe que cada codelinqüente responderá, somente, até onde alcança o acordo recíproco (WELZEL, 1993apud QUEIROZ, 2018, p. 349), representando, portanto, uma matização da teoria monística, já que "deixará de existir a unidade do título de imputação, respondendo cada interveniente pelo tipo de injusto que praticou" (BITENCOURT, 2018, p. 845).

No entanto, o mesmo dispositivo legal possibilita o recrudescimento da punição (através de causa de aumento de pena de até metade) se o resultado mais grave fosse previsível.

Ademais, no intuito de preservar a pessoalidade da pena, o artigo 30 do Código Penal prevê o princípio da incomunicabilidade das circunstâncias ou condições de caráter pessoal (subjetivas), as quais **não se estendem** aos coautores e partícipes (v.g., reincidência e menoridade). Assim, as circunstâncias operantes sobre a medida da culpabilidade (subjetivas) possuem o efeito da incomunicabilidade, o que se excepciona quando integram a definição do tipo (elementares), hipótese em que haverá a comunicabilidade.

Logo, "*a contrario sensu*", o aludido artigo 30 estabelece que são comunicáveis as circunstâncias de caráter impessoal (objetivas, materiais ou reais)

ou, na expressão de Luiz Regis Prado (2018, p. 325), “atuantes sobre a magnitude do injusto”. Comunicam-se, dessa forma, os dados materiais do delito, como por exemplo, o tempo e o modo de execução.

Todavia, seja em se tratando de circunstâncias objetivas ou de elementares subjetivas, deve o coparticipante ter atuado ao menos culposamente em relação às mesmas, sob pena de haver responsabilidade objetiva ou presumida. Destarte, para que haja a comunicabilidade, é preciso que as conheça.

6.1. Das teorias sobre a punibilidade na participação em sentido estrito

A punibilidade da participação, sob o prisma da acessoriedade da conduta, é abordada pelas teorias da acessoriedade mínima, limitada, máxima e da hiperacessoriedade.

Pela acessoriedade mínima (adotada por Regis Prado), para haver punição do partícipe é suficiente que a conduta do autor seja típica. Já para a teoria da acessoriedade limitada, acolhida pela doutrina majoritária, a conduta do autor deve ser típica e ilícita para que se puna o partícipe. Por outro lado, para que o partícipe seja punível, pela acessoriedade máxima, é preciso que haja uma conduta típica, ilícita e culpável do autor, enquanto a hiperacessoriedade exige, além dos requisitos da acessoriedade máxima, que a conduta do autor seja também punível.

D’outro giro, existem três teorias fundamentadoras da punibilidade da participação.

A teoria da **participação na culpabilidade (ou culpabilidade da participação)** justifica que o partícipe é punido pela corrupção do autor, ou seja, pela gravidade da influência que exerce sobre o este, cuja vontade foi corrompida. Essa teoria é criticada, pois além da culpabilidade ser tratada como uma questão pessoal, a acessoriedade limitada torna desnecessário o exame da culpabilidade.

A segunda teoria, do **favorecimento ou da causação**, tem por base a contribuição causal do partícipe, sendo este punível porque sua ação ou omissão contribuiu para a execução do fato principal. Para Bitencourt (2018, p. 834), a teoria acolhe integralmente a acessoriedade limitada.

Luiz Regis Prado (2018, p.324) acrescenta uma terceira teoria, “**da participação no ilícito**”, pela qual “o fundamento da punibilidade da participação radica no fato de ser ela uma forma de transgredir a proibição de contribuir para a realização de um fato ilícito, ou, em outros termos, conduz a uma ação socialmente intolerável (típica e ilícita) ou favorece sua realização”.

7. QUESTÕES CONTROVERTIDAS NO ESTUDO DA CODELINQUÊNCIA

Com relação a determinados crimes, o concurso de pessoas é cerne de proeminentes dissensos doutrinários.

Um primeiro tema controvertido é referente aos **crimes multitudinários**(cometidos por influência de multidão em tumulto), nos quais, segundo Bitencourt (2018, p. 841), há forma sui generis de concurso de pessoas, sendo presumido o vínculo psicológico entre os agentes. Diversamente, Rogério Greco (2017, p. 603) entende que o liame subjetivo deve ser comprovado no caso concreto, sem que existam presunções.

Quanto aos **crimes omissivos**, sejam próprios ou impróprios, Juarez Tavares (apud GRECO, 2017, p. 605) e Luiz Regis Prado (2018, p. 321) rechaçam tanto a coautoria como a participação, pois o dever de agir seria pessoal, havendo certa especialização de sujeitos, devendo cada um responder individualmente. Em sentido diametralmente oposto, Bitencourt, Greco e Paulo Queiroz admitem coautoria e participação em crimes omissivos, próprios (nestes, a participação deve ser comissiva, pois não se pode instigar através de omissão, pela absoluta falta de eficácia causal dessa inatividade) ou impróprios.

Por outro lado, é alvo de divergência doutrinária a questão do concurso de pessoas nos crimes culposos.

A doutrina alemã (em que pese o Código Penal alemão admitir expressamente a participação, desde que na forma dolosa) afasta a possibilidade de coautoria nos delitos culposos, pois nestes não há domínio do fato, de modo que, para Welzel e Jescheck, cada um será autor acessório.

Já a doutrina espanhola não só admite a coautoria nos crimes culposos, como também a participação em sentido estrito, sob o argumento de que, além

de haver melhor graduação da responsabilidade penal, é mantido o princípio da acessoriedade.

No direito penal brasileiro, Juarez Tavares (apud QUEIROZ, 2018, p. 339) e Juarez Cirino (2014, p. 357 e 363) **rechaçam**, nos crimes culposos, **tanto coautoria como participação**, tratando cada um dos agentes como autores colaterais.

Em sentido contrário, Paulo Queiroz (2018, p. 340) e Rogério Greco (2017, p. 610-613) entendem que **coautoria e participação são compatíveis** com os crimes culposos, desde que haja homogeneidade do elemento subjetivo (há participação culposa em delito culposos, mas é afastada participação dolosa em crime culposos, que corresponderia ao erro determinado por terceiro). Greco observa, ainda, que será partícipe aquele que induzir ou estimular outrem a violar dever de cuidado, como ocorre com passageiro que influencia motorista a dirigir rápido demais, causando homicídio culposos no trânsito.

Prado (2018, p. 320), por sua vez, **refuta a coautoria, mas aceita a participação** nos crimes culposos, desde que esta última seja de caráter moral (induzimento ou estímulo psíquico).

Em arremate, destaca-se que, para Bitencourt (2018, p. 837), a doutrina majoritária se aproxima da alemã, **permitindo**, portanto, a **coautoria** nos delitos culposos, **e afastando a participação**, sendo esta tratada como concausação culposa que importa, sempre, em autoria. Nas palavras do aludido jurista: "A doutrina brasileira, à unanimidade, admite a coautoria em crime culposos, rechaçando, contudo, a participação".

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O concurso de pessoas, tido como reunião de duas ou mais pessoas unidas por vínculo subjetivo homogêneo para a prática de uma infração penal, abarca os crimes de unissubjetivos ou de concurso eventual.

No que tange à valoração do fenômeno delitivo, o ordenamento jurídico acolheu a teoria monista ou unitária, pela qual todos os concorrentes respondem por um só crime. No entanto, em razão da cláusula salvatória ("na medida de sua culpabilidade") inserta no art. 29 do CP pela Reforma de 1984, a doutrina afirma

que foi adotada uma teoria monista matizada ou temperada, permitindo uma punibilidade diferenciada da participação.

Assim, em relação aos crimes praticados em concurso de pessoas, todos respondem pelo mesmo crime, mas a intensidade da pena pode variar de acordo com a eficácia causal e o grau de participação de cada um dos agentes.

Quanto à valoração da conduta individual, foi acolhido o sistema diferenciador, que distingue autor, coautor e partícipe de acordo com a teoria adotada. Em que pese prevalecer a teoria objetivo-formal para definir o conceito de autor, é necessário seu complemento pela teoria do domínio do fato para, não apenas permitir a compreensão a autoria mediata (que não é abarcada pela teoria objetivo-formal) mas também melhor explicar a coautoria, sob o prisma da divisão de trabalho.

Em relação à punibilidade do concurso de pessoas, todos respondem pelo mesmo crime, com penas cominadas na medida da culpabilidade, podendo existir diminuição obrigatória da reprimenda pela participação de menor importância. Mitigando a teoria unitária, o Código Penal reconhece o desvio subjetivo de conduta, quando é possível a condenação por crimes diferentes.

A punibilidade da participação, por sua vez, fundamenta-se na teoria da "causação ou do favorecimento", com fulcro na relevância causal, enquanto o caráter acessório participação é delineado pela teoria da acessoriedade limitada, de modo que basta conduta típica e ilícita do autor para que seja permitida a punição do partícipe.

Por fim, constata-se que o tema é, ainda, objeto de intenso dissenso doutrinário quanto à sua (in)aplicabilidade aos crimes culposos e omissivos, sejam estes próprios ou impróprios.

9 REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 24. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018

BRASIL. **Código Penal (1940)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 27 jan 2018.

BUSATO, César, P. Direito Penal - Vol. 1 - Parte geral, 3ª edição. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010411/>

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. Parte Geral. 19ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017

JESUS, Damásio de. Direito penal, volume 1 : parte geral. 32. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro: volume 1. 16 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

QUEIROZ, Paulo. Direito Penal: Parte Geral. 13. Ed. – Salvador: JusPODIVM, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino. Direito penal: parte geral. 6ª edição, Curitiba, ICPC, 2014.

NOTAS:

[1] Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal : parte geral 1** / Cezar Roberto Bitencourt. – 24. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. (p. 812)

[2] Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1** / Cezar Roberto Bitencourt. – 24. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. (p.812)

[3] Foi expressamente utilizada como fundamento na AP 470, STF (Mensalão).

A FAMÍLIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

ELAINE SABRINA MOREIRA SCHUWARTEN: Graduada em Direito pela UFMG em 2006. Pós-graduada e Analista em Direito no MPMG.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a evolução legislativa no que diz respeito ao instituto da família. Fez-se uma análise histórica a partir do Código Civil de 1916 até o Código Civil de 2002. Assim, buscou-se analisar como era tratado este instituto e o seu decorrer na legislação constitucional e infraconstitucional. Realizou-se, para tanto, uma pesquisa bibliográfica e se expôs as visões teóricas de Eduardo Silva, Maria Helena Diniz, Jeferson Daibert, entre outros, sobre o assunto. Conclui-se que houve significativa mudança no conceito de família no contexto social, bem como no seu respectivo tratamento legal, visto que, em determinados momentos históricos, fez-se necessário adequar o amparo legal à realidade social, eis que a sociedade está em constante evolução.

Palavras-chave: Família. Patriarcal. Código Civil. 1916. 2002. Evolução.

Introdução

O presente trabalho tem como tema a família na legislação brasileira, com o enfoque na análise do que era considerado família e também como era o tratamento destinado à mulher e aos filhos no contexto da sociedade conjugal e familiar.

Nesse seguimento, será demonstrado como era tratado tal instituto no direito nacional e repassado como foi abordado o tema nas legislações constitucionais e infraconstitucionais, sobretudo no Código Civil de 1916, Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002.

Neste contexto, o principal objetivo deste estudo é demonstrar, de forma breve, como o instituto da família era e é tratado pela legislação brasileira, como também que a sociedade está em constante evolução, o que demanda atenção do legislador, a fim de proporcionar o devido amparo legal aos novos arranjos familiares.

Para chegar ao objetivo proposto, utilizou-se como recurso metodológico a pesquisa bibliográfica, realizada a partir da análise das opiniões dos doutrinadores sobre o tema já publicadas na literatura nacional e artigos científicos divulgados por meio eletrônico.

No mais, escorou-se nos embasamentos teóricos de Eduardo Silva, Maria Helena Diniz, Jeferson Daibert, entre outros.

Desenvolvimento

De todos os ramos do Direito Civil, o Direito de Família é um dos que mais evoluem com o passar dos tempos, tendo em vista que, por tratar das relações diretas entre as pessoas, tende a acompanhar as evoluções sociais e, com isso, carece de inúmeras inovações legislativas a fim de adequar o amparo legal da família à sociedade moderna.

No século passado, o antigo Código Civil (Lei nº. 3.071 de 1916), conhecido por ser em sua essência patrimonialista, trazia a família com características totalmente patriarcais. Nas palavras de Silva (2002, p. 450-451, *apud* DRESCH, 2016) "a família do Código Civil de 1916 era uma família transpessoal, hierarquizada e patriarcal."

Em que pese o citado Código não especificasse o que era o instituto da família, dizia que a sua legitimidade viria com o casamento civil, o qual, inclusive, era indissolúvel.

Explanava o artigo 229 do Código de Civil de 1916:

Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos ([arts. 352 a 354](#)). (BRASIL, 1916).

Legitimada a família, o marido passava a desempenhar a função de chefe, o que lhe competia, dentre outras incumbências, a representação e a manutenção da unidade familiar.

Inicialmente, o artigo 233 previa:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.

Compete-lhe:

I. A representação legal da família.

II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial ([arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311](#)).

III. direito de fixar e mudar o domicílio da família ([arts. 46 e 233, nº IV](#)). [\(Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919\)](#).

IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal ([arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III](#)).

V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do [art. 277](#). (BRASIL, 1916).

À mulher restava uma função meramente auxiliar ao marido. Previa o artigo 240:

Art. 240. A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família ([art. 324](#)). (BRASIL, 1916).

A legislação da época amparava somente a família formada pelo casamento civil, de modo que considerava ilegítimo qualquer outro arranjo familiar, mesmo que marcado por laços afetivos.

Sobre o amparo destinado à família legitimada pelo casamento, Maria Helena Diniz (*apud* RIBEIRO, 2002), dizia que "a família legítima é o esteio da sociedade, por ser moral, social e espiritualmente mais sólida do que a ilegítima, dado não existir no concubinato compromisso entre o homem e a mulher (...)".

Assim, muitos juristas consideravam o concubinato como uma afronta à família, eis que era algo ilegítimo e clandestino.

Jeferson Daibert (1980, *apud* RIBEIRO, 2002) dizia:

É o concubinato uma das formas de desagregação da família moderna, já afetada pela sua desorganização interna e desarmonia que nascem nesse período de transição para a paridade conjugal.

Outro ponto que realçava a característica patriarcal da família é o fato de que para o menor de 21 anos se casar era necessário o consentimento dos genitores e, caso houvesse discordância entre eles, prevalecia a vontade do pai (artigos 185 e 186 do Código Civil de 1916).

No que tange à filiação, vários artigos traziam diversas diferenças entre os filhos legítimos, que eram os gerados dentro do casamento, os legitimados, que eram os filhos naturais que, em certas situações, poderiam ser reconhecidos por um dos genitores, os ilegítimos, que nasceram de pessoas não ligadas pelo casamento, e os adotivos.

A título de exemplo, o artigo 358 do Código de 1916 estabelecia que os filhos incestuosos e os adúlteros (subespécies dos filhos ilegítimos) não poderiam ser reconhecidos.

Com o passar do tempo e com o advento de novas leis que adequaram a legislação às mudanças da sociedade, essas distinções deixaram de existir.

Além de suprimir as diferenças entre os filhos, findou-se as desigualdades entre homens e mulheres.

Primeiro, em 1949, a Lei nº. 883 entrou em vigor e trouxe a possibilidade dos filhos ilegítimos serem reconhecidos através de ação própria e também vedou qualquer menção à filiação ilegítima no registro civil. Com isso, passariam a ter igualdade de direitos, inclusive, no que diz respeito a pleitear alimentos e ao direito de herança.

Posteriormente, em 1962, a situação da mulher no âmbito familiar começou a mudar. A Lei nº 4.121 revogou vários artigos do Código Civil e estabeleceu, mesmo que de forma restrita, que a mulher também tinha direito de exercer o poder familiar.

Mais adiante, em 1977, foi editada a Emenda Constitucional nº 9 (EC nº 9), a qual alterou a redação do artigo 175 da Constituição Federal de 1967 e possibilitou o divórcio.

No mesmo ano também foi promulgada a Lei nº. 6.515, que regulou a questão do divórcio trazida pela EC nº 9 e trouxe outras inovações, tais como a possibilidade da mulher voltar a usar o nome de solteira e o regime de comunhão parcial de bens quando não houvesse convenção ou, se houvesse, esta fosse nula, eis que, até então, o regime legal era o da comunhão universal de bens.

Em 1988, a nova Carta Constitucional trouxe novos conceitos de família e passou a reconhecer a união estável como entidade familiar, bem como a família monoparental (formada por um dos pais e seus descendentes). Ainda, estabeleceu igualdade de direitos entre homens e mulheres na constância da sociedade conjugal.

Explana os parágrafos 3º, 4º e 5º do artigo 226:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (...) (BRASIL, 1988).

No que tange aos filhos, a Lei Maior de 1988 proibiu qualquer distinção aos havidos ou não na relação do casamento, ou por adoção, bem como estabeleceu

que eles terão os mesmos direitos e qualificações, não podendo ter quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Outrossim, pouco tempo depois, em 1990, entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o qual tornou personalíssimo, indisponível e imprescritível o direito de reconhecimento de filiação contra os pais ou herdeiros, sem qualquer restrição (artigo 27 do ECA).

No mesmo caminho, a Lei nº 8.560, de 1992, regulou o procedimento de investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

Mais tarde, entrou em vigor o atual Código Civil (2002) e, dentre outras inovações, trouxe a baila o princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges e reforçou o entendimento de que marido e mulher têm os mesmos direitos na constância do casamento.

Como exemplo, pode-se mencionar o artigo 1.511 do Código Civil:

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. (BRASIL, 2002).

Nesse mesmo caminho de igualdade, também foi determinado tratamento isonômico aos filhos e ressaltou que todos devem ser tratados de forma igual no seio familiar, não importando se gerados ou não na constância do casamento, bem como se frutos de adoção.

É a redação do artigo 1.596:

Art. 1.596. 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. (BRASIL, 2002).

Nos dias atuais, mais de um século após a promulgação do Código Civil de 1916, percebe-se que houve um grande avanço histórico e cultural por parte da sociedade, de modo que surgiram diversos outros arranjos familiares,

completamente diferentes da “família legítima” inicialmente prevista no Código de 16, caracterizada pelo casamento civil entre um homem e uma mulher.

A título de exemplo, hoje, há famílias formadas apenas por irmãos (família anaparental), famílias formadas por pessoas separadas que possuem filhos de outros relacionamentos (família reconstituída) e até mesmo famílias formadas por uma pessoa só (família unipessoal).

Também, no que toca ao casamento, hoje não se fala somente do homem e da mulher como figuras da sociedade conjugal. Embora não haja lei específica para tratar sobre o tema, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já editou uma resolução que dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo (resolução nº 175 do CNJ).

Assim, infere-se que a evolução da sociedade em matéria de relações interpessoais é constante, o que demanda atenção do legislador para amparar todos os novos formatos de família, a fim de assegurar total igualdade e segurança jurídica a todos.

Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que houve uma grande evolução legislativa desde a promulgação do Código Civil de 1916.

Viu-se que, inicialmente, no que tange o tratamento legal, somente era reconhecida como família aquela originada do casamento civil. Essa, tinha características patriarcais, na qual o homem exercia, exclusivamente, o posto de “chefe” de família e a mulher, por sua vez, ocupava uma posição de mera auxiliar. Ainda, que havia distinção de tratamento no que dizia respeito aos filhos, mais precisamente entre os filhos havidos na constância do casamento e os havidos fora dessa.

Entretanto, com o passar dos anos e a mudança do cenário social e cultural, mostraram-se serem necessárias alterações legislativas a fim de destinar o devido amparo legal aos demais arranjos familiares até então considerados ilegítimos e

conceder às mulheres os mesmos direitos dos homens no que se refere ao poder familiar, bem como garantir a todos os filhos igualdade de tratamento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm > . Acesso em: 05 nov. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > . Acesso em: 05 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 833**. 1949. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1930-1949/L0883.htm > . Acesso em: 06 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 4.121**. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm > . Acesso em: 06 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.515**. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm > . Acesso em: 06 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.560**. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8560.htm > . Acesso em: 06 nov. 2018.

BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm > . Acesso em: 06 de nov. 2018.

BRASIL. **Código Civil**. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm > . Acesso em: 05 nov. 2018.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> . Acesso em: 06 nov. 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 9.** 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

BARRETO, Luciano Silva. **Evolução Histórica e Legislativa da Família.** Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_205.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2018.

DAIBERT, Jefferson. **Direito de Família.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988.

DALL' ALBA, Felipe Camilo. **Os Três Pilares do Código Civil de 1916.** Disponível em: <<http://historiadodireitofmp.blogspot.com/2015/06/os-tres-pilares-do-codigo-civil-de-1916.html>>. Publicado em: 25 jun. 2015. Acesso em: 07 nov. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** São Paulo, 1989, v. 5.

DRESCH, Márcia. **A Instituição Familiar na Legislação Brasileira: Conceitos e Evolução Histórica.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51795/a-instituicao-familiar-na-legislacao-brasileira-conceitos-e-evolucao-historica>>. Publicado em: set. 2016. Acesso em: 07 nov. 2018.

LIMA, Ana Carolina Santos. **Casamento Homoafetivo.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64395/casamento-homoafetivo>>. Publicado em: fev. 2018. Acesso em: 07 nov. 2018.

LUCCHESI, Mafalda. **Filhos – Evolução até a Plena Igualdade Jurídica.** Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_231.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967,** t.4.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 25º Ed. São Paulo: Editora Atlas. 2010.

RIBEIRO, Simone Clós Cesar. **As Inovações Constitucionais no Direito de Família.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3192/as-inovacoes->

constitucionais-no-direito-de-familia >. Publicado em: ago. 2002. Acesso em: 07 nov. 2018.

SILVA, Eduardo. **A Dignidade da Pessoa Humana e a Comunhão Plena de Vida: o Direito de Família Entre a Constituição e o Código Civil.** In: MARTINS-COSTA, Judith. A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA NA ARBITRAGEM

CAROLINA DOS PILARES DA MOTA AZEVEDO:

Mestranda em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós graduada em Direito Privado Patrimonial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Resumo: O novo código de processo civil, publicado em 2015, alterou a regulamentação referente às tutelas provisórias. No mesmo sentido, a reforma da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) através da Lei nº 13.129/15, também trouxe relevantes mudanças quanto a disciplina das tutelas de emergência nos procedimentos arbitrais. Assim, o propósito deste trabalho é analisar alguns aspectos relacionados às tutelas de urgência e evidência na arbitragem. Primeiramente, será realizada uma breve exposição sobre a aplicabilidade do NCPC nos procedimentos arbitrais. Na sequência, tratar-se-á da nova modalidade de classificação das tutelas provisórias de acordo com o NCPC e mais especificamente das tutelas de urgência. Passaremos pelos temas mais relevantes sobre as tutelas de urgência anteriores ou posteriores à formação do tribunal arbitral, e pela questão da tutela de urgência de natureza antecipatória. Por fim, será analisado o cabimento da tutela de evidência no procedimento arbitral e seus desdobramentos.

Palavras chave: Direito; Tutela de Urgência; Tutela de Evidência; Arbitragem.

Abstract: The new Brazilian Civil Procedure Code, published in 2015, changed the regulation regarding the provisional measures. Also, the arbitration law (law nº 9.307/96) reform perpetrated through law number 13.129/15, brought important modifications in relation to the discipline of the injunctions in the arbitration proceedings. Thus, the purpose of this work is to analyze some aspects related to the provisional matters in the arbitration. First of all, a brief exposure of the applicability of the new Civil Procedure Code in the arbitration proceedings will be made. After that, the new classification of the provisional measures (more specifically the injunctions) in accordance with the new Civil Procedure Code will be handled. Then we will pass through relevant themes about the injunctions presented before or after the constitution of the arbitral tribunal and the injunction

requesting an advance relief. At last, the applicability of the provisional measure based on evidence in the arbitral procedure will be analyzed, as well as its repercussions.

SUMÁRIO: 1) Introdução. 2) Aplicação das Tutelas Provisórias na Arbitragem. 3) A Tutela Provisória de Urgência. 3.1) Tutela provisória de urgência anterior à arbitragem. 3.1.1) Procedimento de emergência da câmara arbitral. 3.1.2) Tutela de urgência de urgência antecedente antecipada ou cautelar. 3.1.3) Revisão da tutela de urgência pelo Tribunal Arbitral. 3.2) Tutela Provisória de Urgência no curso da arbitragem. 3.2.1) A Carta Arbitral. 3.2.2) Vedação da apreciação da tutela de urgência pelo árbitro na cláusula arbitral. 4) Tutela de Evidência. 5) Conclusão. 6) Bibliografia.

1. Introdução

No Código de Processo Civil de 1973, as medidas provisórias se dividiam em medidas cautelares e tutelas antecipadas, ambas com requisitos e efeitos similares, o que causava dúvidas e equívocos na aplicação dos institutos. Inclusive, admitia-se a fungibilidade entre os institutos, de modo a garantir a efetividade e celeridade na prestação da tutela jurisdicional.

O novo Código de Processo Civil, então, buscou conferir uma melhor regulamentação para o tema, e criou as tutelas provisórias (Livro V do NCPC). Já nas disposições gerais do instituto (artigos 294 a 311, pode-se observar que a lógica de medidas provisórias com ritos, pressupostos e características próprias foi substituída pela priorização do poder geral de cautela do julgador, que, conforme comanda o art. 297 do NCPC, pode determinar as medidas que entender como mais adequadas para a efetivação da tutela provisória. A ideia é reforçada no art. 301, que estabelece que:

“A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.”

Sendo a medida de natureza provisória, a cognição realizada será sumária, dependerá da constatação da alta probabilidade do direito e de uma posterior

análise definitiva da matéria em uma futura sentença (proferida após a cognição exauriente).

Do gênero das Tutelas Provisórias, existem duas espécies (dividas de acordo com acordo com o fundamento da pretensão da parte): a Tutela de Urgência ou a Tutela de Evidência. As Tutelas Provisórias de Urgência, se dividem também em relação ao momento em que são apresentadas: antes ou durante o processo principal, e em relação ao pedido, que pode ser de providência cautelar (cujo objetivo é assegurar a efetividade do processo) ou antecipatória (cujo objetivo é a antecipação do provimento final). A Tutela de Evidência, conforme mais detalhado na sequência, será sempre incidente e antecipada.

Neste trabalho serão tecidas considerações sobre a aplicabilidade das Tutelas Provisórias no âmbito dos procedimentos arbitrais. Dessa forma, serão exploradas as peculiaridades de cada uma das medidas de acordo com as divisões acima destacadas.

2. Aplicação das Tutelas Provisórias na Arbitragem

Muito discutiu-se nos últimos anos sobre a natureza jurídica da arbitragem. Diversas teorias foram desenvolvidas, como a privatista, a mista e a autônoma^[1]. Mas o art. 3º do novo CPC, que trata do princípio da inafastabilidade da jurisdição para apreciação de ameaça ou lesão de direito, em seu parágrafo primeiro refere-se especificamente à arbitragem. Também, o art. 42, parte do Livro II, que trata da Função Jurisdicional, estabelece que *"As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei."*

Portanto, foi consagrada a doutrina majoritária no sentido de que, no Brasil, a arbitragem é jurisdição. Isso significa que *"o processo arbitral se submete a um microssistema jurídico, previsto em lei extravagante, servindo o Código de Processo Civil como diploma de aplicação subsidiária."*^[2] Então, para melhor entendimento deste trabalho como um todo, há que se sedimentar o entendimento no sentido de que os instrumentos processuais existentes no NCPC poderão ser utilizados na arbitragem, desde que não conflitem com as disposições da LArb.

Acrescenta-se a esse entendimento o fato de que as garantias constitucionais do processo devem ser aplicadas ao procedimento arbitral. Conforme leciona Cândido Rangel Dinamarco:

"A expressiva aproximação entre o processo arbitral e o estatal é suficiente para abrigá-lo sob o manto superior do direito processual constitucional, o que importa encarar seus institutos à luz dos superiores princípios e garantias endereçados pela Constituição aos institutos processuais."^[3]

A esse respeito, vale desde já mencionar que, conforme leciona Eduardo Arruda Alvim, as tutelas de urgência, de natureza cautelar ou antecipatória, tem como fundamento constitucional o art. 5º, inciso XXXV da CF, que estabelece a garantia de acesso à justiça. Ressalta Arruda Alvim que "*Soa-nos inegável estar prevista na Constituição Federal (art. 5.º, inc. XXXV), tanto a proteção à lesão de direito, restaurando-o, como à ameaça, o que, em nosso entender, abrange as medidas antecipatórias de tutela e as ações cautelares.*"^[4]

As tutelas de evidência, por sua vez, além de terem como fundamento o inciso XXXV do art. 5º da CF acima citado, também se respaldam no inciso LXXVIII do mesmo artigo, que determina que "*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*"

Portanto, ressalvadas observações específicas que serão abordadas nos tópicos a seguir, as tutelas de urgência e de evidência poderão (ou mesmo deverão) ser utilizadas nos procedimentos arbitrais, respeitadas certas peculiaridades, como o poder do acordo das partes que rege essa modalidade de resolução de conflitos.

3. A Tutela Provisória de Urgência

As Tutelas Provisórias que tem como fundamento a urgência têm como requisitos a comprovação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* (conforme art. 300 do NCPC). Estes dois conhecidos conceitos há muito fazem parte da sistemática das tutelas baseadas na urgência e representam a necessidade de

demonstração da aparência de que existe um bom direito e do perigo que representa a demora na satisfação da pretensão.

Estabelece o CPC, ainda, que a parte que requer uma tutela antecipada antecedente deve indicar na petição o pedido de tutela final, com exposição da lide e do direito que se pretende realizar (art. 303 do CPC) e no caso da tutela cautelar antecedente deve ser indicada a lide e seu fundamento, uma breve exposição do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 305 do NCPC). Dessa forma, pode-se entender que, em ambos os casos, caso exista cláusula ou compromisso arbitral, essa informação não pode deixar de constar na petição inicial endereçada ao Poder Judiciário.

A situação de urgência que demande uma tutela pode surgir antes da formação do tribunal arbitral ou durante o curso da arbitragem, de modo que a análise do tema das tutelas de urgência será realizada de acordo com o momento no tempo em que o pedido é apresentado. Começamos com a medida requerida antes da arbitragem, conforme a seguir.

3.1 Tutela provisória de urgência anterior à arbitragem

Entre o surgimento de um conflito e a formação de um tribunal arbitral podem levar vários meses. Não se pode olvidar que, primeiramente, a que se apresentar o requerimento de arbitragem, sendo o tribunal composto por três árbitros, cada uma das partes terá que indicar um árbitro, que poderá aceitar ou recusar a nomeação, tendo ainda as partes a oportunidade de levantar eventuais conflitos. Posteriormente estes dois árbitros terão que de comum acordo apontar o presidente do tribunal, podendo haver participação das partes nesse processo. Indicado, o terceiro árbitro também poderá recusar a nomeação e as partes poderão suscitar conflitos.^[5] Por isso, não é incomum que a necessidade de uma tutela provisória de urgência surja antes de que esteja formado o tribunal arbitral.^[6]

Mesmo antes da reforma da Lei de Arbitragem, já havia consolidado entendimento tanto da doutrina^[7] quanto da jurisprudência no sentido de que, nesse caso, o pedido poderia ser apreciado pelo Poder Judiciário, e, quando da formação do tribunal, deveria ser encaminhado aos árbitros para eventual

reexame. A esse respeito vale mencionar o acórdão proferido no REsp 1.297.974/RJ:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO. 1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de imperium. 2. **Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem.** 3. **Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumo o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão.** 4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar.

Assim, o art. 22-A da Lei de Arbitragem veio consolidar este entendimento, dispondo que o pedido de Tutela de Urgência deverá ser endereçado ao Poder Judiciário, perante o juízo eleito pelas partes para tanto ou, na ausência de acordo a esse respeito, de acordo com as regras de competência do CPC.

Há, nesse caso, uma exceção à regra de competência exclusiva do tribunal arbitral para apreciar o litígio, em nome da preservação do direito e da garantia constitucional do pleno acesso à justiça. Observa Francisco Cahali que:

“Nestas situações, enquanto não instaurado o procedimento arbitral, diante do risco do perecimento do direito, a medida cautelar deve ser buscada no Judiciário. Há, sem dúvida, mas por questão óbvia, uma exceção à regra de jurisdição arbitral exclusiva em razão da convenção. Trata-se de uma adaptação ao quanto já se tem a respeito no próprio judiciário, ao neste se reconhecer que, em casos de urgência, dispensa-se a observância, num primeiro momento, das regras de competência.”^[8]

É certo que, pleitear a tutela perante o Poder Judiciário, não representa de nenhuma forma uma renúncia da parte à cláusula ou compromisso arbitral, uma vez que esta seria a única possibilidade da parte ver atendido seu pedido urgente. João Bosco Lee e Clávio de Melo Valença Filho sustentam que ocorre uma restituição da competência ao juiz estatal cujo poder jurisdicional havia sido retirado pela cláusula arbitral.

Ressalte-se que o Poder Judiciário não pode analisar o mérito do litígio^[9], de modo que deferido o pedido de Tutela de Emergência antecedente, a parte deverá, no prazo de 30 (trinta) dias, requerer a instituição do procedimento arbitral (parágrafo único do art. 22-A)^[10], sob pena de cessação da eficácia da decisão.

É importante ressaltar que o art. 22-A parágrafo único da Lei 9.307/99 não deve ser interpretado de forma restritiva. O requerimento de arbitragem poder ser substituído pelo início de uma mediação, caso haja cláusula no contrato determinando a realização obrigatória de mediação antes do início da arbitragem, ou pela iniciativa de celebração de compromisso arbitral, quando não existente a cláusula arbitral.

Nesse sentido, certamente a apresentação do requerimento de arbitragem é suficiente para manutenção da eficácia da decisão que deferiu a medida de urgência, ainda que o pedido detalhado só seja apresentado em momento posterior, em prazo acordado no procedimento arbitral.

Se as partes, por exemplo, tiverem pactuado um procedimento de resolução de conflitos que, por exemplo, preveja a necessidade de realização de mediação antes do início da arbitragem, tal procedimento deverá ser respeitado, ou quando for necessária a celebração de compromisso arbitral, a tomada de todas as providências necessárias para o início do procedimento arbitral deve ser entendida como suficiente para atendimento ao dispositivo.

Vale mencionar a decisão proferida pela 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no Agravo de Instrumento 0701934-87.2017.8.07.0000, que determinou a manutenção da decisão liminar enquanto durar a mediação, sendo certo que a decisão seria revista em 3 meses, se não encerrada a mediação.

Formado o tribunal arbitral será entregue aos árbitros a matéria de urgência para conhecimento e deliberação, podendo inclusive alterar a decisão do Poder Judiciário (conforme previsto no art. 22 – B da Lei de Arbitragem). Se o tribunal arbitral for desconstituído em algum momento (falecimento, renúncia, recusa aceita), a jurisdição para medidas de urgência volta a ser temporariamente do poder estatal.

Estabelece o CPC, ainda, que a parte que requer uma tutela antecipada antecedente deve indicar na petição o pedido de tutela final, com exposição da lide e do direito que se pretende realizar (art. 303 do CPC) e no caso da tutela cautelar antecedente deve ser indicada a lide e seu fundamento, uma breve exposição do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 305 do CPC). Dessa forma, pode-se entender que, em ambos os casos, caso exista cláusula ou compromisso arbitral, essa informação não pode deixar de constar na petição inicial endereçada ao Poder Judiciário.

O CPC de 2015 eliminou a figura da ação principal em caso a ser apresentada após o pedido de tutela provisória de urgência e determinou a continuidade do processo nos mesmos autos, devendo o pedido principal se protocolado em um prazo de 15 (quinze) dias, em caso de tutela antecipada (conforme artigo 303, parágrafo 1º, inciso I), ou 30 (trinta) dias, em caso de tutela cautelar (conforme artigo 308). O CPC vai além e estabelece que se não for interposto recurso em face da decisão que concedeu a tutela antecipada, está estabilizada a demanda e o processo será extinto.

Discute-se, então, se a tutela de urgência anterior a instauração do procedimento arbitral seria passível de estabilização, nos termos do artigo 304 do CPC. O melhor entendimento é no sentido de que não. Isso porque, a competência do Poder Judiciário para a análise é provisória e temporária, diante da impossibilidade temporária de apreciação do pedido na modalidade eleita pelas partes.

Ou seja, reconhecer a estabilização da demanda significaria possibilitar que uma tutela precária, deferida por quem não foi eleito pelas partes, se tornasse definitiva.

Não se pode desconsiderar que um dos objetivos do dispositivo que determina a estabilização da demanda é evitar uma nova movimentação do Poder Judiciário, um desperdício de tempo desnecessário. No caso da medida pré-arbitral, o Poder Judiciário não teria, de qualquer forma, que decidir a causa, que seria apreciada pelo Tribunal Arbitral.

Mas pode ser pior pois, a parte prejudicada, que poderia aguardar a formação do tribunal arbitral para solicitar a revisão da decisão, se verá obrigada a recorrer de modo a evitar a estabilização da demanda.

Por sua vez, a Lei de Arbitragem determina que antes de instituída arbitragem o Poder Judiciário é competente para apreciar medida cautelar ou de urgência e que "*Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão*".^[11]

Sendo assim, não é aplicável o disposto no art. 303, § 1º, I do CPC, no sentido de que, na hipótese de tutela antecipada antecedente, o prazo para apresentação do pedido principal seria de quinze dias ou em prazo maior fixado pelo juiz. Independente da modalidade da tutela provisória de urgência antecedente, o prazo para protocolo do pedido principal é de trinta dias, com base na Lei de Arbitragem, e não no CPC.

Eduardo Talamini conclui que:

“(a) é sempre de trinta dias o prazo para a formulação do requerimento de instauração de arbitragem, para que

fique preservada a eficácia da medida urgente pré-arbitral – seja ela cautelar ou antecipada. Portanto, não se aplica o art. 303, § 1º, I, do CPC/15, que, na hipótese de tutela antecipada antecedente, prevê que o pedido principal deve ser formulado “em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar”; (b) a preservação da eficácia da medida urgente preparatória depende do simples requerimento da instauração da arbitragem, e não propriamente da formulação da demanda principal em sede arbitral, que normalmente só se aperfeiçoa em momento subsequente do procedimento arbitral; e (c) não há nenhuma ressalva ou exceção quanto à incidência deste ônus sobre o autor da ação judicial urgente. Cabe sempre a ele requerer a instauração da arbitragem no prazo de trinta dias, caso pretenda manter a tutela urgente em vigor. Vale dizer, a tutela antecipada pré-arbitral não se estabiliza. A regra em questão prevalece sobre aquela do art. 304 do CPC/15 (que prevê a estabilização da tutela antecipada) – seja pelo critério da temporalidade (a Lei 13.129 é posterior ao CPC/15), seja pelo critério da especialidade (é regra especial para a arbitragem).”[\[12\]](#)

Por fim, cabe observar que, no caso da tutela de urgência anterior ao procedimento arbitral, certamente o processo não poderá seguir nos mesmos autos, uma vez que o pedido principal deverá ser apresentado aos árbitros, no Procedimento Arbitral.

3.1.1 Procedimento de emergência da câmara arbitral

Algumas câmaras arbitrais inseriram em seus regulamentos procedimentos específicos para atender situações em que a parte necessita de urgente apreciação de um tema antes da formação do tribunal arbitral. Esse tipo de procedimento está bastante disseminado no cenário internacional, porém não tem sido muito utilizado no Brasil, uma vez que, caso não haja cumprimento espontâneo da decisão, é necessário recorrer ao Poder Judiciário, o que pode aumentar a morosidade da satisfação da medida pretendida.

Em estudo conduzido pelo Grupo de Pesquisa em Arbitragem da PUC/SP, verificou-se que de sete instituições internacionais pesquisadas, as sete possuíam o procedimento do árbitro de emergência, enquanto de vinte e suas instituições brasileiras pesquisadas, apenas cinco adotaram essa modalidade de procedimento.

Estando dentre as regras da câmara, que são automaticamente adotadas quando as partes elegem a instituição para solução de seus eventuais litígios, as regras relativas aos procedimentos de emergência passam a ser aplicáveis às partes.^[13] Dessa forma, caso não desejem se submeter a esse tipo de procedimento, os contratantes devem expressamente acordar nesse sentido, prevendo o afastamento das regras do árbitro de emergência.

É relevante, no entanto, observar se no momento em que foi pactuada a cláusula arbitral ou o compromisso, as regras da câmara eleita já previam o procedimento de emergência. No caso da Câmara de Comércio Internacional, por exemplo, o regulamento é expresso no sentido de que:

“6 As Disposições sobre o Árbitro de Emergência não são aplicáveis quando: a) a convenção de arbitragem que preveja a aplicação do Regulamento foi concluída antes de 1º de janeiro de 2012; b) as partes tiverem convencionado excluir a aplicação das Disposições sobre o Árbitro de Emergência; ou c) as partes tiverem convencionado a aplicação de algum outro procedimento pré-arbitral o qual preveja a possibilidade de concessão de medidas cautelares, provisórias ou similares.”^[14]

No Brasil, também a Câmara de Arbitragem do Mercado, da BM&F-Bovespa possui previsão de semelhante procedimento: intitulado “arbitragem de apoio”, ele depende de expressa adesão das partes, na convenção arbitral (Regulamento da CAM-BM&F-Bovespa, nº 5.1).

3.1.2 Tutela de urgência de urgência antecedente antecipada ou cautelar

Conforme já exposto acima, a tutela de urgência antecedente pode ser de natureza antecipada ou cautelar. Conforme expõe Luiz Guilherme Marinoni “A

tutela antecipada exige a consideração dos pressupostos de direito material da tutela de direito que se quer antecipar, enquanto a técnica antecipatória nada mais é do que previsão técnico processual que autoriza a antecipação da tutela do direito.”[15]

Alguns autores, como Francisco Cahali[16] e Scavone Júnior[17] já manifestaram entendimento no sentido de que não seriam cabíveis as tutelas de urgência antecedentes antecipadas, sob os argumentos de que o CPC de 1973 previa a tutela antecipada apenas na modalidade incidental (conforme artigo 273) e de que ao analisar a tutela de urgência o juiz estaria analisando o mérito, ainda que de forma sumária, e adentrando a zona de competência exclusiva do árbitro.

O primeiro argumento acaba por ser superado pelo novo CPC de 2015, de modo que Cahali inclusive na 7ª edição de seu livro Curso de Arbitragem, revê seu entendimento no sentido de que seria sim cabível a tutela de urgência antecedente antecipatória. Em relação ao segundo argumento, Eduardo Talamini observa que:

“Se há grave situação de perigo de dano, impõe-se a prestação da tutela urgente. A inibição da atuação judicial pelo tal argumento da preservação da competência arbitral e ofensiva à garantia da tutela jurisdicional plena e oportuna (CF, art. 5.º, XXXV). Aliás, o argumento ora criticado aniquilaria o próprio instituto da tutela antecipada como um todo: jamais seria ela admitida porque implicaria esvaziamento da sentença final (...). Mas existem parâmetros para preservar a cognição exauriente sem prejudicar o exercício da tutela de urgência. Em princípio, ficam vedadas as providências urgentes quando houver o risco de que gerem resultado prático irreversível (CPC/2015, art. 300, § 3.º, que corresponde ao art. 273, § 2.º, do CPC/1973) – e isso se aplica à tutela antecipada em geral. Se o caso enquadrar-se na hipótese legalmente vedada, o juiz deixará de antecipar a tutela não porque esteja impedido de conceder tutela antecipada pré-arbitral, mas por não poder, em princípio, conceder tutela urgente irreversível.”[18]

Ademais, a norma proibitiva pode ser mitigada pela aplicação do critério da proporcionalidade. Caso o dano que a antecipação de tutela busca impedir seja irreversível, cabe ponderar qual o bem jurídico será mais gravemente sacrificado, caso se conceda ou não a medida. Nesse caso, eventualmente se antecipará a tutela a despeito da irreversibilidade.

3.1.3 Revisão da tutela de urgência pelo Tribunal Arbitral

Conforme já exposto acima, instaurado o tribunal arbitral, a jurisdição passa a ser exclusiva dos árbitros, que poderão – inclusive de ofício – revogar ou manter, total ou parcialmente, a decisão proferida pelo Poder Judiciário, seja em 1ª ou 2ª instância, conforme previsto no art. 22-B da Lei de Arbitragem:

“Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros. ”

Mesmo antes da reforma da Lei de Arbitragem, o posicionamento da maior parte da doutrina e jurisprudência já caminhava nesse sentido. Observava Pedro A. Batista Martins que:

“instituída a arbitragem, nasce a jurisdição arbitral, em toda sua plenitude, cabendo ao árbitro manter, alterar ou cassar a liminar concedida pela justiça comum, agora incompetente (melhor, sem jurisdição!) para apreciar as questões envolvendo o objeto da demanda e aquilo que lhe é acessório.” [19]

Existia posicionamento no sentido de que os árbitros não poderiam rever as medidas deferidas pelo Poder Judiciário (nesse sentido Luiz Roberto Ayoub[20], Arnaldo Wald[21] e Joel Dias Figueira Júnior[22]). Porém, com a clara redação do artigo 22-B, acima transcrito, parece que tal discussão foi superada.

Se, por alguma razão, no curso do procedimento arbitral, for desmanchado o tribunal arbitral[23], aplicar-se-á o regramento pertinente a Tutela Provisória de

Urgência Antecedente, voltando o Poder Judiciário a ser nova e temporariamente responsável pela apreciação de eventuais medidas de urgência.

Vale observar o acórdão proferido pelo STJ que trata tanto da revisão da decisão pelo tribunal arbitral quanto da competência temporária do Poder Judiciário em caso de impedimento dos árbitros:

PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR COM O FITO DE CONCEDER EFEITOSUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE DEMONSTRADOSO PERICULUM IN MORA E O FUMUS BONI IURIS. ARBITRAGEM. JUÍZO ARBITRALNÃO CONSTITUÍDO. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. LIMITES. 1. A jurisprudência deste Tribunal vem admitindo, em hipóteses excepcionais, o manejo da medida cautelar originária para fins de se atribuir efeito suspensivo a recurso especial; para tanto, porém, é necessária a demonstração do periculum in mora e a caracterização do fumus boni iuris. 2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. 3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assuma o processamento da ação e, **se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão.** 4. **Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar.** 5. Liminar deferida. (STJ - AgRg na MC: 19226 MS 2012/0080171-0, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data

de Julgamento: 21/06/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/12)

Portanto, tendo as partes livremente escolhido a arbitragem como forma de resolução de seus conflitos, a jurisdição estatal só se justifica pela urgência e será exercida de forma temporária e provisória, de forma que tão logo seja possível, os verdadeiros eleitos para o exercício da tutela jurisdicional poderão exercê-la de forma ampla e definitiva.

3.2 Tutela Provisória de Urgência no curso da arbitragem

Instaurado o juízo arbitral, passa o tribunal arbitral a ser responsável pela apreciação de medidas de urgência, assim como por qualquer outra questão relacionada ao conflito, passando a estar o Poder Judiciário impedido de analisar temas relacionados ao conflito. Caso uma parte, após a instituição do tribunal arbitral, recorra ao Poder Judiciário buscando a apreciação de uma tutela de urgência, caberá à outra parte alegar a existência da convenção de arbitragem e demonstrar que o juízo arbitral já está formado, solicitando a extinção do processo sem resolução do mérito.

A antiga redação do parágrafo 4º art. do art. 22 da Lei de Arbitragem causava, no entanto, alguns debates sobre o tema. É que o referido dispositivo determinava que havendo necessidade de medidas cautelares os árbitros podiam solicitá-las ao Poder Judiciário.

Ainda durante a vigência do parágrafo 4º, formou-se entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o árbitro tinha de fato poder para apreciar os pedidos cautelares, conforme se podia verificar no entendimento de Pedro A. Batista Martins, Carlos Alberto Carmona e Nilton César Antunes da Costa^[24].

Mas a reforma da Lei de Arbitragem ([Lei nº 13.129, de 2015](#)) encerrou de uma vez por todas o debate ao excluir o parágrafo 4º do art. 22 e criar o capítulo IV-A, dedicado a regular as "Tutelas Cautelares e de Urgência na Arbitragem". Conforme se verifica no Art. 22- B parágrafo único, está expresso na lei que após a formação do tribunal arbitral a competência para analisar a tutela de urgência é do árbitro.

No entanto, ainda que tenha o *ius cognitio*, o tribunal arbitral não possui o *ius imperium* (poder coercitivo), razão pela qual, caso a parte não cumpra espontaneamente a decisão[25], seu ex adverso terá que se socorrer no Poder Judiciário para fazer valer a decisão.

3.2.1. A Carta Arbitral

Antes da vigência da lei 13.129/15 e do CPC/15, não havia regulamentação sobre a forma do pedido de cooperação entre o Tribunal Arbitral e o Poder Judiciário para efetivação da tutela de urgência ou qualquer outra medida não atendida espontaneamente pela parte, de modo que a comunicação entre os árbitros e os juízes se dava através de ofício, instruído com a convenção arbitral e a decisão do tribunal[26].

Mas tanto o novo CPC, quanto a reforma da lei de arbitragem, trouxeram a figura da carta arbitral, criada especificamente para promover a cooperação entre o Poder Judiciário e o Tribunal Arbitral. A existência de um instrumento destinado especialmente para esse fim, com regulação própria, confere maior segurança tanto para as partes, quanto para os árbitros e juízes[27].

Assim, conforme previsto nos art. 237, IV, do CPC e 22-C da Lei de Arbitragem, o árbitro poderá, se necessário, solicitar diretamente do Poder Judiciário o apoio para cumprimento de medidas como busca e apreensão, arrolamento de bens, penhora e condução coercitiva, dentre outras.

A Carta Arbitral deve estar instruída com a convenção de arbitragem, prova de nomeação dos árbitros e prova da aceitação da função, e segue os mesmos ritos das cartas precatória, rogatória e de ordem, aplicando-se os requisitos estabelecidos no art.206 do CPC. No mesmo sentido, seu cumprimento só pode ser recusado com base nos fundamentos previstos no art. 267 do NCP.

Portanto, o juiz só analisará aspectos formais, como "*regularidade e limites da convenção, o atendimento aos preceitos de ordem pública, e aos bons costumes e a suficiência da documentação apresentada para o processamento da medida.*"[28] Caso verifique algum impedimento para o cumprimento, devolverá ao árbitro a carta justificando as razões pelas quais a providência solicitada não pôde ser atendida.

O juízo deprecado, logo, não poderá fazer controle do mérito da decisão arbitral. Apenas poderá se recusar a cumpri-la se não estiver revestida dos requisitos legais, faltar ao juiz competência em razão da matéria ou da hierarquia, ou tiver dúvida acerca de sua autenticidade.

Reafirmando a impossibilidade de controle do judiciário sobre o juízo arbitral, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis editou o seguinte enunciado: não compete ao juízo estatal revisar o mérito da medida ou decisão arbitral cuja efetivação se requer por meio da carta arbitral.

Por fim, vale observar que o cumprimento da carta arbitral também respeitará o sigilo da arbitragem (art. parágrafo único do art. 22-C da LArb), caso comprovada a confidencialidade do procedimento arbitral, a carta será cumprida em segredo de justiça. O NCPC também estabelece como exceção à regra de publicidade do processo a carta arbitral (Art. 189, IV).

3.2.2 Vedação da apreciação da tutela de urgência pelo árbitro na cláusula arbitral.

Sendo a análise da tutela de urgência parte da jurisdição conferida aos árbitros, não é necessário que esteja prevista na cláusula ou compromisso arbitral a possibilidade de apreciação pelo tribunal arbitral desta modalidade de medida. Porém, cabe avaliar se é possível que as partes convençionem, mesmo com a nova redação da lei de arbitragem, que os árbitros não poderão apreciar tutelas de urgência, ainda que no curso do procedimento arbitral. Para Carlos Alberto Carmona, a resposta é positiva:

“É conveniente ressaltar que as partes podem excluir, consensualmente, os poderes cautelares dos árbitros. De fato, tendo em vista a autonomia da vontade dos contratantes – prestigiada pela Lei de Arbitragem – nada impede que na convenção de arbitragem estipulem as partes que eventuais medidas cautelares, se necessárias, sejam diretamente pleiteadas ao juiz togado.”^[29]

Essa limitação poderia ser, ainda, total ou parcial. Francisco Cahali menciona o exemplo de as partes estabelecerem que, para a análise da tutela de urgência,

os árbitros necessariamente devem ouvir previamente ambas as partes^[30]. Nesse caso, automaticamente a competência para analisar as tutelas de urgência seria do Poder Judiciário.

Porém, há entendimento diverso. Na visão de Joel Dias Figueira Júnior, é nula a disposição que limita o poder do árbitro de apreciar medidas de urgência, por violação ao livre acesso à jurisdição, razão pela qual os árbitros podem desconsiderar esse tipo de disposição e exercer por completo seu poder de jurisdição.^[31] Já Luiz Roberto Ayoub entende pela validade da cláusula, mas pela impossibilidade das partes recorrerem ao Poder Judiciário nesse caso, de modo que ficaria definitivamente vedada a apreciação de medidas de urgência em casos em que a convenção de arbitragem restringe a apreciação desta modalidade de medida pelos árbitros.

4. Tutela de Evidência

Enquanto o objetivo da tutela de urgência é preservar o resultado útil do processo diante de risco na demora, o da tutela de evidência é antecipar (no todo ou em parte) o resultado esperado no provimento final, com base na robustez do direito da parte. O objetivo da medida é fazer uma melhor divisão dos ônus do processo, considerando princípio constitucional que determina a razoável duração do processo e meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal).

Como bem observa Kazuo Watanabe:

“Uma das características da sociedade moderna é o ritmo acelerado e agitado das relações sociais, econômicas e jurídicas que nela ocorrem. Resulta ela da instantaneidade das comunicações, do encurtamento das distâncias, da incorporação dos mais avançados instrumentos tecnológicos, v.g., o computador cada vez mais sofisticado a vida cotidiana e a serviço de entidades públicas e privadas, que deles se valem até para tomada de decisões que envolvem direitos de terceiros ou de alguma forma repercutem na esfera jurídica dos mesmos. O direito e processo devem ser inerentes a realidade, de sorte que as normas jurídico-materiais que regem essas

relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a esse ritmo de vida, criando os mecanismos de segurança e proteção que reajam com agilidade e eficiência às agressões ou ameaças de ofensa. E, no plano processual, os direitos e pretensões que resultam da incidência dessas normas materiais devem encontrar uma tutela rápida, adequada e ajustada ao mesmo compasso". [32]

Assim, mesmo nas situações em que não há uma situação de urgência, a simples demora do processo já é um revés para aquele que aguarda o provimento jurisdicional. É o chamado dano marginal do processo [33]. A simples espera pelo bem pela tutela jurisdicional pelo bem da vida pretendido e suficiente para causar dano marginal, o qual dispensa qualquer tipo de comprovação, uma vez que fere o bom senso a noção de que alguém ajuíze um processo e deseje que seu trâmite e solução na o sejam céleres.

Assim, a eficácia da tutela de evidência é igual ao pedido definitivo, porém o provimento tem caráter provisório e a cognição exercida é sumária. A certeza exigida, vai além do *fumus boni iuris*.

Não havendo urgência, não há justificativa para que se admita a tutela de evidência antecedente, de modo que ela será sempre incidente. A medida será sempre incidente, nunca antecedente (art.294 c/c art.311 do CPC). Deve ser requerida nos autos da tutela futura.

A previsão da tutela de evidência veio descrita no art. 311 do CPC, que elenca as hipóteses em que a medida é cabível, tais quais abuso do direito de defesa, manifesto propósito protelatório da parte, as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, dentre outras.

A Lei de Arbitragem não prevê a aplicação da tutela de evidência. Cabe então avaliar se seria possível transportar para o procedimento arbitral este instituto. Se houver previsão expressa na cláusula arbitral, no compromisso arbitral, no Termo de Arbitragem ou no regulamento da Câmara, a questão é mais pacífica, pois as partes declararam expressamente sua vontade de se utilizar deste artifício processual.

Ainda que não exista a expressa manifestação das partes no sentido de que é cabível a utilização da tutela de evidência, o melhor segue no sentido da aplicabilidade deste instrumento, pois na arbitragem pode-se utilizar os instrumentos disponíveis para a condução eficaz do procedimento. Assim, se na convenção de arbitragem as partes elegeram a legislação brasileira para solução dos conflitos, então é possível a utilizar a tutela de evidência no procedimento arbitral.

É nesse sentido o posicionamento de Francisco Cahali, Alexandre Câmara e Joel Dias Figueira Jr.^[34] e Scavone^[35]. Ainda, Fichtner e Monteiro observam que *"pensar o contrário seria limitar a atuação do árbitro dentro de uma perspectiva que não encontra fundamento no ordenamento brasileiro, notadamente em uma quadra que prestigia sobremaneira a natureza instrumental do processo."*^[36] Em sentido contrário, José Carlos de Magalhães, que considera que só seria possível se previsto na convenção de arbitragem.

É certo que, se houver previsão de vedação da tutela de evidência, a disposição deverá ser respeitada. Nesse caso, não caberá o pleito da medida no Poder Judiciário, uma vez que a jurisdição é do árbitro.

Como a aplicação do instituto à arbitragem não é literal, o árbitro poderá tomar como base o conceito da tutela de evidência, mas não estará restrito às hipóteses específicas previstas nos incisos do art. 311 do NCPD.

Quanto ao momento do requerimento da medida, cabe observar que da mesma forma que no processo judicial, não é possível uma medida de evidência no Poder Judiciário anterior ao Procedimento Arbitral, uma vez que não há urgência que justifique o fracionamento da jurisdição. Somente o árbitro pode analisar a tutela de evidência na arbitragem. Seguindo a regra geral da Lei de Arbitragem e considerando que não há risco na demora, no a medida deve ser deferida apenas após a oitiva da outra parte.

Em caso de descumprimento da tutela de evidência deferida e descumprida, aplicar-se-ão as regras do cumprimento provisório de sentença (art. 297, parágrafo único, do CPC) e eventuais medidas coercitivas ou executórias poderão ser solicitadas ao Poder Judiciário através de Carta Arbitral.

Discute-se o efeito prático da tutela de evidência na arbitragem, considerando que a sentença parcial de mérito (art. 23, parágrafo 1º da Lei de Arbitragem[37]) poderia surtir efeito bastante semelhante. Se a questão dispensa prolongamento da instrução, seria melhor solução uma decisão definitiva do que a tutela de evidência (que é provisória). Na hipótese do pedido incontroverso, vale observar que a questão deve ser superada quando da assinatura do termo de arbitragem.

5. Conclusão

Conclui-se, com este estudo, que nos últimos anos a legislação passou por importantes inovações, notadamente a reforma da LArb, que consagrou entendimentos doutrinários e jurisprudenciais relevantes sobre as medidas de urgência. O NCPC, por sua vez, alterou toda a classificação das tutelas provisórias e procedimentos de tramitação, de modo que outros temas controvertidos acabaram por surgir, como a possibilidade de aplicação da estabilização da demanda, conforme previsto no NCPC, em caso de medidas antecedentes ao procedimento arbitral, o que, entretanto, não retira o mérito dos avanços alcançados – são parte do processo de evolução do direito.

Neste cenário de novidades, reconhece-se a importância da criação e regulamentação da carta arbitral, que veio como alternativa para a melhoria da cooperação entre o Poder Judiciário e o Tribunal Arbitral, especialmente na efetivação das decisões das tutelas de urgências deferidas pelos árbitros e não cumpridas espontaneamente pela parte, bem como na execução de outras medidas também importantes para o bom desenvolvimento da arbitragem.

Finalmente, é importante notar a importância de se garantir às partes que optaram por renunciar a jurisdição estatal para resolver seus conflitos através de procedimento arbitral, a plenitude do acesso à justiça, garantindo a possibilidade de utilização dos mecanismos disponíveis para assegurar a efetividade do processo.

Bibliografia:

AMARAL, Paulo Osternack. O regime das medidas de urgência no processo arbitral. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE; Alexandre

(Coord.). Arbitragem: Estudos sobre a Lei N. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 461-473.

ARRUDA ALVIM, EDUARDO. Antecipação de Tutela. São Paulo: Juruá Editora, 1ª Edição, 3ª reimpressão, 2010.

AYOUB, Luiz Roberto. Arbitragem: o acesso à justiça e a efetividade do processo, 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. **A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo código de processo civil.** In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). Novas tendências do processo civil. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 75-99.

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo, p. 326.

DIDIER JR., FREDIE. A arbitragem no novo código de processo civil (versão da câmara dos deputados – dep. Paulo Teixeira).

FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luis. Medidas Urgentes no Processo Arbitral Brasileiro. Revista Trimestral de Direito Civil, n. 35. p. 43-73. Jul.-set. 2008.

FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luis. Temas de Arbitragem – Primeira Série. São Paulo: Ed. Renovar, 2010.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, jurisdição e execução. 2ª edição. São Paulo: RT, 1999, p. 234.

MARTINS, Pedro A. Batista. Apontamentos sobre a lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Pedro A. Batista. Da ausência de Poderes coercitivos e cautelares do árbitro. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (coord.). Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de arbitragem. 2. tir. Sa?o Paulo: Ed. RT, 2008. cap. IV, n. 6.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da Tutela Antecipada. In: DIDIER JR., FREDIE. (coord.) Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. Editora Jus Podivm, 2ª Edição, 2016.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; LEE, João Bosco. Estudos sobre arbitragem. Curitiba: Juruá, 2008. P. 162-165.

WALD, Arnoldo. Novos rumos para a arbitragem no Brasil. Revista e Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, vol. 14. São Paulo: RT, out/dez de 2001, p. 351.

WATANABE, Kazuo. Da Cognic?a?o no Processo Civil. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

NOTAS:

[1] CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2018, p. 135.

[2] DIDIER JR., FREDIE. A arbitragem no novo código de processo civil (versão da câmara dos deputados – dep. Paulo Teixeira).

[3] DINAMARCO, Candido Rangel. Possibilidade de emendas e alterações a pedidos e o princípio da estabilização no procedimento arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 35, p. 227, outubro de 2012.

[4] ARRUDA ALVIM, EDUARDO. Antecipação de Tutela. São Paulo: Juruá Editora, 1ª Edição, 3ª reimpressão, 2010, p.

[5] A forma de escolha do tribunal arbitral ou, ainda, do árbitro único, depende do acordo das partes, sendo este apenas um exemplo de uma forma comum de formação do tribunal arbitral.

[6] O tribunal arbitral é considerado formado quando todos os árbitros tenham manifestado a aceitação de sua nomeação.

[7] Nesse sentido, Donaldo Armelin, Francisco Cahali e demais autores mencionados pelo último nas páginas 306 e 307 de seu livro Curso de Arbitragem.

[8] CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2018, p. 306.

[9] Já houve polêmica quanto ao tema, entretanto antes mesmo da reforma da lei de arbitragem, que inseriu o Capítulo IV que regula especificamente as medidas de urgência, o posicionamento majoritário da doutrina era nesse sentido, corroborado pela jurisprudência, conforme precedente do STJ no julgamento do REsp 1.297.974/RJ.

[11] Art. 22 – A, parágrafo único da Lei 9.307/99.

[12] TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da Tutela Antecipada. In: DIDIER JR., FREDIE. (coord.) Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. Editora Jus Podivm, 2ª Edição, 2016, p. 182.

[13] A solução dada pelas câmaras varia. O árbitro que analisará o pedido de emergência pode ser de um corpo permanente de árbitros, pode ser o presidente da câmara, dentre outras opções. É comum a vedação do árbitro de emergência compor o tribunal arbitral.

[14] Disponível em <https://iccwbo.org/publication/2017-arbitration-rules-and-2014-mediation-rules-portuguese-version/>.

[15] MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de Urgência e Evidência. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 42.

[16] CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2018, p. 257.

[17] SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 2008. cap. IV, n. 6, p. 155.

[18] TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da Tutela Antecipada. In: DIDIER JR., FREDIE. (coord.) Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. Editora Jus Podivm, 2ª Edição, 2016, p. 167.

[19] MARTINS, Pedro A. Batista. Apontamentos sobre a lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 247

[20] Arbitragem: o acesso à justiça e a efetividade do processo, 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

[21] Novos rumos para a arbitragem no Brasil. Revista e Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, vol. 14. São Paulo: RT, out/dez de 2001, p. 351.

[22] Arbitragem, jurisdição e execução. 2ª edição. São Paulo: RT, 1999, p. 234.

[23] Por exemplo, em casos de enfermidade, falecimento ou renúncia do árbitro.

[24] Estudo feito por Fichtner e Monteiro em Medidas Urgentes no Processo Arbitral, p. 43-73, mencionado por Francisco Cahali em Curso de Arbitragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2018, p. 315.

[25] Pedro A. Batista Martins observa que há um incentivo natural ao cumprimento da decisão considerando que “o descumprimento de providência determinada pelo juízo privado será sempre sopesado e levado em consideração quando do julgamento do mérito da questão. Certamente, esse juízo de reflexão não é o que desejará a parte que apresenta-se como prejudicada frente à situação controvertida e busca obter a confirmação dos seus direitos, justamente, perante os julgadores que determinam a medida que restou por ela inadimplida.” MARTINS, Pedro A. Batista. Da ausência de Poderes coercitivos e cautelares do árbitro. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (coord.). Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 367.

[26] AMARAL, Paulo Osternack. O regime das medidas de urgência no processo arbitral. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Coord.). Arbitragem: Estudos sobre a Lei N. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 466.

[27] A cooperação entre o Poder Judiciário o tribunal arbitral vem prevista também nos artigos 68 e 69 do CPC.

[28] AMARAL, Paulo Osternack. O regime das medidas de urgência no processo arbitral. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Coord.). Arbitragem: Estudos sobre a Lei N. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 467.

[29] CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo - Um Comentário à Lei Nº 9.307/96. p. 326.

[30] CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2018, p. 318.

[31] "Não há que se admitir a convenção das partes em excluir a possibilidade de pleitearem tutela acautelatória. Tal convenção será absolutamente nula por afrontar o direito constitucional de acesso à jurisdição estatal ou privada. Assim nos parece porque ao referir-se a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXV, à tutela jurisdicional a ser concedida também em hipóteses de 'lesão ou ameaça a direito', constata-se que existe, e, patamar constitucional, a previsão de que a tutela cautelar faz parte do direito de acesso à Justiça, o que definiríamos como direito subjetivo de cautela". FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, jurisdição e execução. 2ª edição. São Paulo: RT, 1999, p. 224-225.

[32] WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 142-143.

[33] Nas palavras de Antonio do Passo Cabral: "Trata-se de um dano que não decorre da derrota em relação à pretensão deduzida, mas um "dano marginal", na feliz expressão que foi popularizada na doutrina italiana por Enrico Finzi.³ O dano marginal é aquele que sofrem os litigantes em razão de deficiências na tramitação dos processos, e esta demora afeta a ambos, autor e réu, vencedor e vencido. Claro que, como nota a doutrina, muitas vezes a dilação excessiva do processo interessa a uma das partes;⁴ e é certo que o efeito deletério da demora no processo é muito maior para o vencedor (aquele que tem razão e, ao final, é proclamado como sendo titular do direito até então meramente afirmado) do que para o vencido. No entanto, também este é atingido pela demora injustificada." (CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR, Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). Novas tendências do processo civil. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 77.

[34] FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luis. Medidas Urgentes no Processo Arbitral Brasileiro. Revista Trimestral de Direito Civil, n. 35. p. 43-73. Jul.-set. 2008, p. 60.

[35] SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de arbitragem. 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 2008. cap. IV, n. 6, p. 134.

[36] FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luis. Temas de Arbitragem – Primeira Série. São Paulo: Ed. Renovar, 2010, p. 134.

[37] Antes existia algum debate sobre o instituto pela falta de previsão legal, mas a questão já foi superada.

É POSSÍVEL UTILIZAR O SALDO FGTS PARA QUITAR OU AMORTIZAR FINANCIAMENTOS HABITACIONAIS CONTRATADOS FORA DO SFH?

HEITOR JOSÉ FIDELIS ALMEIDA DE SOUZA:

Advogado Cível, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP) e atualmente cursa pós-graduação (lato sensu) em Direito Empresarial na FGV-SP (GVLAW).

Resumo: O objetivo deste artigo é esclarecer sobre a possibilidade de utilização do saldo FGTS para quitar ou amortizar financiamentos habitacionais concedidos fora do SFH, seja porque à época da contratação o financiamento extrapolava os limites monetários (limite de financiamento e/ou limite de avaliação do imóvel), seja porque – mesmo não ultrapassando tais limites – o contrato foi firmado em outro regime, que não o SFH.

Palavras-Chave: FGTS. Financiamento Habitacional. Sistema Financeiro da Habitação. SFH. Sistema Financeiro Imobiliário. SFI.

1. INTRODUÇÃO

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (“FGTS”) foi concebido em 1966 pelo então Ministro do Planejamento, Roberto Campos, vinculado ao governo Castello Branco. A ideia central era dúplice: facilitar a demissão dos trabalhadores e, ao mesmo tempo, fomentar o mercado imobiliário nacional através de incentivos na concessão de financiamentos habitacionais com fundos vinculados ao FGTS.^[1]

O instituto do FGTS foi originalmente submetido à votação do Congresso Nacional na forma do Projeto de Lei de Iniciativa da Presidência da República nº 10/1966. Durante a sessão deliberativa do Congresso Nacional, 100 deputados votaram sim, 40 votaram não, e 2 se abstiveram. Todavia, a votação não foi válida, pois, segundo o processo legislativo vigente à época, era necessário um quórum de votação mínimo de 203 deputados para aprovar o projeto. ^[2]

Não obstante, o Ato Institucional nº 2 de 1965, dentre outras providências, suprimia a necessidade de votação válida pelo Congresso Nacional de projetos de lei de iniciativa da presidência da república, sendo que os projetos não votados

validamente no prazo de 30 dias poderiam ser “automaticamente” promulgados. Assim, valendo-se de tal prerrogativa o governo Castello Branco aprovou o FGTS na forma da Lei nº 5.107 de 1966.

Tal lei previa que as empresas deveriam depositar 8% do salário de seus empregados em uma conta individual, cujo saldo ficaria sujeito à correção monetária e à capitalização de juros. Ademais, foi estipulado que o montante do saldo FGTS poderia ser utilizado, dentre outras possibilidades, para o fim de aquisição de moradia própria, por intermédio de financiamento concedido pelo Sistema Financeiro da Habitação (“SFH”), quando o trabalhador titular da conta completasse 5 (cinco) anos na mesma empresa ou em empresas diferentes.[3]

2.CONDIÇÕES PARA UTILIZAR O FGTS NOS FINANCIAMENTOS CONTRATADOS PELO SFH

Ao longo dos anos, as condições para utilização do FGTS com a finalidade de aquisição de moradia própria foram constantemente alteradas. Atualmente, as condições[4] para utilização (seja para quitar financiamento, seja para realizar amortização das parcelas) podem ser classificadas como subjetivas e objetivas.

As condições subjetivas dizem respeito ao comprador do imóvel, que: (i) não pode possuir financiamento ativo no SFH em qualquer parte do país; (ii) não pode ser proprietário, possuidor, promitente comprador, usufrutuário ou cessionário de imóvel residencial urbano ou de parte residencial de imóvel misto, concluído ou em construção, localizado no município de sua atual residência, ou onde exerce a sua ocupação laboral principal, incluindo os municípios limítrofes e integrantes da mesma região metropolitana; e (iii) deve contar com o mínimo de 3 (três) anos de trabalho sob o regime FGTS, somando-se os períodos trabalhados, consecutivos ou não, na mesma ou em diferentes empresas.

Já as condições objetivas são concernentes ao imóvel que deverá: (i) ser avaliado em até R\$1.500.000,00[5] (um milhão e quinhentos mil reais), regra válida para todos os estados brasileiros; (ii) ser residencial urbano; (iii) destinar-se à moradia do titular; (iv) estar matriculado no RI competente e sem registro de gravame que resulte em impedimento à sua comercialização; (v) não ter sido objeto de utilização do FGTS em aquisição anterior, há menos de 03 anos,

contados a partir da data do efetivo registro na matrícula do imóvel^[6]; e (vi) o valor do financiamento não poderá exceder 80% da avaliação do imóvel.

Atendidas tais exigências, será possível a utilização do saldo FGTS depositado na Caixa Econômica Federal para adquirir imóvel habitacional. Todavia, é fato notório que ao longo dos anos os limites monetários (limite da avaliação do imóvel e limite do financiamento) para utilização do FGTS na aquisição de casa própria sofreram diversas alterações, o que trouxe problemas para muitos consumidores, conforme se passará a demonstrar.

3. É POSSÍVEL UTILIZAR O FGTS PARA AMORTIZAR/LIQUIDAR FINANCIAMENTOS HABITACIONAIS CONCRETIZADOS NO SFI

Em épocas passadas, muitos trabalhadores tentaram liberar o saldo FGTS para financiar moradia própria, mas foram barrados pelos bancos, pois a avaliação do imóvel e/ou o montante do financiamento excediam os limites então fixados pelo Banco Central ("BACEN"). Diante desta negativa, muitos trabalhadores deixaram de utilizar o saldo FGTS e financiaram a moradia própria pelo Sistema de Financiamento Imobiliário ("SFI"), que não possui limite de avaliação prefixado.

Todavia, com o passar do tempo, contratos então formalizados no âmbito do SFI, hoje já se enquadrariam nos limites monetários previstos para os financiamentos concedidos pelo SFH (R\$ 1.500.000,00), o que possibilita a utilização do saldo FGTS para quitação ou amortização do financiamento, mesmo que originalmente concedido fora do regime do SFH. Abaixo, disponibilizamos uma planilha com a evolução dos limites monetários para utilização do FGTS na aquisição de moradia própria nos últimos 13 (treze) anos:

Norma Vigente	Limite do Financiamento (R\$)	Limite da Avaliação do Imóvel (R\$)	Exceção no Limite da Avaliação do Imóvel (R\$)
Resolução BACEN nº 3.347 de 2006	245mil	350mil	-

Resolução BACEN nº 3.706 de 2009	450mil	500mil	-
Resolução BACEN nº 3.932 de 2010	Não superior a 80% da Avaliação do Imóvel	500mil	-
Resolução BACEN nº 4.271 de 2013	Não superior a 80% da Avaliação do Imóvel	650mil	Estados de SP, RJ, MG e DF – 750mil
Resolução BACEN nº 4.537 de 2016	Não superior a 80% da Avaliação do Imóvel	800mil	Estados de SP, RJ, MG e DF – 950mil
Resolução BACEN nº 4.691/2018	Não superior a 80% da Avaliação do Imóvel	1,5milhão	-

Percebe-se que a cada três anos o BACEN reavalia os critérios monetários para concessão de financiamento habitacional pelas regras do SFH. O grande problema é que muitos trabalhadores, à época da aquisição, não conseguiram realizar o financiamento via SFH (e, conseqüentemente, utilizar o saldo FGTS), pois a avaliação do bem excedia os limites estipulados na Resolução do BACEN então vigente.

Diante deste contexto, viram-se estes consumidores forçados a concretizar o financiamento por meio do SFI, sendo-lhes subtraída a oportunidade de utilização do saldo FGTS. Entretanto, com o passar dos anos, financiamentos que, à época da contratação, excediam os requisitos monetários do SFH, hoje os preencheriam perfeitamente.

O que muitos trabalhadores não sabem é que, neste caso, o saldo FGTS pode ser utilizado para quitação ou amortização de financiamento habitacional, mesmo que o contrato original tenha sido firmado pelo SFI. Em outras palavras: se todos os requisitos para liberação do saldo FGTS forem atualmente preenchidos, com exceção dos limites monetários (limite da avaliação do imóvel e/ou limite do financiamento), é, sim, possível a utilização do saldo FGTS para a quitação ou amortização de financiamento outrora feito pelo SFI.

A negativa do benefício pelos bancos, nestas circunstâncias, viola o princípio fundamental da isonomia (art. 5º, caput, CF/88), visto que não faria sentido permitir que os novos contratantes de financiamento habitacional se aproveitem do novo teto, enquanto se condena os antigos a definharem pagando vultosas taxas de juros para as instituições financeiras, taxas estas que superam – em muito – as taxas de correção^[7] do FGTS, que possui finalidade precipuamente social.

Tal negativa, além de violar o princípio da isonomia, também afronta o direito constitucional à moradia (art. 6º, caput, CF/88); o Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, VI); e o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884, Código Civil).

Isto porque não faz o menor sentido que os bancos imponham aos consumidores o pagamento de juros e mais juros, quando estes possuem saldo disponível em conta FGTS, suficiente para amortizar parcela substancial do financiamento (ou até mesmo quitá-lo) deixando-os mais próximos da realização do sonho da casa própria e amenizando o montante desperdiçado com o pagamento de juros.

4. CONCLUSÃO

Respeitadas as opiniões em sentido contrário, fato é que a tese defendida neste artigo tem sido aceita pelos tribunais pátrios, especialmente no âmbito Superior Tribunal de Justiça^[8] (“STJ”) e no Tribunal Regional Federal da 3ª Região^[9] (“TRF3”). Portanto, recomenda-se que o consumidor que se sentir lesado pela problemática tratada neste artigo procure um advogado especializado, que poderá ajuda-lo a reverter a negativa do banco (para utilizar o saldo FGTS na quitação/amortização de financiamento habitacional fora do SFH) perante o Poder Judiciário.

NOTAS:

[1] BLUME, Bruno André. *Como surgiu e como funciona o maior fundo da América Latina*. Disponível em < <https://www.politize.com.br/fgts-o-que-e/> > Acesso em 10.04.2019.

[2] Agência Senado. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/05/05/em-1967-fgts-substituiu-estabilidade-no-emprego> > Acesso em 10.04.2019.

[3] MORAIS FILHO, Evaristo. *Fundo de Garantia Sobre o Tempo de Serviço*. Disponível em: < <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/fundo-de-garantia-do-tempo-de-servico-fgts> > Acesso em 10.04.2019.

[4] As condições que elencamos aqui são as que se enquadram em nosso entendimento profissional e doutrinário sobre o tema. Não obstante, a Caixa Econômica Federal possui uma lista com outros requisitos além dos que são citados neste artigo: < <http://www.caixa.gov.br/voce/habitacao/Paginas/utilizacao-fgts.aspx> > Acesso em 10.04.2019.

[5] Disponível em: < https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50673/Res_4691_v1_O.pdf > Acesso em 10.04.2019.

[6] Por exemplo, se o imóvel foi adquirido (parcialmente ou totalmente) com fundos advindos do FGTS, sendo tal aquisição registrada na matrícula em 30.04.2009, somente poderá ocorrer nova utilização do saldo FGTS (para aquisição secundária) a partir de 01.04.2012.

[7] É fato notório que nos últimos anos a taxa de correção do FGTS tem sido decepcionante, ficando muitas vezes abaixo do índice oficial da inflação (IPCA). A bem da verdade, isto significa que manter o saldo FGTS parado na conta equivale à perda do poder aquisitivo com o passar do tempo, ou seja, desperdiça-se dinheiro. Para entender melhor o assunto: < <https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/criado-na-ditadura-em-1966-fgts-perdeu-ate-para-inflacao-nos-ultimos-anos-17237554> > Acesso em 10.04.2019.

[8] Vide: STJ. REsp nº 669.321-RN, 2ª Turma, Ministro Relator Castro Meira, j. em 07.06.2005.

[9] Vide: TRF3. AI nº 5023392-63.2017.4.03.0000, 2ª Turma, Rel. Des. Federal Souza Ribeiro, j. em 04.07.2018.

A CRISE DA SEGURANÇA PÚBLICA E SUA RELAÇÃO DIRETA COM O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

ANA LUIZA FONTOURA REIS:

Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

IGOR DE ANDRADE BARBOSA^[1]

(Orientador)

RESUMO: O Sistema Carcerário está abarrotado e a Segurança Pública no Brasil em crise. Esses fatos são de conhecimento de grande parte da população. Porém, quando analisados de forma separada, não permitem a visualização da problemática como um todo. Os presos se encontram em condições desumanas e saem das prisões mais aperfeiçoados para o crime do que quando entraram. Esse fator gera insegurança na sociedade, e por isso, a relação entre a crise da segurança pública com o sistema carcerário brasileiro forma um ciclo no qual um influencia diretamente o outro. Este artigo tem por objetivo principal fazer uma analogia entre as problemáticas trazidas pelo sistema carcerário junto a segurança pública, o impacto causado na sociedade, bem como possíveis instrumentos de pacificação social.

Palavras-chave: Sistema Carcerário. Segurança Pública. Criminalidade.

ABSTRACT: The Prison System is overcrowded and the Public Security in Brazil in crisis. These facts are aware of a large part of the population. However, when they are analyzed separately, do not allow the visualization of the problem as a whole. The prisoners are in inhuman conditions and out of prisons more perfected for the crime than when they entered. This factor creates uncertainty in society, and therefore, the relation between the crisis in Public Security with the Brazilian Prison System create a cycle which one directly influences the other. This article has as main objective to make an analogy between the problems brought by the prison system along the public security, the impact on society, as well as possible instruments of social peace.

Key-words: Prison System. Public Security. Criminality.

Sumário: Introdução. 1. Cenário atual. 2. Síntese histórica da evolução do direito penal e das penas no Brasil e no mundo. 3. Segurança Pública no Brasil: breve histórico e contextualização. 4. Criminalidade no Brasil. 5. A importância das penas alternativas. 6. O Sistema Carcerário e o Estado de Coisas Inconstitucional. 7. A Justiça Restaurativa como possível solução ao caos. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

No Brasil, muito tem se falado em segurança pública nos últimos tempos. O assunto tem sido tema de debates, palestras, discursos políticos, eventos jurídicos e acadêmicos. Isso porque, o direito de ir e vir parece ser cada vez mais utópico diante de tamanha violência que acomete os municípios e estados brasileiros. As pessoas vivem com uma sensação constante de insegurança, medo e opressão.

A segurança é direito social, fundamental e inviolável de todo cidadão brasileiro. Nossa Carta Magna equipara esse direito ao direito à vida, à liberdade e à igualdade, sendo assim, condição basilar para o exercício da cidadania. O Estado, através dos órgãos elencados no artigo 144 da Constituição Federal, é o principal responsável em buscar medidas para que seja concretizado o direito à segurança.

Contudo, é importante ressaltar que o papel de promover o equilíbrio, de modo a evitar atitudes ameaçadoras e violentas, não compete somente ao Estado, visto que cada um deve ter consciência de suas escolhas e consequências. Daí depreende-se a relevância da aplicabilidade de políticas públicas de segurança duradouras e eficazes.

A Segurança Pública no Brasil apresenta falhas e estas se relacionam diretamente com o caos no sistema carcerário. É importante buscar compreender a ineficácia do sistema prisional brasileiro. Há uma quantidade altíssima de apreensões todos os dias, mas contra a lógica, esse fator não tem diminuído em nada a criminalidade no país.

Em oposição à segurança, a violência urbana tem tomado proporções drásticas nos estados e municípios brasileiros, com enfoque nas regiões Norte e Nordeste. O Estado do Tocantins, por exemplo, apresentou um aumento superior a 150% no número de homicídios entre 2006 e 2016, de acordo com o Atlas da Violência.

Nesse contexto, este artigo objetiva fazer uma análise geral acerca da crise da Segurança Pública e relacioná-la à realidade do sistema carcerário brasileiro. Tanto a Segurança Pública como o sistema carcerário devem ser analisados de forma conjunta, a fim de se buscar alternativas para que se resolva os problemas encontrados.

1 CENÁRIO ATUAL

Ao observar que os presídios são “escolas do crime”, percebe-se que ao invés de contribuírem para a paz social, influenciam negativamente na segurança de todos. As facções criminosas em lugar de acabarem, têm se fortalecido; rebeliões nos presídios não são mais incomuns; não há estrutura presidiária adequada para acomodação dos presos; há um atraso por parte do judiciário no julgamento dos processos; e o índice de reincidência criminal não decai, o que prova, juntamente com demais fatores, que o sistema prisional está praticamente falido.

O próprio Supremo Tribunal Federal declarou o sistema carcerário como “Estado de Coisas Inconstitucional” e violação a direitos fundamentais. Cunha Júnior (2015) disserta que o ECI é um instituto com origem nas decisões da Corte Constitucional Colombiana (CCC) e tem seu respaldo diante da constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais. Possui a finalidade de construir soluções estruturais voltadas à superação desse lamentável quadro de violação massiva de direitos das populações vulneráveis em face das omissões do poder público.

O fato de o STF ter reconhecido expressamente, frente ao pedido de medidas cautelares formulado pela ADPF nº 347/DF, a existência do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, constata a relevância do tema. A crise de segurança que o Brasil enfrenta, bem como seus reflexos, são obstáculos graves no caminho para se alcançar a qualidade de vida em sociedade.

Nota-se um descaso com o tema da segurança pública, ao passo em que a criminalidade tem crescido em números alarmantes. A violência, lamentavelmente, se tornou comum e banal. A sociedade acabou por se acostumar a viver com medo e aceitar que mora em um país violento. Há indignação nas pessoas, mas não ao ponto de se tomar providências.

De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2017), nas nossas políticas de segurança pública não há uma perspectiva que integre ações de repressão qualificada (com inteligência e investigação) com ações (de curto, médio e longo prazos) de prevenção, construídas com a oferta de serviços públicos de qualidade.

Um reflexo dessa realidade está no sistema carcerário brasileiro, que, a propósito possui uma das maiores populações de presos do mundo. Aqui, preocupa-se muito em punir, mas é deixado de lado o caráter ressocializador da pena ao colocar o infrator em um estabelecimento superlotado, sem condição alguma de dignidade humana, fato este que contribui ainda mais para o índice exorbitante de reincidência criminal.

Presos provisórios, na falta de estabelecimento adequado, ficam juntos aos presos sentenciados, e não há, na maioria das vezes, uma separação de celas entre criminosos de menor e maior potencial ofensivo. Ocorre também de o indivíduo não ter outra alternativa de preservar sua vida caso não se alie a facções criminosas diante de constantes ameaças que recebe por parte dos integrantes. Como consequência, o indivíduo sai das casas de prisão muito pior do que entrou, sendo este um perigo eminente para a própria sociedade.

2 SÍNTESE HISTÓRICA DA EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL E DAS PENAS NO BRASIL E NO MUNDO

Para que se compreenda o estado atual da segurança pública no Brasil e do sistema carcerário é preciso conhecer as fontes responsáveis por desencadear os conflitos existentes. Não são recentes os conflitos que abarcam a segurança pública no país. Metaforicamente, pode se dizer que os frutos podres que colhemos hoje são oriundos de uma plantação malfeita há centenas de anos atrás.

Estudar a evolução histórica do Direito Penal, bem como das penas é um ponto essencial para se chegar ao contexto em que vivemos. O Direito Penal pode

ser dividido em cinco fases. São elas: vingança privada, vingança pública, período humanitário e período científico ou criminológico. Cabe perceber as principais peculiaridades de cada fase e os vestígios que se carrega no período atual.

Na fase da vingança privada, nos primórdios da civilização, não havia intervenções justas. Quando alguém ofendia outrem, a resposta era brutal, totalmente instintiva, atingindo inclusive os familiares ou tribos, de forma a gerar uma verdadeira sangria, que dizimava tribos inteiras. “Reinava a responsabilidade objetiva, e desconheciam-se princípios como o da proporcionalidade, humanidade e personalidade da pena” (CAPEZ; BONFIM. 2004, p. 43).

A noção de proporcionalidade surgiu com o Código de Hamurábi, em 1790 a.C. no reino da Babilônia. Apesar de não ter sido afastada a violência da repulsa, a Lei de Talião que tinha como princípio o “olho por olho, dente por dente”, representou um avanço na sociedade daquela época.

No período da vingança divina, como o próprio nome sugere, o foco principal era os deuses. Acreditava-se que eles eram os guardiões da paz e todo crime cometido era considerado afronta às divindades. “Para que a tranquilidade fosse restaurada, sacrifícios humanos deveriam ser realizados. Desse modo, três providências eram adotadas: agradava-se o Deus maculado, castigava-se o ofensor e amedrontava-se a população” (FADEL, 2009, p. 62).

As penas na segunda fase variavam de acordo com o prestígio da divindade afrontada: quanto maior o valor do deus afrontado, mais cruel seria a pena. “Os sacerdotes eram os responsáveis pela administração da justiça, e pela aplicação das sanções. O Direito Penal vigente foi denominado Direito Penal Teocrático.” (FADEL. 2009, p. 62). No período da vingança pública, a punição imposta ao transgressor da lei passou a ter no Estado a resposta oficial, com objetivo de que fosse protegida a coletividade. Mas, na verdade, todo o poder que estava nas mãos dos soberanos era abusivo e o tratamento dado aos cidadãos, desigual.

No Brasil a realidade era bem semelhante. Durante a fase imperial, o Direito Penal foi utilizado para favorecer o Soberano e amigos e punir os menos favorecidos, ou os que se revoltavam contra a Coroa. No século XVIII com o iluminismo, surge o período humanitário. Nessa época, denominada como “século das luzes”, emergiram grandes e profundas mudanças que permitiram

reconhecido avanço intelectual e social. Um dos filósofos marcantes desse século, Marquês de Beccaria, lançou a obra “Dos Delitos e da Penas”, a qual contribuiu significativamente para o Direito Penal.

Segundo Fadel (2009), Beccaria não concordava com o sistema penal vigente da época. Ele criticava a complexidade da linguagem usada pela lei, visto que a maioria dos réus eram analfabetos e desconhecedores da lei. O autor repudiava a desproporção entre os crimes cometidos e as penas aplicadas, bem como a aplicação desordenada da pena de morte. Além disso, repreendeu a utilização da tortura como meio legal de obtenção de prova e condenou o estado das prisões.

Segundo (BITENCOURT, 2001, p. 56), Beccaria tinha uma visão utilitarista da pena. Ele acreditava que a pena não tinha outra finalidade senão a de impedir que o infrator cometesse novamente o crime e que os demais cidadãos tomassem o ocorrido como exemplo. “As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança [...]”. (BECCARIA, 2015, p.28).

A obra em questão foi escrita em 1764 e é impressionante como aborda temas tão atuais. Beccaria ainda em tempos remotos, há mais de 250 anos, já defendia o caráter ressocializador da pena. Com a máxima “é melhor prevenir delitos que castigá-los”, ele trabalhava sob a ótica da prevenção e da reinserção do réu para a sociedade. Isso nos leva à conclusão de que, a evolução das penas e do direito penal como um todo, se dá de maneira extremamente lenta no Brasil, pois mesmo tendo passado tantos anos, ainda vivemos os problemas de séculos passados.

Marquês, sem dúvidas, pensava a frente de seu tempo. Além de tudo, ele conseguia visualizar as dificuldades que a demora no julgamento de um processo, acarretariam. No Brasil, este é um dos maiores impedimentos para que se atinja o objetivo reabilitador da pena privativa de liberdade.

Outro pensador do século XVIII, que vale o destaque no presente estudo, é John Howard. Ele dedicou a vida à problemática penitenciária e, com essa dedicação, publicou a famosa obra *The state of prisons in england and wales*.

Cezar Roberto Bitencourt e outros doutrinadores, o consideram o iniciador de uma corrente preocupada com a reforma carcerária.

O tema central da obra de Howard é a humanização das prisões. O autor arguia contra as condições desumanas em que se encontravam as prisões da Inglaterra e País de Gales. No entanto, como bem lembrado por Bitencourt (2001) em sua obra "Falência da Pena de Prisão – Causas e Alternativas", a reforma da prisão naquela época não era tema de interesse dos governantes, assim como nos dias atuais.

Após o avanço ocasionado pelos pensadores iluministas, o Direito Penal passou a ser estudado de modo mais científico e metodológico. Esse é o período denominado como científico ou criminológico.

"A partir de então, os estudiosos não mais se limitaram ao exame da legislação, passando a desenvolver conceitos e teorias jurídicas, sociais e antropológicas, divisando de forma abrangente o fenômeno criminal, bem como a verdadeira função de alguns institutos penais. " (FADEL, 2009, p. 65).

Pode-se dizer que a raiz dos problemas do sistema carcerário é profunda e antiga, e que desde o início, havia quem lutava e clamava por mudanças. Ocorre que a desigualdade social, o poderio nas mãos de poucos, a falta de aplicação de políticas públicas voltadas para segurança e tantas outras questões sociais, sempre existentes, fizeram e fazem com que se encontre estagnado o sistema prisional brasileiro.

A teoria de finalidade da pena adotada pelo Brasil é a mista. Sintetiza Magalhaes Noronha: "As teorias mistas conciliam as precedentes. A pena tem índole retributiva, porém objetiva os fins de reeducação do criminoso e de intimidação geral. Arma, pois, o caráter de retribuição da pena, mas aceita sua função utilitária". (NORONHA, 2009, p. 223). Contudo, a finalidade não é alcançada em sua plenitude, visto que o Brasil é um dos países com maior índice de criminalidade do mundo.

3 SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL: BREVE HISTÓRICO E

CONTEXTUALIZAÇÃO

Desde a criação da Intendência Geral da Polícia da Corte e do Estado do Brasil até as Polícias Militares comandadas por oficiais do Exército com a consolidação da Constituição da República de 1967 ocorreram diversos momentos de conflitos políticos e sociais. Na década de 1960, quando começou o regime ditatorial no país, a centralização da segurança estava com as Forças Armadas, que tomavam ações repressivas num período marcado pela censura, falta de liberdade e democracia.

“Nesse período, as Polícias Militares passaram a ser comandadas por oficiais do Exército, que imprimiram à corporação valores das Forças Armadas. Portanto, o Brasil adquiriu, nesse momento, um colaborador do período ditatorial, ou seja, uma polícia repressora que priorizava a segurança nacional, desfavorecendo a segurança pública e se inserindo num contexto negativo diante da sociedade brasileira”. (CRUZ, 2013, p. 3).

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988 não se tinha uma noção de segurança pública e menos ainda uma aplicabilidade desta. Entretanto, a atual Constituição trouxe em seu artigo 144 algo inovador, porém sucinto: o conceito de segurança pública.

“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.”
(BRASIL, 1988).

“O texto destaca uma autonomia para os estados em conduzir a política de segurança gerando uma descentralização. O resguardo à ordem pública e a prevenção da violência se tornaram atribuições das instituições policiais”. (CRUZ, 2013, p. 4). Após 1988, as polícias que antes atuavam apenas de modo reativo ao problema da violência, passariam a atuar de modo preventivo. Outra inovação trazida pela Carta Magna foi o desfazimento do mito de que o assunto em pauta era competência apenas da Justiça Criminal.

Ao mencionar “ordem pública”, a Constituição abrange as políticas de segurança, educação, saúde, moradia, entre outras. Ou seja, é responsabilidade do Estado, por meio da Segurança Pública, assegurar e garantir efetivamente o bem-estar social. A segurança pública precisa ser articulada junto aos demais serviços públicos. Caso contrário, dificilmente será possível alcançar a ordem social.

“E a segurança, por sua vez, é proporcionada pelo Estado por meio de: a) um conjunto de normas que determinam o que é permitido e o que é proibido (as leis); b) políticas públicas que buscam promover os direitos dos cidadãos com equidade, igualdade e oportunidades além de prevenir atos violentos e manter a convivência harmoniosa na sociedade (programas, projetos e ações dos governos federal, estaduais e municipais); c) procedimentos que asseguram o direito a um julgamento justo (juízes imparciais, defesa ampla e processo juridicamente correto); d) um conjunto de instituições responsáveis por aplicar as medidas preventivas e as sanções determinadas pelos juízes (instituições policiais, prisionais, fiscais etc.)”. (SCABÓ, I.; RISSO, M., 2018, p. 11).

Na prática, a desordem social se visualiza nos jovens moradores de uma área com forte tráfico de drogas, na periferia do Rio de Janeiro, por exemplo. Se esses jovens não tiverem acesso à segurança, habitação, saúde e educação de

qualidade, como terão uma vida digna e protegida do crime? A segurança não consiste apenas em uma ronda policial na periferia, mas em uma proteção policial aliada a todas as outras garantias sociais.

O perfil de quem mata e morre, segundo o Atlas da Violência de 2018 é de homens negros, moradores de periferia, com idade de até 29 anos, que possuem baixa escolaridade e baixa renda. Esse perfil comprova que o crime cresce na medida da desigualdade social e racial e na desproporção da aplicabilidade de políticas de segurança pública.

Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (2018), “Segurança Pública inclui prevenção, inteligência e investigação”. O ministro reconhece que uma “polícia bem-equipada, bem-treinada e bem-remunerada faz a diferença”, porém deixa claro o entendimento de que a Segurança Pública não se restringe apenas à ideia de polícia.

“Os caminhos para uma política antiviolença devem abranger atenção à primeira infância; prevenção e redução do abuso infantil; diminuição da evasão escolar; criação de condições de trabalho mais favoráveis para mãe e pais de crianças pequenas; proteção da integridade física das mulheres; combate à violência doméstica; revisão da fracassada política de guerra às drogas; e regulamentação do porte e da posse de armas”. Barroso (2018).

Os Governos municipais devem trabalhar coordenadamente com os estados a fim de buscar a efetivação de ações preventivas contra a violência. Da mesma maneira o setor privado e a sociedade têm papel fundamental nessas ações, de modo que, com a contribuição de todos é possível deixar de ser utópica a ideia de paz social.

4 CRIMINALIDADE NO BRASIL

Jovens brasileiros, sem expectativa de emprego e de futuro, acabam por se envolver no “mundo do crime”, ao acreditarem ser a única alternativa válida para fugir dos problemas e conseguir seu sustento. Por conseguinte, se aliam a facções do crime organizado, que a propósito, têm ganhado cada vez mais força. Muitos desses jovens, com faixa etária de 15 a 29 anos, tem perdido suas vidas, sendo

este um fenômeno recorrente, denunciado ao longo das últimas décadas, mas que não se vê ações consistentes o suficiente para combater esse mal (Atlas da Violência. 2018).

Os crimes de homicídio doloso, latrocínio, mortes em decorrência de intervenção policial e mortes violentas intencionais de policiais em serviço e fora de serviço são classificados pela Secretária Nacional de Segurança Pública como Crimes Violentos Letais Intencionais (CVLI). Esses crimes têm maior relevância social e, portanto, impactam sobremaneira na sociedade. Pode-se dizer, até, que as mortes violentas, especialmente o crime de homicídio doloso, é problema “número um” no cenário da Segurança Pública.

O Atlas da Violência, produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), registrou um número de 62.517 mil homicídios no Brasil em 2016. Como principal indicador de violência, esse dado demonstra quão preocupante é a situação da criminalidade no país tropical.

O número de assassinatos só de mulheres no ano de 2016 foi de 4.645, “o que representa uma taxa de 4,5% homicídios para cada 100 mil brasileiras”. (Atlas da Violência. 2018, p. 44). Diante de dados que mostram que a violência de gênero, assim como, a violência motivada pela cor, raça e classe social, ainda estão bem presentes neste século, podemos concluir que vivemos um retrocesso, presos a questões arcaicas que, como visto no histórico do direito penal, existem desde as primeiras civilizações.

“A taxa de homicídios de mulheres negras é 71% maior que a de não negras, e com um lapso de tempo de 10 anos (2006 a 2016), a taxa de homicídios para cada 100 mil mulheres negras aumentou 15,4%, enquanto que entre as não negras houve queda de 8%” (ATLAS da Violência. 2018, p. 44). Ora, em 10 anos, em vez de diminuir o número de mortes, o que identificamos foi o aumento. Tais dados parecem ilógicos diante da premissa de que a sociedade evolui com o passar do tempo.

Outrossim, nossas polícias estão com elevados índices de autoria de crimes de homicídio. O Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2017) registrou o número de 4.222 mortes no ano de 2016 em decorrência de intervenções de

policiais Civis e Militares. Por outro lado, nesse mesmo ano, 453 policiais Civis e Militares foram vítimas de homicídio.

Os crimes contra o patrimônio que nos aflige diariamente é outra demonstração de tamanha insegurança que vivemos. Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2017), mais de 1 milhão de carros foram roubados ou furtados entre 2015 e 2016, no Brasil, o que corresponde a 1 carro roubado ou furtado por minuto.

Tendo em vista esses dados que apontam a criminalidade no Brasil, um fator assustador é que “boa parte da violência que temos na nossa sociedade é comandada de dentro do presídio”, disse o Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo (2015). Ainda segundo o Ministro, dentro das penitenciárias atuam organizações criminosas que lideram a violência aqui fora.

Nesta ocasião, presos de menor potencial ofensivo, quando saem são muito mais perigosos e habilidosos para o crime. Em muitos casos, saem aliados a facções que os “obriga” a continuar a praticar o ilícito nas ruas. Nosso sistema carcerário nem de longe tem cumprido sua função de diminuir a criminalidade e reintegrar o infrator à sociedade. Pelo contrário, os presídios no Brasil têm fomentado o crime.

Nesse sentido, Jungmann, Ministro da Segurança Pública, afirmou:

“Temos que rever a cultura que vige na sociedade de prender, prender, prender, sem entender que a prisão em larga escala ou em massa não é sustentável. Nós prendemos muito e prendemos mal. Boa parte desse pessoal faz um juramento para sobreviver e se incorpora às grandes gangues. Então o sistema penitenciário hoje é um sistema que recruta soldados para o crime organizado”. Jungmann (2018).

O Ministro afirmou ainda, logo após a criação do Ministério da Segurança Pública, que técnicos do ministério estudariam propostas para separar os presos pelo grau de periculosidade e pelo tipo de crime que cometeram; ampliariam as unidades do regime semiaberto; adotariam medidas punitivas alternativas, como o uso de tornozeleiras e prestação de serviços à comunidade.

5 A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS

Perante a falência da pena privativa de liberdade em ordenar a questão da criminalidade no Brasil, mostra-se a importância do fortalecimento das penas alternativas como um caminho mais humanizado e facilitador da integração do apenado à sociedade. Deve-se ater ao fato de que o objetivo da sanção penal deve ser o de reabilitar o indivíduo e não de vingar o mal cometido.

As penas alternativas, legalmente conhecidas como penas restritivas de direito, estão previstas no art. 43 do Código Penal Brasileiro. São elas: prestação pecuniária; perda de bens e valores; limitação de fim de semana; prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; e limitação de fim de semana. Ampliar a aplicação dessas penas reduzirá a superlotação nas unidades prisionais, o que, conseqüentemente, evitará que o indivíduo de menor potencial ofensivo, tenha contato com o sistema prisional e acabe por se tornar um reincidente no crime.

É urgente a necessidade de oxigenação total do sistema carcerário, sobretudo buscando medidas para pôr fim ao seu crescimento acelerado. Constata-se que o país carece de investimento na recuperação e ressocialização da massa e no fortalecimento de penas alternativas.

6 O SISTEMA CARCERÁRIO E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Desde que o "mundo é mundo" há conflitos nas relações sociais e com eles a indispensabilidade de se existir normas e regras. De acordo com (CAMARA, 2009, p. 65), "o crescimento desenfreado das cidades nas últimas décadas aumentou a carga de conflito entre as pessoas, grupos e entre estes com o Estado, que, por sua vez, não foi competente para preveni-los e menos ainda para administrá-los".

O ritmo das mudanças nas cidades, principalmente nas grandes metrópoles, acontece de forma muito rápida, e, infelizmente, as polícias, o sistema judiciário e penal não têm conseguido acompanhar as transformações e evitar a expansão do crime. Em decorrência disso, acarreta-se um verdadeiro caos no sistema penitenciário.

De acordo com Fiódor Dostoiévski em sua obra “Crime e Castigo” do ano de 1866, “é possível julgar o grau de civilização de uma sociedade visitando suas prisões”. Visto isso, depreende-se a situação crítica em que se encontra a civilização brasileira. O relatório levantado pelo Departamento Penitenciário Nacional (2017), trouxe o dado de 726.712 mil presos no Brasil e um déficit de 358.663 vagas. Em outras palavras, nos nossos presídios a quantidade de vagas existentes, suportaria apenas metade dos presidiários.

As rebeliões sanguinárias nos presídios causaram pânico na população em 2017. Logo no primeiro dia do ano ocorreu um massacre no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus, deixando um saldo de 56 mortos, segundo Henriques (2017). O G1 Amazonas informou que os mortos eram integrantes da facção criminosa Primeiro Comando da Capital e presos por estupro.

Com base na reportagem do G1 (2017), em janeiro de 2017, se continuou as matanças nos presídios, por meio das rebeliões, com 33 mortes na rebelião de Boa Vista – RO, duas mortes em Patos na Paraíba, quatro mortes na cadeia pública de Manaus, e no meio do mês, 26 mortes na rebelião no Rio Grande do Norte. Além dessas, tiveram outras ocorrências, que somadas às citadas, “ultrapassaram as 111 mortes do Massacre do Carandiru, no Estado de São Paulo, em 1992”.

Nesse segmento, o STF reconheceu o quadro do sistema penitenciário no Brasil como “Estado de Coisas Inconstitucional”, fato que comprova que já se passou muito dos limites as irregularidades nesse sistema.

Em julgamento dos pedidos de medida cautelar formulados na inicial, ocorrido em 9.9.2015, o Pleno do STF, por maioria, deferiu a cautelar em relação à alínea b, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, realizassem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. E, em relação à alínea h, por maioria, deferiu a cautelar para determinar à União que liberasse o saldo acumulado do

Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. E, ainda, o Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do ministro Roberto Barroso de concessão de cautelar de ofício para que se determinasse à União e aos estados, especificamente ao Estado São Paulo, que encaminhassem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional. (GUIMARAES, M, 2017, p. 95-96).

Ao tomar essa decisão, o Supremo voltou seus olhares à problemática deveras grande em que se vive no Brasil há tempos com relação à Segurança Pública e ao sistema prisional. No entanto, segundo Porpino (2017), para uma polêmica acerca da autonomia da Suprema Corte quanto a formulação de políticas públicas. O Plenário entendeu que a decisão do STF violava o Princípio da Separação e Harmonia dos Poderes, bem como a cláusula do financeiramente possível.

Por outro lado, se defendeu a importância do ativismo judicial, já que os órgãos estatais são inertes e a violação aos direitos humanos, desenfreada. Ora, é certo pensar que não existe coerência no fato de se ignorar a não concretização dos direitos fundamentais da população. A atuação do Supremo ao reconhecer a existência do ECI foi uma medida extrema para uma situação igualmente séria e relevante.

7 JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA O CAOS

A sede por vingança é um sentimento comum entre os brasileiros. Neste país é intrínseca a ideia de que o mal instaurado deve ser, acima de tudo, punido por quem o praticou. Com isso, percebe-se a prática de uma cultura punitiva, em que a sociedade sente a necessidade de castigar o possível transgressor, para que gere, então, a sensação de justiça. Isso acontece, porque, com base nessa cultura, a concepção de justiça está intimamente ligada ao ato de punir.

No entanto, frente a realidade da segurança pública e do sistema carcerário brasileiro, se faz conveniente a reflexão acerca da cultura punitiva. É sabido que as prisões estão superlotadas e que as penas aplicadas não têm cumprido seu

papel restaurador. Falta, pois, primeiramente, a conscientização de que ao punir deliberadamente o infrator, a punição também recai sobre a sociedade, que vai reencontrar esse infrator potencialmente mais perigoso.

A Justiça Restaurativa não é uma prática recente no Brasil e tem se expandido com o passar dos anos. Segundo o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), a Justiça Restaurativa “se trata de um processo colaborativo voltado para resolução de um conflito caracterizado como crime, que envolve a participação maior do infrator e da vítima.”

“Na prática existem algumas metodologias voltadas para esse processo. A mediação vítima-ofensor consiste basicamente em colocá-los em um mesmo ambiente guardado de segurança jurídica e física, com o objetivo de que se busque ali acordo que implique a resolução de outras dimensões do problema que não apenas a punição, como, por exemplo, a reparação de danos emocionais.” Carvalho (2014).

Esse instituto, como o próprio nome diz, busca restaurar os danos sofridos pela vítima. O cerne está na reparação, ou seja, em atuar na consequência do crime. O viés restaurativo possui um foco na cura da ferida do que na reclusão. É uma ideia que tem sido discutida e que pode ser um importante instrumento de pacificação social, de política de desencarceramento e evolução do próprio Direito Penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A segurança pública, como fator determinante para a promoção e manutenção da paz social, garante os direitos individuais e assegura o exercício da cidadania. Nessa perspectiva, é possível afirmar que a qualidade de vida de um cidadão está intimamente ligada à qualidade do exercício da segurança pública. A situação atual do sistema carcerário brasileiro, conforme demonstrado, funciona como um termômetro social, em que quanto mais caótico for o sistema penitenciário, maior será a complexidade da segurança pública.

O direito penal tem vivido um processo longo e antigo de ineficiência no que tange ao combate à criminalidade. Não se vê evolução, mas sim retrocesso.

O encarceramento em massa, visivelmente, não tem resolvido os problemas sociais, longe disso, tem aumentado. Todavia, para que se aplique substitutos penais é preciso, primordialmente, haver um reconhecimento geral da falência do modelo punitivo atual. A justiça meramente retributiva, comprovadamente, não tem gerado bons efeitos.

O sistema prisional é o maior problema da segurança pública, e o sucesso desta, perpassa pelo enfrentamento e solução do caos carcerário. Com o presente artigo, pôde-se constatar que é crucial buscar e aplicar medidas que visem o desencarceramento. Ademais, precisa-se voltar a atenção à primeira infância, ao acesso a educação, saúde e moradia de qualidade, a fim de se evitar o mal “pela raiz”.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BITENCOURT, C. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

CAMARA, P. A política carcerária e a segurança pública. **Revista Brasileira de Segurança Pública**. Pará, n. 1, p. 64-70, fev.2007.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça Restaurativa: o que é e como funciona**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>>. Acesso em: 13 de abril de 2019.

CRUZ, G. A historicidade da Segurança Pública no Brasil e os desafios da participação popular. **Revista Eletrônica Instituto de Segurança Pública**. Rio de Janeiro, n.4, p. 02-07, mar.2013.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2016**. Brasília, Ministério da Justiça, 2017. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/noticias->

1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

DOSTOIÉVSKI, F., **Crime e Castigo**. 7 ed. Editora 34, 2016.

FADEL, F. Breve história do Direito Penal e da evolução da pena. **Revista Eletrônica Jurídica**. Paraná, n. 1, p. 60-69, jan./jun.2012.

FSPB. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2017**. Disponível em: < http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_11_2017.pdf>. Acesso em: 25 de outubro de 2018.

GUIMARAES, M. **O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana**. Boletim Científico ESMPU. Brasília, a.16, n.49, p. 79-111, jan./jun.2017.

G1. **Mortes em presídios do país em 2017 já superam o massacre do Carandiru**. G1 São Paulo, 2017. Disponível em: < <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/01/mortes-em-presidios-do-pais-em-2017-ja-superam-o-massacre-do-carandiru.html>>. Acesso em: 25 de outubro de 2018.

HENRIQUES, C.; GONÇALVES, S.; SEVERIANO, A., **Rebelião em presídio chega ao fim com 56 mortes, diz governo do AM**. Disponível em: < <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/rebeliao-no-compaj-chega-ao-fim-com-mais-de-50-mortes-diz-ssp-am.html>>. Acesso em: 01 de novembro de 2018.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Atlas da Violência 2018**. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf>. Acesso em: 30 de outubro de 2018.

INSTITUTO IGARAPÉ. **Agenda Segurança Pública é Solução**. Disponível em: < <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/08/Agenda-Seguranc%CC%A7a-pu%CC%81blica-e%CC%81-soluc%CC%A7a%CC%83o-completa.pdf>>. Acesso em: 28 de outubro de 2018.

PORPINO, I. Sistema carcerário brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n 156, jan 2017.

SCABÓ, I.; BARROSO, L.; RISSO, M., **Segurança Pública para virar o jogo**. 1 ed. Brasília: Zahar, 2018.

__. **Decreto-lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 de abril de 2019.

NOTAS:

[1] Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pelo Programa de Mestrado em Direito pela Universidade Cândido Mendes - UCAM. Defensor Público Federal de 1ª categoria na Defensoria Pública da União no Estado do Tocantins. Professor de Direito da Faculdade Católica do Tocantins. E-mail: dpuigor@gmail.com

A PERDA DE UMA CHANCE: ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA TEORIA EM RELAÇÃO À FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

FERNANDA SILVEIRA MOURÃO ARAÚJO:

Bacharelanda do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo - FASEC

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA^[1]

(Orientadora)

RESUMO: A pesquisa descreve a responsabilidade civil do advogado nos casos em que houve a perda de uma chance e quais as argumentações alegadas para tal imputação. Partindo da premissa de que o advogado, ao acordar a prestação de seus serviços, deve agir conforme todos os deveres inerentes a atividade advocatícia, conclui-se que a teoria da perda de uma chance, mais evidente nos casos de omissão do advogado, é cabível, entretanto, se demonstrada no caso em apreço, sua evidencialidade, realidade e concretude. Utilizou-se o método dedutivo e exploratório da doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, afim de estabelecer um paralelo dos requisitos necessários levados em consideração ao favorecer o lesado.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil; Advogado; Perda de uma chance; Indenização.

ABSTRACT: The survey describes the civil liability of the lawyer in cases where there was a loss of a chance and what the alleged arguments for such imputation. Based on the premise that the lawyer, when agreeing to provide his services, must act according to the duties inherent to the activity of the lawyer, it is concluded that the theory of loss of a chance, more evident in cases of omission, is up to the lawyer, if it is demonstrated in the present case, its reality and concreteness. The deductive and exploratory method of doctrine and jurisprudence was used, in order to establish a parallel of the necessary requirements for the due indemnification.

KEYWORDS: Civil responsibility; Lawyer; Loss of a chance; Indemnity.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata do instituto da Responsabilidade Civil aplicado à advocacia sob a ótica da teoria da perda de uma chance, analisando a viabilidade ou não da aplicabilidade da citada teoria em relação a responsabilidade civil do Advogado, quando o mesmo age com negligência. O surgimento dessa teoria ocorreu na França, depois várias discussões doutrinárias, ocasionando a Corte a conceder indenizações a esse tipo de título. Em seguida houve a expansão dessa teoria para outros países, principalmente os da Europa. Já no Brasil, comparado com outros países pode-se dizer que o seu surgimento ainda é recente, evidenciado como objetivo principal a responsabilização do advogado por uma eventual perda do seu cliente.

Diante disso, a pesquisa teve por objetivo analisar o cabimento da teoria da perda de uma chance nos casos de negligência advocatícia e mais especificamente, explorar a possibilidade de uma indenização ao cliente prejudicado, em relação ao ato negligente do patrono em sua atuação profissional. Utilizou-se o método dedutivo para o desenvolvimento do artigo com base em pesquisa bibliográfica, auxílio de doutrinas, artigos da rede mundial de computadores e jurisprudências dos principais Tribunais pátrios.

A problemática está voltada para a análise da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance nos casos de negligência de Advogados em sua atuação profissional. E mais, mesmo o advogado tendo o dever legal de empregar todos os meios necessários, deve o seu cliente ser indenizado devido a perda de uma chance?

Dessa forma, o trabalho está dividido em três capítulos, o primeiro capítulo trata dos deveres decorrentes da prestação de serviços advocatícios, trazendo os deveres do advogado, inerentes à sua atuação profissional, analisando os principais conceitos, suas espécies e pressupostos. Já no segundo capítulo, efetuou-se uma análise minuciosa sobre a responsabilidade civil em razão de omissão, sob a ótica da lei, no negócio e do risco criado, na qual será abordada a sua definição, natureza jurídica, origem e evolução, assim como as especificações e os critérios para a sua correta aplicação.

No terceiro e último capítulo do artigo, abordou-se a teoria da perda de uma chance. Desta forma, analisou-se a aplicabilidade da responsabilidade civil ao advogado, decorrente da falha na prestação dos serviços advocatícios, efetuando

uma análise mais específica da responsabilidade civil do advogado pela teoria da perda de uma chance no que tange a doutrina majoritária e minoritária e julgados.

2. OS DEVERES DECORRENTES DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

Disciplina a Constituição Federal, em seu artigo 133 que “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” É interessante o final do artigo, pois quando o advogado agir com negligência no exercício do seu ofício, o manto da inviolabilidade não o acobertará.

Nesse entendimento, o Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu artigo 2º, parágrafo único, disciplina que são deveres do advogado, entre outros preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade, atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé, velar por sua reputação pessoal e profissional, estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios, bem como a adotar, medidas que inibem a violação de direitos e as condutas atentatórias a ética, moral, honestidade e a dignidade da pessoa humana.

Didaticamente, Mamede (2014), definiu dos deveres do advogado em quatro nuances, identificando primeiramente os deveres do advogado para a preservação da atividade, definindo-os como:

O primeiro dever do advogado é? sempre proceder de forma que o torne merecedor de respeito, contribuindo, assim, para o prestígio da classe da advocacia (artigo 31, EAOAB). Essa atuação exprime-se não apenas pelo respeito às normas deontológicas ou na abstenção de comportamentos rotulados como infracionais, mas também, de mesma importância, num particular cuidado com sua atuação, com a qualidade de seu trabalho, com seu comportamento. Se o profissional não respeita tais balizas, mais do que macular o próprio nome (o que será? inevitável), acaba por enlamear toda a classe, face a uma tendência social de generalização. (MAMEDE, 2014. p.172)

Como exemplo desse dever, o supracitado autor cita o dever de urbanidade, no trato com todos os envolvidos na relação processual, disposto no artigo 44 do

código de ética, destacando que o causídico deve agir com honra, nobreza e dignidade em cada ato. Exemplifica ainda, com os deveres de boa educação, emprego de linguagem fácil e clara e execução de seus serviços com dedicação e disciplina. Com destemor e independência, lealdade, decoro e boa-fé, aperfeiçoando-se e primando pela solução dos conflitos, age o advogado velando por sua reputação pessoal e profissional.

Logo depois, o autor aborda os deveres do advogado frente a sua atuação processual, de forma a não violar direitos nem garantias fundamentais, evidenciando que além dos deveres já expostos no art.2º, o art.6º do Código de ética é especificamente para uma atuação processual proba. Mamede (2014) exemplifica que é dever do Advogado não abandonar seu cliente, resguardar o sigilo profissional e no campo penal, assumir a defesa sem empregar própria opinião de quem seja o culpado, ressaltando que:

Os deveres do advogado, no âmbito da postulação, não se resumem a? litigância de boa-fé?. Segundo o Código de Ética e Disciplina, em seu artigo 12, cumpre-lhe cuidar dos feitos com atenção e diligencia, mantendo o cliente informado do que se passa. Essa diligência expressa-se no acompanhamento de perto dos atos que estão sendo praticados, efetivando o contraditório e a ampla defesa. Todo o cuidado e? sempre pouco, principalmente no que diz respeito a aspectos técnicos, como os prazos para realização de atos jurídicos, processuais ou na?o. O conhecimento adequado dos prazos e o respeito aos mesmos e? elementar para a advocacia, assim como o e? o conhecimento dos instrumentos técnicos sha?beis a? consecuc?a?o das medidas que se fac?am necessa?rias para o desempenho da func?a?o. Como o Direito, quer pela legislaç?o, quer pelas ana?lises doutrina?rias, quer pela jurisprudência, esta? sempre em mutaç?o, o estudo constante e? indispensa?vel para manter esse conhecimento indispensa?vel das exige?ncias técnicas para o exerci?cio do mister. (MAMEDE, 2014. p.175)

Em seguida, tratou o autor sobre os deveres do advogado em sua relação com outros advogados, enfatizando que o enfretamento com os colegas de

profissão deve se dar de forma competente e com argumentos pertinentes, nunca de feitiço pessoal. Na ótica de Mamede (2014) o advogado está obrigado a respeitar o exercício profissional dos colegas, não criticando-o tão pouco plagiando-o ou não intervindo em seus clientes, fatos esses que constituem falta ética ou disciplinar

Note-se que há debates acirrados, exibindo cenas em que os advogados trocam farpas, mas fazem-no com estilo, com moderação, sem nunca chegar a ofensa, a agressão verbal e, muito menos, física. Disputam a causa, a demanda, e, enquanto tal, são opositores; mas sabem respeitar-se como profissionais. (MAMEDE, 2014. p.177)

Por fim, apresentou os deveres do advogado em relação ao seu procurador, definindo como elemento essencial o dever pela relação de confiança, sem no entanto, abrir mão da devida isenção técnica. Nas palavras do autor, o advogado deve resolver os problemas do cliente e não ter a premissa do litígio, exemplificando

Ainda segundo o Código de Ética e Disciplina, em seu artigo 2º, parágrafo único, é obrigação do advogado aconselhar seu cliente a não ingressar em aventura judicial (inciso VII), devendo estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios (inciso VI). Mas há limites para a transigência. O próprio Código de Ética e Disciplina determina que o advogado deve abster-se de se entender diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste, o que constitui infração disciplinar (artigo 34, VIII, EAOAB). Cuida-se de regra, ademais, que (1) preserva a relação de confiança com o cliente, que deve autorizar o entendimento diverso, além (2) respeitar a relação do colega com seu cliente. Diz, ainda, o Código de Ética ser dever do advogado “informar ao cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das consequências que poderá advir da demanda” (artigo 8º), entre os quais, verbi gratia, a condenação em verba honorária sucumbencial, em seu mínimo e máximo legalmente definidos. Lembre-se que os

o?nus de uma demanda recaem sobre o cliente e ele tem o direito de os conhecer em sua precisa extensa?o. (MAMEDE, 2014. p.178)

Os deveres de prestação de contas e da informação são outros que merecem igual proteção. É dever do advogado, em suas relações, além de manter seu cliente muito bem informado de todas as fases e andamento do seu pleito, prestar devidas contas quando for solicitado, quando assim for acordado ou ainda, ao final do seu labore. Esse dever de informação e de prestação de contas são deveres éticos e igualmente civis. É imprescindível que o contratante dos serviços advocatícios saiba o que autoriza e quanto custa tais ferramentas de trabalho do patrono. Em outras palavras, deve o advogado acautelar-se em fornecer toda a informação necessária de forma expressa, afim de demonstrar a inequívoca ciência do cliente sobre os fatos e valores devidos. Mamede (2014) explica ainda que o dever de prestar contas alcança bens e até documentos

Quando finda a causa, compreendida em sentido amplo, na?o se confundindo com ac?a?o e, portanto, incluindo todo e qualquer servic?o advocati?cio, ainda que extrajudicial, presumem-se o cumprimento e a cessac?a?o do mandato outorgado ao advogado (artigo 10, Co?digo de E?tica) que está? obrigado a devolver "bens, valores e documentos recebidos no exerci?cio do mandato", bem como a prestar contas pormenorizadamente (artigo 9º, Co?digo de E?tica). Tais obrigac?o?es, alia?s, sa?o igualmente devidas nas hipo?teses de conclusa?o ou desiste?ncia da causa, extinto ou preservado o mandato (mesmo artigo 9º), com o que se aplicam a?shipo?teses de renu?ncia ao mandato (cf. artigo 5o, § 3o, do EAOAB; artigo 45 do Co?digo de Processo Civil) ou de sua revogac?a?o pelo outorgante (cf. artigo 44 do Co?digo de Processo Civil). Se o cliente, por qualquer motivo, se recusa a receber tais bens, valores e documentos, na?o pode o advogado quedar-se inerte, sendo seu dever consignar quantias, documentos e bens em jui?zo.

Diante do exposto, já é sabido que a negligência diante de tais deveres, gera responsabilidade civil e ética, bem como o direito a indenização. Avulta Tucci (2018) sobre as duas nuances em que o dever de informação recai: no relacionamento com o seu cliente e no cenário processual, exemplificando:

Em primeiro lugar, no relacionamento com o seu constituinte, a teor do disposto no artigo 8º do Código de Ética e Disciplina da OAB, o advogado tem o dever de “informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das consequências que poderão advir da demanda”. Ademais, a atuação do advogado no cenário processual também lhe impõe desde o dever de apresentar procuração, manter os seus dados e os de seu cliente devidamente atualizados, até aquele de comunicar ao juízo qualquer fato superveniente que possa interessar à marcha processual. (TUCCI, 2018)

Para o autor supramencionado, no primeiro campo, esse aconselhamento do cliente não deve ser apenas de forma preliminar, devendo-o ser de forma contínua do ajuizamento até o cumprimento da sentença. No campo processual, o autor ensina que simples relatórios com linguagem fácil e entendível com novidades ao seu cliente, diminuem uma possível tensão futura na relação assistencial.

Tal conjunto de regras, que disciplinam a atividade advocatícia, buscam a valorização da profissão jurídica e da credibilidade advocatícia, a deontologia jurídica é resultado de um histórico cultural e social que objetivou condutas éticas e moralmente aceitas, não se resumindo a opções de bom comportamento, mas sim, deveres de conduta legais e obrigatórios, destinados a evitar prejuízos e violações de direitos. Todo o complexo de princípios, seja de cunho ético, como por exemplo, os da exclusividade, não mercantilização da profissão, vedação a captação ilícita de clientes, seja de cunho moral, como por exemplo, a honestidade, confiabilidade ou ainda, os destinados a atuação processual, como por exemplo, o dever de agir com boa-fé e cooperação, adequam-se a essência da atividade jurídica, impondo aos advogados a submissão aos deveres que trazem dignidade para essa vital profissão e observância necessária para assegurar e resguardar os direitos com decoro.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL EM RAZÃO DA OMISSÃO

Inicialmente, o Código Civil de 2002 em seu artigo 186 dispõe que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Nesse entendimento, para que haja a responsabilidade civil de alguém, é necessário o cumprimento de alguns pressupostos. Para Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 66)

e Flávio Tartuce (2019, p. 385) quatro são os pressupostos da responsabilidade civil: a) ação ou omissão; b) culpa ou dolo do agente; c) relação de causalidade; d) dano. Para Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano (2018, p.76) três são os elementos: a) conduta humana (positiva ou negativa), b) dano ou prejuízo e c) nexos de causalidade, sendo a culpa um elemento acidental da responsabilidade civil.

Com isso, é cediço que o campo de discussão consiste, não nos elementos, pois estes são pacíficos, mas sim, qual a natureza jurídica da culpa e se ela integra ou não o rol de pressupostos.

3.1. O NEXO DE CAUSALIDADE NA OMISSÃO

Para definir os elementos, Tartuce (2019) aborda a ação e reforça a definição da omissão

Assim sendo, a conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente. Pela presença do elemento volitivo, trata-se de um fato jurígeno. Percebe-se que a regra é a ação ou conduta positiva; já para a configuração da omissão, é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato (omissão genérica), bem como a prova de que a conduta não foi praticada (omissão específica). Em reforço, para a omissão é necessária ainda a demonstração de que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado. (TARTUCE, 2019. p. 386)

Nesse sentido, o autor ilustra o nexos de causalidade

Como é um elemento imaterial ou espiritual, pode-se imaginar que o nexos de causalidade é um cano virtual, que liga os elementos da conduta e do dano. A responsabilidade civil, mesmo objetiva, não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente. Se houver dano sem que a sua causa esteja relacionada com o comportamento do suposto ofensor, inexistente a relação de

causalidade, não havendo a obrigação de indenizar. (TARTUCE, 2019. p.402)

Semelhantemente, para conceituar dano, o autor supramencionado evidencia aquilo que deve ser demonstrado, em outras palavras, para que haja a devida indenização, deve-se demonstrar os prejuízos patrimoniais ou extrapatrimoniais. Ressalta ainda, os casos em que a comprovação desse dano pode ser invertida em face de uma relação de vulnerabilidade da vítima do prejuízo, como nos casos das relações de consumo (p. 424).

Por fim, para elucidar a culpa genérica como um quarto elemento caracterizador da responsabilidade civil, Tartuce (2019) divide-a em dolo, que se reflete em uma violação voluntária e a culpa, refletida em uma conduta negligente, imperita ou imprudente, defendendo a devida indenização com base no grau de culpa do agente causador (p. 389-390).

No campo obrigacional, ao definir a obrigação de meio, Tartuce aborda:

A obrigação de meio ou de diligência é aquela em que o devedor só é obrigado a empenhar-se para perseguir um resultado, mesmo que este não seja alcançado. Aqueles que assumem obrigação de meio só respondem se provada a sua culpa genérica (dolo ou culpa estrita – imprudência, negligência ou imperícia). Por conseguinte, haverá responsabilidade civil subjetiva daquele que assumiu tal obrigação. Assumem obrigação de meio os profissionais liberais em geral, caso do advogado em relação ao cliente e do médico em relação ao paciente, entre outros. A responsabilidade dos profissionais liberais é subjetiva em virtude da previsão do art. 14, § 4.º, da Lei 8.078/1990, que institui o Código de Defesa do Consumidor. O mesmo é previsto para os profissionais da área da saúde, conforme o art. 951 do CC. (TARTUCE, 2019. p. 106).

Com isso, é evidente, tanto pela doutrina civilista, quando pela consumerista, deve o advogado empregar todos os meios necessários a solução da lide, sendo esta uma obrigação ética legal.

3.2. A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL DO ADVOGADO

Com objetivo didático, a maioria da doutrina divide os tipos de responsabilidade. Na definição contratual, Gonçalves (2016) explana

Na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convencão o preveia entre as partes, que nação e cumprida. A responsabilidade contratual abrange também o inadimplemento ou mora relativos a qualquer obrigação, ainda que proveniente de um negócio unilateral (como o testamento, a procuração ou a promessa de recompensa) ou da lei (como a obrigação de alimentos). (GONÇALVES, 2016. p. 62-64).

Dentro desse contexto, quando há uma assunção de obrigação de meio ou de resultado pelo advogado, o mandato judicial impõe responsabilidade de natureza contratual do advogado perante seus clientes, possuindo como características inerentes, assim como nas outras modalidades, a ação ou a omissão, culpa ou dolo do agente, onexo causal e o dano decorrente para que haja a configuração do ato ilícito que gere responsabilidade civil. Entretanto, uma questão controvertida na doutrina e jurisprudência é sobre a questão da aplicabilidade do Código de defesa do consumidor aos casos advocatícios. Para Rui Stoco (2010), por exemplo, que defende o princípio da especialidade da Lei 8.906/1994, rejeita, expressamente, a sua incidência nos casos relativos aos advogados. No mesmo sentido de Stoco, o STJ, há alguns anos se posiciona contra a incidência do CDC ao advogado, como por exemplo, no REsp 532.377/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 21.08.2003 e REsp 1.263.387/PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 04.06.2013, ambos DA 4ª Turma, alegando, entre outras coisas, que não há relação de hipossuficiência nessas relações.

Lins (2016) por outro lado, se posiciona contra, afirmando

Não se pode chegar ao ponto de inadmitir a incidência da lei de defesa do consumidor aos advogados, com base na especialidade do Estatuto da Ordem. Isso porque, o advogado não é um profissional liberal superior aos outros profissionais, que não possuem uma lei específica de regulação da sua atividade. As consequências dessa interpretação podem ser nefastas, pois, em última análise, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil restaria isolado

como um micro sistema imune aos valores constitucionais, notadamente, ao princípio da igualdade, já que os advogados, diferentemente dos demais profissionais liberais, não se submetem às regras de facilitação de defesa do consumidor. Essa interpretação, justamente por comprometer a unidade do sistema jurídico, deve ser afastada. (LINS, 2016. p. 211)

No campo do Código de Defesa do Consumidor, o profissional liberal, nos termos do art. 14, § 4, deve ser responsabilizado na medida da sua culpabilidade, ou seja, é uma responsabilidade civil de natureza subjetiva. Para Venosa (2018) aplicam-se os demais princípios da lei do consumidor, como, por exemplo, a faculdade, várias vezes já mencionada, de o juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, concluindo que o caso concreto deve fazer concluir pela existência do nexo causal dentro da teoria clássica de nosso sistema de responsabilidade. Como regra geral no sistema do consumidor, cabe a este, ou a seu representante, como destinatário do serviço, produzir a prova do defeito, o dano e o nexo de causalidade. Todavia, o juiz poderá determinar a inversão do ônus da prova, se verossímeis as alegações do consumidor ou quando este for hipossuficiente. Analisará então o juiz uma dessas condições: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência. A prova, por parte do autor dessas demandas, pode ser mesmo um fardo intransponível, daí a posição legal. A hipossuficiência não deve ser vista sob o ângulo exclusivamente econômico, o que se examina é uma debilidade técnica ou jurídica perante a outra parte (p. 627).

Para a definição dos tipos de responsabilidade subjetiva e objetiva, Tartuce (2019) explana que no Brasil, sendo a responsabilidade subjetiva fundada na culpa do agente, a responsabilidade objetiva independe de culpa e é fundada na teoria do risco. Para Cavalieri Filho (2015) o advogado possui a responsabilidade subjetiva, na?o lhe sendo aplicável nenhuma cláusula geral de responsabilidade objetiva das muitas previstas no sistema brasileiro de responsabilidade civil. E assim e? porque foia lei que a estabeleceu, e na?o por se tratar de responsabilidade contratual ou extracontratual, de obrigac?a?o de meio ou de resultado. A lei estabeleceu a responsabilidade subjetiva para o advogado porque nela na?o se fazem presentes os requisitos que justificam a adoção da responsabilidade objetiva. Ao se referir ao risco, o autor ainda explana que o risco,

pedra angular da responsabilidade objetiva, na?o e? característica da atividade do advogado, ela na?o se ajusta a nenhuma das teorias do risco: risco proveito, risco profissional, risco criado, nem risco inerente. A responsabilidade subjetiva, como do conhecimento geral, e? assim chamada porque exige a culpa como elemento (p. 504). Ou seja, a conduta culposa do agente constitui-se em pressuposto principal da obrigac?a?o de indenizar, o que é ponderoso ressaltar que nem todo comportamento do agente será? apto a gerar o dever de indenizar, mas somente aquele que estiver adequado de certas características previstas na ordem jurídica atinente.

3.3 RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO ADVOCATÍCIA

Na responsabilidade civil profissional, especificamente na atividade advocatícia, Gagliano (2018, p. 310) traz a obrigação de meio, como regra, demandando a comprovação de culpa do agente nos danos causados. Alerta ainda, que a atividade advocatícia exercida com potencial risco de dano, não torna sua responsabilidade objetiva. De acordo com Lins (2016, p. 231) a advocacia, no campo contratual, está coberta por esse mesmo entendimento e inserida nas diretrizes do contrato de mandato, podendo este ser geral ou especial. Acrescenta ainda, que mesmo o advogado integre uma sociedade, sua responsabilidade deverá ser aplicada conforme a ótica da responsabilidade subjetiva, ou seja, responderá nos casos em que proceder, com culpa, se agir com negligência, imprudência ou imperícia. Por fim, a responsabilidade civil do advogado, nas palavras de Lins (2016), deve ser aplicado com base na teoria da culpa normativa, através de standards, que são, no caso, os parâmetros de identificação da culpa do advogado com base em seus deveres profissionais, fornecidos, principalmente, pela regulamentação profissional de sua atividade. Para Bianchini (2017), os casos de omissão do advogado podem se manifestar quando há

Recusar um acordo proposto pela parte contraria, afim de sanar o litigio, quando a questão e um tanto quando difícil seu ganho; Indo contra a orientação do cliente em caso de recorrer uma sentença de mérito; Quando há erro de perito, o defensor de omitir em manifestar acerca; omissão de conselho; omissão de informação; perda de uma chance. (BIANCHINI,2017).

A autora ressalta que nesses casos de omissão, além dos elementos fundantes, deve ser demonstrada a culpa do Advogado. Ademais, ambos os autores concordam, que tanto no caso da ação quanto da omissão, o mais conflitante de ser aplicado é a teoria da perda de uma chance, pois é a teoria que mais causa discussão entre o juristas e uns, inclusive, não aceitam-na.

Cavaliere Filho (2015) ao conceituar a responsabilidade advocatícia por omissão, esclareceu a omissão como sendo a ausência de comportamento, um não fazer, um nada, como do nada nada provém, a omissão em si mesma, para o autor, não tem relevância jurídica. Entretanto, mesmo que não desencadeie um dano ou não tenha um nexo, a omissão passa a ser importante quando é causa impeditiva de um resultado. Em outras palavras, Cavaliere Filho (2015) explica que o advogado não responde porque causou o resultado com o seu ato omissivo, mas sim, responde quando tem o dever de agir e mantém-se inerte, não evitando o dano quando estava obrigado a agir. Ao exemplificar, o supra mencionado autor explana

A omissão é uma das causas mais graves e constantes da responsabilidade do advogado, uma vez que no contrato de prestação de serviços o causídico assume obrigação de fazer, de aconselhar, de acompanhar o andamento do processo, verdadeiro dever de vigilância, e constantemente negligencia esse dever. Trata-se, pois, de omissão decorrente de obrigação assumida contratualmente, que torna o advogado responsável (o garante) pelos danos sofridos pelo cliente. (CAVALIERI FILHO, 2015.p. 508)

Há ainda dois tipos de omissão evidenciadas pelo autor supramencionado que merecem destaque. Nas obrigações de meio, há uma omissão genérica se decorrente da inobservância de deveres contratuais básicos, como deixar de acompanhar o processo ou de informar ao cliente o andamento processual. Por outro lado, para que se configure uma omissão específica, deve-se garantir o resultado, ou seja, obriga-se o advogado a agir de forma a evitar o dano. Como exemplos dessa omissão específica, Cavaliere (2015) traz as obrigações assumidas de interpor um recurso ou propor alguma ação a fim de interromper a prescrição. Não menos relevante é o destaque da culpa nessas obrigações assumidas, pois, nas obrigações de meio, a culpa deve ser provada pelo lesado, enquanto que nas

obrigações de resultado, casos em que o advogado assume o dever de agir e responde pelos danos caso não o faça, de acordo com a doutrina majoritária e já exposta no presente artigo, a culpa do Patrono é presumida.

4. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE APLICADA A ADVOCACIA

Inicialmente, cabe observar que a responsabilidade civil dos profissionais decorre, muitas vezes, de uma relação negocial, devendo, se comprovada a culpa, gerar indenização nos casos de danos pelo não cumprimento do acordado entre as partes inicialmente. Entretanto, no campo advocatício, a responsabilidade civil do advogado poderá se dar de forma contratual ou não.

Na maioria dos casos há uma relação contratual na modalidade mandato, em que o advogado se propõe a uma obrigação de meio, devendo abster-se de erros grosseiros e inescusáveis, bem como empregar toda a diligência e capacidade profissional necessárias. Ressaltando os deveres de informação, de encontrar soluções para os problemas do seu cliente e do sigilo profissional, Venosa (2018) defende o dever de resultado nos casos decorrente de uma relação contratual e exemplifica os possíveis casos em que caiba a responsabilidade civil advocatícia

Na elaboração de um contrato ou de uma escritura, o advogado compromete-se, em tese, a ultimar o resultado. A matéria, porém, suscita dúvidas e o caso concreto definirá eventual falha funcional do advogado que resulte em dever de indenizar. Em síntese, o advogado deve responder por erros de fato e de direito cometidos no desempenho do mandato. O exame da gravidade dependerá do caso sob exame. Erros crassos, como perda de prazo para contestar ou recorrer, são evidenciáveis objetivamente. Há condutas do advogado, no entanto, que merecem exame acurado. Não devemos esquecer que o advogado é o primeiro juiz da causa e intérprete da norma. Deve responder, em princípio, se ingressa com remédio processual inadequado ou se postula frontalmente contra a letra da lei. No entanto, na dialética do direito, toda essa discussão será profundamente casuística. É fora de dúvida, porém, que a inabilidade profissional evidente

e patente que ocasiona prejuízos ao cliente gera dever de indenizar. O erro do advogado que dá margem à indenização é aquele injustificável, elementar para o advogado médio, tomado aqui também como padrão por analogia ao bonus pater familias. No exame da conduta do advogado, deve ser aferido se ele agiu com diligência e prudência no caso que aceitou patrocinar. (VENOSA, 2018. p. 762).

No que tange a aplicação da teoria da perda de uma chance aos advogados, o supramencionado autor aborda que a análise, pelos Tribunais, têm sido feita no caso concreto, examinando as chances que efetivamente foram perdidas e se houve considerável dano. Quando da aplicação da teoria ao caso concreto, o que se tem indenizado é a potencialidade da chance e não a perda efetivamente, evidenciando Venosa (2018) que

Pode ocorrer que a atividade danosa do advogado também ocasione danos morais, cuja parcela é autônoma e não se confunde com a perda de chance ou danos materiais efetivos. O dano patrimonial, para possibilitar indenização, deve ser atual e certo, possibilitando cálculo de valores de forma concreta. A perda de uma chance é utilizada para calcular indenização quando há um dano atual, porém, ainda incerto na sua valorarção, ou seja, a potencialidade de uma perda. De qualquer modo, no âmbito da responsabilidade do advogado, é imperativo que o cliente comprove que tenha sofrido um prejuízo certo e não meramente hipotético, ainda que dentro dos pressupostos da perda da chance. (VENOSA, 2018. p. 768).

Tartuce (2019) destaca de início, o conflito no Superior Tribunal de Justiça entre a 3º e 4º turma, sobre a relação advocatícia se submeter ao Código de Defesa do Consumidor. Se posicionando pela aplicação do referido Código, o autor explana que mesmo sendo enquadrada como atividade de consumo, a responsabilidade advocatícia é subjetiva, fundada no dolo ou culpa, defendendo a responsabilidade objetiva apenas nos casos de abuso de Direito. Para o autor, o advogado não assume uma obrigação de resultado ao acordar uma relação contratual, carecendo de uma análise da natureza jurídica do contrato para uma

imputação da responsabilidade. Na hipótese da aplicação da teoria da perda de uma chance ao advogado, Tartuce (2019) expõe

A opinião do presente autor a respeito dos danos por perda da chance como categoria autônoma de dano reparável continua sendo no sentido de sua inadmissão. Penso que as situações tidas como de perda da chance até são reparáveis, como danos materiais ou morais, mas não como categoria autônoma. O enquadramento na última hipótese faz com que os danos sejam, em muitos casos, hipotéticos ou eventuais, sendo certo que os arts. 186 e 403 do Código Civil brasileiro exigem o dano presente e efetivo. A perda de uma chance, na verdade, trabalha com suposições, com o se. No caso da responsabilização do advogado, como comprovar que a ação seria vitoriosa? Nomeando um especialista em ações judiciais para a realização de uma perícia? Quem seria esse especialista, um jurista ou um julgador aposentado? As perguntas nos parecem insuperáveis e, mesmo havendo súmulas ou entendimentos consolidados sobre o tema analisado na ação perdida, a jurisprudência pode alterar-se ou não aplicar o citado entendimento no caso concreto, por concluir não ser o caso. (TARTUCE, 2019. p. 1250)

Para o autor, quando tais indenizações são imputadas, há a ideia implícita de que o advogado tem o dever de ganhar a ação, mas destaca que a aplicação da teoria é importante, pois consolida o dever de reparar dos advogados.

Para Lins (2016) a distinção da obrigação de meio ou de resultado adquirida pelo advogado é importante pois poderá determinar duas situações, quais sejam, a extensão do inadimplemento e a distribuição do ônus da prova. Em outras palavras, a extensão do inadimplemento para a fixação de uma eventual indenização, pode ser medida por um resultado prometido e não alcançado ou pela falta de um dever básico de diligência. Já no *ônus probandi*, a dualidade de obrigação reflete-se na possibilidade de o advogado requerer a produção de provas de quem melhor puder oferecê-la. O supramencionado autor aborda que a indenização pela perda de uma chance redundaria na reparação de um dano

incerto e hipotético, pois o objeto da indenização é a própria perda de uma chance e não a vantagem que seria obtida se a chance lograsse êxito. Essa dificuldade de sistematização do instituto reflete-se na doutrina e na jurisprudência, como é o caso do Superior Tribunal de Justiça. Para o aludido autor, é difícil a mensuração do quantum indenizatório, uma vez que o arbitramento é definido com base em algo abstrato (p. 222).

Cavaliere Filho (2015) faz uma abordagem tanto sobre o risco, evidenciando que mesmo nos casos de responsabilidade civil objetiva, o risco proveito, risco profissional, risco criado e o risco inerente, não se harmonizam com a atividade advocatícia, pois não são inerentes a atividade advocatícia, quanto sobre a omissão advocatícia, revelando que essa conduta é a mais grave e constante nos casos de Responsabilidade civil do advogado, uma vez que o advogado tem o deveres de aconselhar, de realizar diligências, fazer e acompanhar o andamento processual. Para o autor, a omissão passa a ter relevância jurídica não quando é causa algum resultado, tampouco cause umnexo, mas sim, quando é causa de impedimento de certo resultado (p. 507). Ainda nas palavras de Cavaliere (2015) a perda de uma chance é caracterizada como, quando por atuação de outra pessoa, uma perspectiva de um proveito futuro é extinto, devendo ser tal chance séria, real e de efetiva condições pessoais do lesado, concluindo que o advogado responde assim, pela perda da probabilidade de um sucesso, ou seja, a perda de uma chance é uma justificada lesão as expectativas do lesado, devendo-o ser ressarcida.

Dentro de todo esse contexto, é inegável a necessidade de advogado responder por ações ou omissões que causem danos a seus clientes. Entretanto, seja quando assume o dever de resultado ou quando assume o dever de meio, seja quando responde pelo Código Civil ou pelo Código do consumidor, deve ele responder na medida da sua culpabilidade, ou seja, de forma subjetiva a mensurar seu dolo ou culpa, não sendo os danos considerados *in re ipsa*.

No campo jurisprudencial, o STJ em julgamento do REsp 1190180 /RS RECURSO ESPECIAL 2010/0068537-8 e o REsp 993936 /RJ RECURSO ESPECIAL 2007/0233757-4, ambos julgados pela 4ª turma em 16/11/2010 e 27/03/2012 respectivamente, ao indeferir os recursos, fundamentou que a teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição

mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado, ou seja, nos caos evidenciados, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. Atualmente, no julgamentos dos AgInt no AREsp 1200969/SP AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2017/0289437-6, julgado em 13/03/2018 e no AgInt no AREsp 1213438/SP AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2017/0307217-8, julgado em 24/04/2018, ambos julgados pela 3º turma, houve um posicionamento divergente, o qual foi fundamentado como uma indenização cabível nos casos que não houve a interposição dos recursos, dada a negligência advocatícia.

Ou seja, na aplicação da teoria da perda de uma chance, é conflituoso entre os autores apresentados e no próprio STJ, baseada, basicamente, se esta deve ser imputada aos advogados meramente por suas omissões ou não. Dessa maneira, deve-se analisar o caso em concreto afim de evidenciar a concretude da probabilidade perdida.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando em consideração os dados mencionados, a presente pesquisa teve por intuito analisar os deveres decorrentes da atividade advocatícia e a responsabilidade advocatícia por omissão, quando decorrentes de uma avença contratual.

No desenvolver do estudo, é possível inferir que os advogados, seja quando assume uma obrigação de meio, seja quando assume a obrigação de resultado, deve sempre agir com boa fé, sem esquecer do dever de prestar informações expressas aos seus clientes, deixando-o ciente, por exemplo, quando não for recorrer de uma decisão ou quando irá deixar o caso, pois a prescrição alcança a todos.

A divergência doutrinária e jurisprudencial ainda é latente, dado os critérios utilizados para a imposição da responsabilidade dos advogados, pois há posicionamentos em que a omissão gera danos e outros que a omissão, por si só, não gera danos. Há ainda a divergência quanto a mensuração desse dano por uma

chance perdida e se as indenizações são impostas nos casos de negligências contratuais.

Apenas um requisito é pacífico entre os autores e julgadores, a chance deve ser real e concreta para ser indenizada, em outras palavras, para que a perda de uma chance seja aplicada nos casos de responsabilidade advocatícia por omissão, o lesado deve comprovar que a chance perdida era concreta, real e evidente.

6. REFERÊNCIAS

Advogado é condenado por se apropriar indevidamente de valores de cliente. **REVISTA CONSULTOR JURIDICO**. 28 de agosto de 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-28/advogado-condenado-apropriar-valores-cliente#top>>. Acesso em 19/03/2018.

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: 11/04/2019.

BRASIL. **Lei 8.906, de 4 de julho de 1994**. Institui o Código de Ética e disciplina dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina>>. Acesso em: 15/04/2019.

BRASIL. **Lei 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: 15/04/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial no 1190180/DF**. Recorrentes: ÁLVARO KOELER DE ARAÚJO e JANETE KOELER ARAÚJO. Recorridos: LUCIANA BRANCO VIEIRA e JOSÉ ATANASIO LEMOS NETO. Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Distrito Federal, 14 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=RESP+1190180&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 20/04/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial no 2007/0233757-4/RJ**. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Rio de Janeiro, 27 de março de 2012. Disponível em:

< <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2007%2F0233757-4+OU+200702337574&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> > Acesso em: 20/04/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial no 2017/0289437-6/SP**. Relator: Ministro Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. São Paulo, 13 de março de 2018. Disponível em:

< <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2017%2F0289437-6+OU+201702894376&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> >. Acesso em: 20/04/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial no 2017/0307217-8/SP**. Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. São Paulo, 24 de abril de 2018. Disponível em:

< <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2017%2F0307217-8+OU+201703072178&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> >. Acesso em: 20/04/2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil / Sergio Cavalieri Filho. – 12. ed. – Sa?o Paulo : Atlas, 2015.

BIANCHINI, Thaiza. Responsabilidade Civil do Advogado. REVISTA JUSBRASIL. Disponível em: <https://thaizaferreira.jusbrasil.com.br/artigos/468378258/responsabilidade-civil-do-advogado>. Acesso em 02/04/2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, v. 3 : responsabilidade civil / Pa-bloStolzeGagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 16. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

GONC?ALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonc?alves. – 17. ed. – Sa?o Paulo : Saraiva, 2016.

LINS, Thiago Drummond de Paula. Responsabilidade civil de profissionais liberais / André Brandão Nery Costa... [et.al]; coordenação Maria Celina Bodin de Moraes, Gisela Sampaio da Cruz Guedes. Rio de Janeiro : Forense, 2016.

MAMEDE, Gladston A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil / Gladston Mamede. – 6. ed. – Sa?o Paulo: Atlas, 2014.

TARTUCE, Flávio Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil – v. 2 / Flávio Tartuce. – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TUCCI. José Rogério Cruz e. O advogado e o dever profissional de informação. Revista consultor jurídico. 23 de Janeiro de 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-23/paradoxo-corte-advogado-dever-profissional-informacao>>. Acesso em 19/03/2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo Direito civil: obrigações e responsabilidade civil / Sílvio de Salvo Venosa. – 18. ed. – – São Paulo: Atlas, 2018.

NOTA:

[1]Karine Alves Gonçalves Mota. Doutora em Ciências pela USP. Professora da Faculdade Serra do Carmo. E-mail prof.karinemota@fasec.edu.br

DIFICULDADE EM SE PROVAR ALIENAÇÃO PARENTAL

MELISSA DIAS SANTANA DA SILVA:

Bacharelada do curso de Direito Universidade
Brasil, campus Fernandópolis - SP.

THALITA TOFFOLI PAEZ

(Orientadora)

RESUMO: As relações familiares foram mudando com o passar do tempo. O ingresso da mulher no mercado de trabalho colaborou para que alterassem os valores preservados pelas famílias, aumentando assim o número de divórcios e consequentemente aumentasse também os casos de alienação parental. Devido à grande proporção desse abuso, criou-se a lei 12.318/10 que trata dessa Alienação e visa proteger os direitos fundamentais da criança e do adolescente, assim como o convívio saudável com seus genitores. O problema é que identificar que a criança está sendo envolvida nos conflitos conjugais nem sempre se torna uma tarefa fácil, pois isso ocorre quando os casais estão passando por um processo de separação em que o emocional já está muito sensível. Deve-se então observar os comportamentos do menor para que seja identificado a prática de alienação parental. Essa observação pode ser feita pelos pais, avós, professores, ou qualquer pessoa que participe de sua rotina. Mas apenas os profissionais aptos para esse problema devem analisar e concluir que realmente está caracterizado o abuso de alienação.

Palavras-chave: Alienação parental, família, divórcios, criança, adolescente.

ABSTRACT: Family relationships have changed over time. The entry of women into the labor market helped to change the values preserved by families, thus increasing the number of divorces and consequently also increasing cases of parental alienation. Due to the great proportion of this abuse, Law 12.318 / 10 dealing with this Alienation was created and aims to protect the fundamental rights of children and adolescents, as well as healthy living with their parents. The problem is that identifying that the child is being involved in marital conflicts does not always become an easy task as this occurs when couples are going through a process of separation in which the emotional one is already very sensitive. The behavior of the child must be observed in order to identify the practice of parental

alienation. This observation can be made by parents, grandparents, teachers, or anyone who participates in their routine. But only the professionals capable of this problem must analyze and conclude that the abuse of alienation is really characterized.-

Keywords: Parental alienation, family, divorces, child, teenager.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. NOÇÕES GERAIS SOBRE FAMÍLIA. 3. TIPOS IMPORTANTES DE GUARDAS EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 3.1. GUARDA UNILATERAL. 3.2. GUARDA COMPARTILHADA. 3.3. GUARDA ALTERNADA. 4. CONCEITO DE ALIENAÇÃO PARENTAL. 4.1. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL (SAP). 4.2. DIFICULDADE DA PROVA NA ALIENAÇÃO PARENTAL. 5. O QUE FAZER PARA EVITAR? 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1.INTRODUÇÃO

O presente artigo traz como objeto de estudo a alienação parental, um assunto muito importante na vida de filhos que são frutos de pais separados, isto é, diz respeito a vida dessas crianças e adolescente que não podem ter sua vida prejudicada pela separação de seus genitores.

Quando o relacionamento conjugal dos pais se rompe, começa surgir uma sequência de atritos. Conseqüentemente, os filhos saem prejudicados, tendo sua autoestima abalada, prejudicando na educação, deteriorando sua integridade moral e as vezes até sua integridade física.

Em meio a tantos problemas, os pais não podem deixar os filhos de lado, ou seja, os desentendimentos não podem ser maiores que o bem estar da criança. Por isso, é preciso tomar atitudes benéficas para que esses filhos vivam em equilíbrio.

O ser humano vive em constante transformação, principalmente as crianças e os adolescentes que estão em desenvolvimento, vivendo novas experiências e descobrindo valores. Sendo assim, torna-se indispensável a ajuda familiar para a formação dessa identidade.

Com as transformações e misturas culturais entre o homem e mulher ganharam proporção ao longo dos anos, o ordenamento jurídico também teve que se adequar. Surgiram novos conceitos familiares, aumentou os divórcios e a alienação parental ganhou força em decorrência desse rompimento conjugal.

Porém, os casais têm muita dificuldade em perceber que, ao praticar alienação parental, estão fazendo mal à saúde mental e física de seus filhos. Essa dificuldade ocorre porque o momento em que se pratica alienação é muito delicado, os conflitos são constantes e a vontade de negar a imagem um do outro se torna frequente. Desse modo a criança é envolvida nesse caos familiar e os responsáveis não conseguem perceber.

Foi pensando exatamente na proteção da criança e do adolescente, com o intuito de diminuir os possíveis sofrimentos destes, que surgiu a Lei 12.318/10 para abordar sobre a alienação parental. A Lei também disserta sobre as medidas que deverão ser tomadas quando for praticado tal abuso.

Os profissionais mais adequados poderão ser acionados para caracterizar que está ocorrendo alienação parental. Mas os prejudicados também podem ajudar a coletar provas para serem anexadas no processo. O depoimento da própria criança se torna muito importante, mas só isso não é suficiente. Pode juntar testemunhas e até mesmo as mensagens trocadas entre o menor e o genitor alienado.

Portanto, esta é a ótica do presente trabalho, apresentar a alienação parental, apontando as dificuldades de ser provada sua existência e mostrando os prejuízos causados, não esquecendo que o interesse é sempre o melhor para o filho, mesmo com a separação de seus ascendentes.

2. NOÇÕES GERAIS SOBRE FAMÍLIA

Para que se entenda melhor o que é considerado família tem que ser analisado esta desde o princípio para acompanhar sua evolução e entender que, mesmo mudando em cada época, busca preservar seus valores.

A palavra família vem do latim “famulus” cujo significado é “escravo-doméstico”, criado na antiga Roma para caracterizar a comunidade que era vencida pela escravidão agrícola.

Antigamente, o homem era quem tinha em mãos o poder familiar, este saía para trabalhar e tinha as maiores responsabilidades dentro do lar. Enquanto isso, a mulher não passava de uma simples dona de casa, ou seja, sua função não passava de cuidar dos filhos, fazer a comida e ser encarregada da higiene do local.

Com as transformações que o mundo sofre, tais como mudança religiosa, econômica e social, hoje em dia não é mais dessa forma que acontece dentro das famílias, pois os valores também se alteraram.

A mulher passou a ingressar no mercado de trabalho, causando uma mudança drástica nesse cenário familiar. As funções do homem e da mulher se misturaram, fazendo com que ambos tenham os mesmos direitos e deveres, sem nenhuma discriminação, pois os dois buscam, em conjunto, uma melhor qualidade de vida para seu lar.

Sendo assim, para a sociedade a família e seus sentidos tiveram uma grande alteração, forçando o ordenamento jurídico se modificar para acompanhar tais comportamentos e tentar não deixar lacunas para resolver futuros conflitos.

Para Maria Helena Diniz:

“Família no sentido amplíssimo seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção lato sensu do vocábulo refere-se aquela formada além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro). Por fim, o sentido restrito restringe a família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a da filiação.” (DINIZ, p. 08)

Seguindo esse entendimento, o Direito caracteriza família como a organização da sociedade que se une através de laços que podem ser por sangue, afeto ou até mesmo jurídicos.

Mas com tantas inovações vividas atualmente, esses laços familiares estão sendo cada vez mais desfeitos. Essa mudança é nítida, por exemplo, entre casais, pois o número de divórcios aumentaram abruptamente desde a antiguidade até os dias de hoje, fazendo com que essa afetividade acabasse e surgisse inúmeros conflitos nas relações.

Os filhos de casais que se separam são os que mais sofrem em meio a esses conflitos, estes são envolvidos em uma situação desagradável que não escolheram passar, mas que naturalmente acabam sofrendo as consequências de uma relação conturbada de seus pais.

Tendo em vista tantos desentendimentos entre os pais em relação as separações, os filhos passam a ser manipulados por um dos genitores e são colocados contra seu outro genitor.

Essa prática que o pai ou mãe faz em colocar o filho um contra o outro, é conhecida como Alienação Parental e vamos tratar desta mais abaixo. Antes de fazer um estudo aprofundado a respeito dessa alienação, a seguir terá os tipos de guardas do ordenamentos jurídico brasileiro, visto que o crescimento de separações acarreta também na melhor escolha de guarda a ser destinada para o filho de acordo com cada caso.

3.TIPOS IMPORTANTES DE GUARDAS EXISTENTES NO ORDENAMENTO

JURÍDICO BRASILEIRO

Existem modalidades de guardas no ordenamento jurídico brasileiro que sempre visam o melhor interesse na vida da criança e do adolescente. Tais espécies são:

3.1.GUARDA UNILATERAL

Essa categoria de guarda encontra-se prevista no artigo 1.583, § 1º, do Código Civil de 2002, dizendo que *“Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”*

Conhecida, também, como guarda exclusiva, pois nessa categoria a guarda é atribuída apenas por um dos pais, enquanto o outro fica subordinado ao direito de visita e ao pagamento de pensão alimentícia.

Na maioria dos casos a mãe é o genitor que tem a guarda jurídica do menor enquanto o pai paga pensão e tem direito de visitar o filho. Entretanto, isso não é uma regra, e a guarda paterna vem ganhando espaço devido as mudanças sociais que o mundo enfrenta.

A professora brasileira Maria Helena Diniz, apresenta o seguinte entendimento a respeito dessa modalidade:

“A guarda unilateral é conferida a um dos genitores, ou seja, àquele que, objetivamente, apresentar mais aptidão para propiciar aos filhos uma boa educação, para assegurar a eles saúde física ou psicológica. Tal guarda obrigará o genitor-visitante a supervisionar os interesses da prole.”

O prejuízo desse tipo de guarda é não proporcionar a ambos os pais a igualdade de responsabilidade na criação de seus filhos, pois apenas um deles tem a guarda, enquanto o outro segue da maneira como ficou acordado.

A guarda unilateral reduz a liberdade entre o filho e o genitor que não possui sua guarda, não tendo tanta afetividade parental com este. Com isso, pode gerar graves danos psicológicos na criança e no adolescente.

Mesmo com esses aspectos negativos, é um dos modelos mais comuns a ser adotado.

3.2.GUARDA COMPARTILHADA

Esse moderno padrão de guarda é atraído pela vontade dos pais de participarem, em igualdade, da criação dos filhos, uma vez que dessa forma não é apenas um deles que será responsável pela criança, mas sim os dois, em comunhão, não deixando ser afetado a relação parental.

Essa categoria encontra-se expressa no Código Civil de 2002, em seu artigo 1.583, § 1º, apresentando que:

“Compreende-se (...) por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos em comuns.”

Sendo assim, a guarda em conjunto significa distribuir, igualmente, os direitos e deveres dos genitores em relação ao seus filhos. Fazendo com que um não acumule funções e o outro fique sem fazer nada, mas sim com que os dois cooperem nas medidas de interesse na vida do menor. É cravar uma boa convivência parental depois da separação.

Contudo, isso não significa que os pais vão estar com os filhos no mesmo tempo, mas sim terem o mesmo peso nas decisões que tiverem que ser tomadas na vida da criança e do adolescente, ou seja, os pais vão educar seus filhos em igualdade de responsabilidades.

Nem o pai e nem a mãe estão subordinados a obedecerem ordens de visitas ou esperarem uma data específica para se verem, pois estes podem se encontrar em qualquer momento que quiserem e que seja possível realizar tal encontro.

Além disso, o genitor que estiver com a guarda do filho em determinada ocasião terá livre acesso para decidir acontecimentos por conta própria, mesmo que um não consulte o outro, mas isso só acontecerá em ocasiões quando será preciso tomar decisões de repercussão na vida do filho.

3.3.GUARDA ALTERNADA

A guarda alternada, diferente da compartilhada e da unilateral, não está exatamente expressa no ordenamento jurídico brasileiro, mas é utilizada em alguns casos da vida prática.

Trata-se de uma modalidade em que é alternada a guarda dos filhos pelos pais. O filho fica um tempo com um, e depois com o outro. O genitor que estiver com o filho nesse tempo exerce com exclusividade os direitos e deveres relacionados a vida do menor.

É possível compreender melhor com o entendimento de Fabio Ulhoa Coelho, pois este explica que:

“Além da guarda unilateral e da compartilhada previstas em lei, deve-se fazer menção também à *guarda alternada*, que corresponde à atribuição periódica da guarda a cada pai. Neste semestre ou ano, por exemplo, o filho fica com a mãe, e o pai tem o direito de visita; no próximo, inverte-se, e ele fica com o pai, e a mãe o vista nos horários e dias previamente definidos. Esta espécie de guarda nem sempre se tem revelado uma alternativa adequada para o menor, cuja vida fica cercada de instabilidade. Não convém seja adotada, a não ser em casos excepcionais, em que, por exemplo, os pais residem em cidades distantes ou mesmo em diferentes países.” (COELHO, p. 241).

Nessa categoria há inúmeras críticas e é a guarda menos usada hoje em dia, pois esse é o tipo em que o menor sofre mais devido ao fato deste não possuir uma estabilidade em sua vida, a falta de uma residência fixa pode deixar a criança e o adolescente sem ter um rumo a seguir.

Essa ausência de moradia constante pode prejudicar ainda mais a formação desses menores, pois estes não sabem se devem seguir o pai ou a mãe, visto que eles não conseguem manter uma habitualidade, atrapalhando a busca de sua identidade em razão da mudança no padrão de vida.

Contudo, o ordenamento jurídico busca em cada caso concreto a melhor solução para a vida do menor, sendo assim, existem casos em que esse tipo de guarda, mesmo sendo o mais restrito, poderá prevalecer em relação a guarda unilateral ou compartilhada. Um exemplo para este entendimento são os casos em que os pais moram em cidades muito longe uma da outra, ou até mesmo não moram no mesmo país, sendo assim, essa modalidade se encaixaria melhor, de acordo com o exemplo da citação à cima de Fabio Ulhoa Coelho.

4. CONCEITO DE ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental nada mais é do que a frustração psicológica da criança e do adolescente motivada por um de seus genitores, até mesmo pelos avós ou qualquer outra pessoa que tenha sua responsabilidade, para que fique contra seu outro genitor, passando a repudia-lo e evitá-lo.

Por ser um dos assuntos de suma importância dentro do direito de família e por ter ganhado tamanha proporção, criou-se em 2010 a Lei 12.318/10 que dispõe exatamente sobre alienação parental, visando prevenir danos mentais à criança e ao adolescente com o intuito, também, de preservar o bom convívio destes com seus genitores. Tal lei traz expressa em seu artigo 2º o que seria um possível conceito a respeito desse assunto, dizendo que:

“Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.”

Essa prática ocorre quando acaba o relacionamento e uma das partes não está de acordo com esse fim, não conseguindo se livrar da afetividade que tinha com o ex parceiro.

À vista disso, os sentimentos que antes eram positivos, em decorrência das brigas e desentendimento, passam a ser de tristeza, ódio, impaciência e vingança de um pelo outro. Esses sentimentos passam a ser transferidos aos filhos como uma maneira de prejudicar a relação destes com um de seus genitores.

Ainda em seu artigo 2º, explicitamente no Parágrafo Único, a Lei 12.318/10 traz um rol taxativo para tentar exemplificar condutas que são caracterizadas Alienação Parental. Esse rol apresenta que:

“Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

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

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

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

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

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

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

Esse rol taxativo exemplifica atos realizados de forma direta pelos genitores ou indireta por ações de terceiros. Vale lembrar que existem outras formas de se praticar Alienação Parental, mas é preciso que essas condutas sejam constadas nos autos após perícias provarem.

4.1.SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL (SAP)

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) foi o termo dado pelo psiquiatra Americano chamado Richard Gardner no ano de 1985. A síndrome diz respeito a vários sintomas sofridos pela criança em meio a esse caos familiar. Desse modo,

diferencia-se um pouco do conceito por si só, abordando não só a teoria, mas junto com esta, os danos sofridos na prática.

Richard Gardner dizia que:

“A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.”

Com o rompimento do relacionamento dos pais, surgem inúmeros e constantes atritos. Em consequência disso, os filhos também são prejudicados. O que pode abalar seu comportamento, trazendo danos mentais e em alguns casos físicos também.

Os principais sintomas que o menor apresenta é ser muito ansioso, ter baixo auto estima, depressão, indisposição para brincar ou ir a escola, sente muito medo e tem muita angústia.

Com essas separações, a sociedade naturalmente rotulou como sendo preferência da mãe ter a guarda do menor, argumentando que esta teria noção por ter um instinto materno. Além disso, essa forma de pensar vem carregada desde os tempos em que a mulher era responsável pela criança e pelo zelo do lar, enquanto o homem saía para trabalhar.

Mas isso nem sempre é uma regra, pois com a alteração de valores, hoje em dia cada caso deve ser analisado e escolhido quem tem mais aptidão para tal responsabilidade.

A guarda compartilhada é uma das modalidades que mais se encaixa para os pais após a ruptura conjugal, pois ambos tem igualdade na responsabilidade de direitos e deveres do menor.

Portanto, arrisca-se concluir que a origem da síndrome de alienação parental é reconhecida há muitos anos, porém, passa a ser mais entendida quando as mudanças sociais entre homem e mulher começam a evoluir e as responsabilidades se misturam.

4.2.DIFICULDADE DA PROVA NA ALIENAÇÃO PARENTAL

Quando a relação conjugal se rompe e gera inúmeros conflitos entre o ex casal, não é sempre uma tarefa fácil de perceber que estes estão praticando alienação parental. A alienação costuma surgir junto com os desentendimentos que o casal está passando por conta da separação, enfrentando um momento delicado em que o emocional fica sensível.

Dessa forma, conseguir identificar que as crianças estão sendo partes desse processo é muito difícil. Porém, mesmo existindo alguns sinais que não são exclusivos da alienação, pode-se perceber alguns rastros deixados pelos responsáveis para que seja identificado tal abuso em face de seus filhos.

Então, devido a alienação não ocorrer sempre explicitamente, deve-se ressaltar a importância da observação do comportamento da criança e do adolescente. Esse cuidado não precisa ser exatamente de seus pais, avós ou responsáveis, pode ser feito também por professores, mães dos colegas ou qualquer outra pessoa que participe da rotina da suposta vítima e a conheça tão bem ao ponto de identificar uma mudança negativa em seu comportamento.

Em meio a esses conflitos, as crianças podem apresentar mudanças no comportamento que podem ser exemplificadas a seguir por Felipe Z. Gaspar:

Apresenta falas negativas sobre um dos responsáveis, geralmente apresentando adjetivos ou ações que não fazem parte do mundo infantil ou de seu repertório;

Apresenta confusão entre acontecimentos, geralmente causada pela distorção das ações (o genitor constrói uma falsa imagem do outro);

Sente receio ou tem resistência ao convívio com um dos genitores.

Além disso, quadros severos de alienação podem incluir impactos psicológicos imediatos, fazendo a criança apresentar:

- Ansiedade;
- Depressão;
- Angústia;
- Medo;
- Inibição social.

Vale lembrar que ambientes de brigas constantes, discussão e processos de divórcios podem promover ambientes tóxicos, causando esses mesmos sentimentos e sinais na criança. Por isso, cabe à equipe de assistência social e jurídica responsável avaliar adequadamente a situação.

Com base nesses exemplos que o menor pode apresentar em seu comportamento, é possível que seja feita a denúncia. Mas para que isso se concretize, é preciso juntar provas para serem anexadas no processo durante as investigações.

O que o menor tem a dizer a respeito do que vem vivenciando torna-se um ponto de suma importância, mas apenas isso não basta. Deve-se explorar os depoimentos de testemunhas, apresentar relatórios escolares, comunicar a assistência social para que seja analisado com frequência esses comportamentos, até mesmo coletar as mensagens registradas entre os envolvidos.

Portanto, apenas os profissionais fortemente aptos devem tentar identificar a alienação parental através de tais comportamentos apresentados por crianças e adolescentes.

5.O QUE FAZER PARA EVITAR?

Nos casos em que o genitor alienado (aquele que sofre a alienação parental) já tentou diversas alternativas amigáveis após o divórcio e não obteve sucesso, é preciso que este recorra ao poder judiciário para que seja assegurado seus direitos e encerrado os problemas que estão o lesionando.

É para isso que a lei 12.318/10 foi criada, para que seja preservado os direitos fundamentais na vida da criança e do adolescente, assim como a relação deste com seus pais após o divórcio.

Essa lei traz a liberdade para que o juiz, se caracterizado atos típicos da alienação parental, possa advertir o alienador (quem pratica a alienação parental), fixar multas a este, até mesmo trocar a guarda para guarda compartilhada, entre outras medidas a serem tomadas.

Esses abusos mentais praticados contra o menor pode interferir na sua saúde, em seu desenvolvimento, na educação, e por deixar este sem um rumo a ser tomado também o prejudica na busca de sua identidade social.

A respeito disso, o ideal é que seja feito um tratamento tanto para o menor, quanto para os responsáveis, utilizando de acompanhamentos com psicólogos para que seja apontados os problemas e corrigido os erros.

É necessário que haja um diálogo entre os pais e filhos para que seja esclarecido os motivos da separação, sem que atinja a imagem um do outro. Pois dessa forma o menor vai aprender com a realidade e não vai imaginar coisas que muitas vezes nem existem.

Existem casos em que os filhos acham que são eles os culpados pela interrupção da relação conjugal dos pais, aumentando mais ainda os problemas psicológicos destes.

Os problemas de depressão, ansiedade, angústia, tristeza e medo (que são os sintomas mais frequentes) podem ocorrer justamente em decorrência da alienação parental sofrida. Mas não adianta procurar ajuda para esses problemas se os próprios pais não conseguirem cessar seus próprios desentendimentos.

Os responsáveis devem se respeitar e aprender a lidar com essas frustrações, não ultrapassar os papéis que cada um tem na relação familiar, uma vez que a relação dos pais pode até não ter uma continuidade, mas a dos filhos com toda certeza precisa ser mantidas.

Em relação ao melhor tipo de guarda, geralmente os juízes adotam a Guarda Compartilhada, pois nessa modalidade ambos os genitores exercem em igualdade as responsabilidades dos filhos.

Mas isso não é uma regra, para que seja apontado a melhor guarda a ser adotada para o menor, é preciso que se estude cada caso concreto, pois o que é melhor para uma família, pode não se encaixar em outra.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com os fatos apresentados nesse artigo científico, pode-se concluir que a alienação parental é um dos assuntos mais importantes dentro do direito de família.

As mudanças culturais entre homem e mulher acarretaram amplos conceitos familiares, aumentou o número de divórcio e também os abusos de alienação parental.

Com a explicação do conceito dessa alienação, abordou-se também sua síndrome e consequências na vida do menor, mostrando os impactos na saúde não só mental, mas física também.

O surgimento da lei 12.318/10 veio para esclarecer qualquer dúvida a respeito da alienação, exemplificar em um rol taxativo ações que a caracterizam e as sanções que podem ser aplicadas aos responsáveis.

Para que seja evitado tal abuso é preciso de acompanhamento com psicólogos e profissionais aptos para tentar minimizar tal problema, mas também é preciso que os pais se respeitem e solucionem seus próprios conflitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Código Civil, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>.

Acesso em: 04 de abril de 2019.

COELHO, Fabio Ulhoa; **Curso de Direito Civil Família Sucess.** (ULHOA, 2012, p.241).

DINIZ, Maria Helena; **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**, vol. 05. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena; **Guarda unilateral ou compartilhada: uma primeira impressão da lei 13.058/14.** Disponível em: <<http://www.folhadajabuticaba.com.br/maria-helena-diniz/maria-helena-diniz---guarda.html>> Acesso em: 04 de abril de 2019.

BRASIL, **Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>

Acesso em: 04 de abril de 2019.

Richard A. Gardner. M.D.
Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade de Columbia, New York, New York, EUA. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?**

Minuto Saudável. **Alienação parental: o que é, lei, é crime? Saiba o que fazer.** Disponível em: <<https://minutosaudavel.com.br/alienacao-parental/#identificar/>>. Publicado aos 22/04/2019, Acessado em: 04 de abril de 2019.

A DIGNIDADE DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

ANA CLARA BRITO DE SOUSA MARANHÃO:

Acadêmica de Direito do 9º período da Faculdade Católica do Tocantins (FACTO).

ANTONIO CÉSAR MELLO^[1]

(Orientador)

Resumo: O artigo aborda os conflitos que ocorrem nas relações homem e animal desde que fora criada a classe dos domésticos. A pesquisa busca explicar como ocorreu todo o processo de regulamentação da legislação que aborda o direito dos animais domésticos no Brasil, no decorrer da história, além de externar o quão importante foram as conquistas em relação a esse tema, e despertar a necessidade de progredir juridicamente em projetos que visem tutelar sobre um direito a uma vida digna para todos os seres vivos.

Palavras chaves: Animais. Direitos. Dignidade.

Abstract: The article discusses the conflicts that have occurred in human and animal relations since the domestic class was created. The research seeks to explain how the whole process of regulating legislation that addresses domestic animal rights in Brazil during the course of history has occurred, as well as expressing the importance of the achievements in relation to this theme, and to awaken the need to progress legally in projects aimed at protecting a right to a dignified life for all living beings.

Key words: Animals. Rights. Dignity.

Sumário: 1. Introdução. 2. Dignidade animal. 3 Distinção dos animais. 4. A dignidade animal e sua evolução no direito brasileiro. 5. Direito comparado. 6. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos de proteção voltados aos animais ainda são uma novidade na legislação brasileira, embora seja um tema de grande relevância, considerando que a relação homem e animal sempre existiu, e estes habitam a Terra antes mesmo da presença humana, de acordo com todos os estudos da história.

A dependência dos homens para com os animais ocorre desde a sua existência, acompanhando sua evolução, de diversas formas, desde a caça para sua subsistência, dentre outros motivos diversos, inclusive sua companhia, no caso dos animais domésticos. Porém, nem sempre esta relação foi acompanhada pelo ordenamento jurídico, ocorrendo por muitas vezes de forma exploratória e cruel.

A proteção jurídica voltada para a crueldade praticada contra aos animais está positivada na Constituição Federal, mas ainda assim, carece de discussões sobre alguns tópicos que tem gerado conflito atualmente. Mesmo que algumas leis versem sobre seus direitos, ainda são consideradas escassas e tímidas, conferindo a eles um tratamento que, por vezes, fere a sua dignidade. Com a visualização do sofrimento vivenciado pelos seres vivos não-humanos, a população nacional tem se posicionado em defesa desses.

As ações cruéis cometidas contra os seres vivos são polêmicas que perduram há bastante tempo, não obstante, o tema nunca foi considerado de grande relevância. Com o passar dos anos, a sociedade passou a cobrar uma resposta concreta sobre esses conflitos, uma vez que estes são crescentes e tem se transformado em urgentes. Desde então, percebe-se a importância de levar adiante debates acerca do assunto proposto, embora pouco abordado pelas doutrinas.

Uma vida digna não é um direito exclusivo dos seres humanos, mas de todos os seres vivos, como versa a mestra Rodrigues:

Tanto a vida do homem quanto a do animal possuem valor. A vida é valiosa independentemente das aptidões e pertinências do ser vivo. Não se trata de somente evitar a morte dos animais, mas dar oportunidade para nascerem e permanecerem protegidos. A gratidão e o sentimento de

solidariedade para com os animais devem ser valores relevantes na vida do ser humano. (RODRIGUES, 2006, p. 55)

Muito se fala que o Direito dos Animais é uma ramificação do Direito Ambiental, já que a Fauna está inserida no meio ambiente. Porém, seus valores não somente devem ser observados como preceitos ecológicos e aspectos ambientais quando afeta o ecossistema, mas sim como um ser vivo dotado de sentimentos, valores e necessidades.

É difícil conceber que o constituinte, ao proteger a vida de espécies naturais em face da sua ameaça de extinção, estivesse a promover unicamente a proteção de algum valor instrumental de espécies naturais, mas, ao contrário, deixa transparecer uma tutela da vida em geral nitidamente desvinculada do ser humano. (FENSTERSEIFER, 2008, p. 49)

O novo direito que surge se desenvolve não só como um acessório do direito Ambiental, defende a ética da vida animal, protegendo-os nas diversas formas de explorações que sofrem, como alimento, objeto da ciência, companhia ou até mesmo para o entretenimento como detentores de valores e direitos individuais e fundamentais.

A Natureza precede ao próprio ser humano. Por isso as demais formas de vida apresentam um significado próprio em si mesmas, enquanto expressão criadora de Deus ou da natureza, conforme o posicionamento religioso de cada um. Com efeito, nem tudo o que existe foi criado para a utilidade imediata do homem; há outros fins, outras razões criadoras que escapam à nossa sensibilidade e aos nossos cálculos. Muitas outras realidades e aspectos superam as nossas "vãs filosofias". (MILARÉ, 1996, p. 46)

Esses animais são uma extensão da vida, possuidores de sentimentos, emoções e personalidades, não se trata de um mero objeto para satisfação da necessidade humana, merecem e necessitam de cuidados e direitos, assim sendo, carecem de uma tutela jurídica que os defenda diante das ações, por muitas vezes inconsequentes, do ser humano.

2. DIGNIDADE ANIMAL

O significado de dignidade, de acordo com SILVA (2005, p. 458), origina-se do latim "*dignitas*", remetendo-se a honra, consideração e respeito. Para os seres humanos é um direito às condições mínimas de vida, acompanhando as mudanças que ocorrem por gerações, adaptando esse conceito às necessidades de cada época. Contudo, os homens se limitam a ser apenas parte do universo, e não o seu todo. E independente da sua vontade, ainda mesmo antes de sua chegada já existiam outros seres vivos, que sempre viveram em harmonia de acordo com cada espécie.

Os animais, na qualidade de seres dotados de sentimentos e necessidades, possuem uma relação de dependência com o homem, isto posto, os seres humanos tornam-se detentores das ações que proporcionam ou não uma vida digna a eles. Assim, a realização dessa dignidade é um resultado do que o ser humano os proporciona. Ao reconhecer esse direito que também é próprio dos animais, admite-se seu valor moral como ser habitante do mesmo espaço terrestre que o restante dos seres vivos, sendo eles racionais ou não. Estes não podem ser tratados como inferiores, já que são detentores de suas vontades e sentimentos, possuem sua condição natural e suas necessidades físicas, assim como os humanos.

O princípio da dignidade deve ser entendido como um valor inerente a todos os seres vivos, não apenas ao homem. O Decreto de 1934 foi um marco na Dignidade Animal, reforçado pela Constituição Federal de 1988. Ao proibirem que o animal seja tratado de forma cruel, reconhecem ao animal não humano o direito de ter respeitado o seu valor intrínseco, sua integridade, vida e liberdade. Os animais, no Brasil, estão em fase de contradição jurídica. São considerados como "bens móveis", pelo Código Civil, e como "recursos naturais", ou "bem de uso comum do povo", pela Lei de Crimes Ambientais, não figurando, portanto, como sujeitos de direito, muito embora, alguns defendam que os animais possuem o status jurídico de sujeitos de direito sim, a partir do instante que a sua representação é

feita em Juízo pelos membros do parquet. (CORREIA, 2013, p. 134)

Com o estudo da evolução histórica dos direitos conferidos aos animais, percebe-se a necessidade de reconhecer sua dignidade através da concepção de institutos jurídicos que efetivem essa proteção. Apesar do avanço significativo, ainda há discussões acerca da consideração ou não dos animais como sujeitos de Direito.

A conjunção entre o artigo 225 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e o artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais (9605/1998) reforçam a gravidade dos atos cruéis em oposição aos animais e versam sobre as suas respectivas sanções. Sendo assim, pode-se concluir que essas tipificações têm como objetivo principal resguardar a dignidade do animal, pois qualquer ato cruel praticado em desfavor deles, fere esse direito. Tais atos negativos praticados pela sociedade, advém da necessidade do homem de se qualificar como ser superior. Sobre isso, Levai (2011, p. 128) versa:

O reconhecimento dos direitos dos animais, a bem da verdade, não se limita às leis que regulam as relações entre os homens, porque Direito – na forma como pretendem os antropocentristas – não é sinônimo de Justiça. A dimensão ética projeta-se muito além das normas jurídicas para alcançar, indistintamente, todos os seres vivos. Somente o fato de os animais serem criaturas sencientes já lhes deveria assegurar nossa consideração moral, impedindo a infligção de maus tratos ou a matança advinda de interesses humanos. Como eles não têm meios de se defender por si, a exemplo das crianças ou dos interditos, surge o Ministério Público na condição de seu legítimo substituto processual. Se a Moral está acima do Direito e se muitas vezes o comportamento dos animais revela neles a existência de uma singular vida interior, faz-se necessário expandir a noção do justo para além das fronteiras de nossa espécie.

Os animais são repletos de órgãos sensoriais, quando estão expostos a situações de dor ou sofrimento, conseguem se expressar, embora não falem, através de suas ações, por suas indicações externas. Comprovando, assim, que são capazes de sentir como os

humanos, eles são seres sencientes. Posto isso, é relevante diferenciar a capacidade de sentir do fato de se estar apenas vivo, e nesse sentido, Francione (2013, p. 55) destaca:

É importante reconhecer que a observação de que os animais são sencientes é diferente de dizer que eles são meramente vivos. Ser senciente significa ser do tipo de ser que é consciente da dor e do prazer; existe um 'eu' que tem experiências subjetivas. Nem tudo que está vivo é necessariamente senciente; por exemplo, que nós saibamos, as plantas, que são vivas, não sentem dor. As plantas não se comportam de uma maneira que indique que elas sentem dor, e elas não têm estruturas neurológicas e fisiológicas que associamos com a consciência nos humanos e não humanos.

Há diversas semelhanças entre as duas espécies, quando se observa que ambas procuram viver de forma confortável. Porém, o ser humano em sua totalidade, não tem como prerrogativa ética a sensibilidade animal, por vezes ignorando sua dignidade e pautando suas ações apenas de acordo com o seu interesse e com o que deseja extrair da relação. Para Singer (2018, p. 68), esse posicionamento é chamado de "especismo", a capacidade do homem de ignorar os outros animais como detentores de sentimentos e afirma que essa negação tem o mesmo resultado que desconsiderar as pessoas de outro sexo ou os negros. O Ministro Humberto Martins (BRASIL, 2009) em seu voto em um recurso que foi considerado como improvido, sobre a utilização de gás asfixiante no Centro de Controle de Zoonoses, afirmou:

Não assiste razão ao recorrente, e o equívoco encontra-se em dois pontos essenciais: o primeiro está em considerar os animais como coisas, res, de modo a sofrerem o influxo da norma contida no art. 1.263 do CPC. O segundo, que é uma consequência lógica do primeiro, consiste em entender que a administração pública possui discricionariedade ilimitada para dar fim aos animais da forma como lhe convier. Não há como se entender que seres, como cães e gatos, que possuem um sistema nervoso desenvolvido e que por isso sentem dor, que demonstram ter afeto, ou seja, que possuem vida biológica e psicológica, possam ser considerados como coisas, como objetos materiais

desprovidos de sinais vitais. Essa característica dos animais mais desenvolvidos é a principal causa da crescente conscientização da humanidade contra a prática de atividades que possam ensejar maus tratos e crueldade contra tais seres. A condenação dos atos cruéis não possui origem na necessidade do equilíbrio ambiental, mas sim no reconhecimento de que os animais são dotados de uma estrutura orgânica que lhes permite sofrer e sentir dor. A rejeição a tais atos, aflora, na verdade, dos sentimentos de justiça, de compaixão, de piedade, que orientam o ser humano a repelir toda e qualquer forma de mal radical, evitável e sem justificativa razoável. A consciência de que os animais devem ser protegidos e respeitados, em função de suas características naturais que os dotam de atributos muito semelhantes aos presentes na espécie humana, é completamente oposta à ideia defendida pelo recorrente, de que animais abandonados podem ser considerados coisas, motivo pelo qual, a administração pública poderia dar-lhes destinação que convier, nos termos do art. 1.263 do CPC.

Através do avanço da ciência, ao apontar que os animais são seres sencientes, com capacidade racional, cognitiva, com autoconsciência, e outras características, é perceptível que os debates acerca desse tema tenham crescido consideravelmente, possibilitando uma releitura em torno do tratamento conferido a eles. Por conseguinte, também afloraram as discussões sobre o quesito dos animais como sujeitos de direito ou não.

3. DISTINÇÃO DOS ANIMAIS

O presente artigo tem como objeto principal o estudo dos Direitos de Proteção aos Animais Domésticos, e como conceito de Animais Domésticos, Amado (2014, p. 414) desenvolve:

Animais domésticos são aqueles animais que através de processos tradicionais e sistematizados de manejo e melhoramento zootécnico tornaram-se domésticos,

possuindo características biológicas e comportamentais em estreita dependência do homem, podendo inclusive apresentar aparência diferente da espécie silvestre que os criou.

Nesse sentido, pode ser considerada como uma espécie de animal que para se tornar doméstica precisa sofrer diversas modificações ao longo dos anos, resultados de cruzamentos e alterações genéticas. Esse processo de domesticação pode demorar séculos, e também gerar a extinção daquela mesma espécie em sua forma selvagem.

A Lei 9.605/98 de Crimes Ambientais, no artigo 29, §3º, conceitua animais silvestres como sendo:

Espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras. (BRASIL, Lei nº 9.605, 1998)

Sendo assim, os animais silvestres são aqueles que nascem e vivem em ambientes naturais. Essa diferença de conceituação é de extrema importância para o entendimento do assunto levantado nessa pesquisa, tendo em vista que o ordenamento jurídico confere diferentes leis de proteções para os animais silvestres e os domésticos.

4. A DIGNIDADE ANIMAL E SUA EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A introdução dos animais no Brasil não esteve acompanhada de nenhuma preocupação com a dignidade dos animais e o seu bem-estar, contrariamente, a era colonial tratava de explorar e escravizar negros, índios e animais, nos quais foram partes importantes para o crescimento da colonização no país, isto posto, eram valorosos economicamente.

Teria sido no século XVI, início do Período colonial, que os primeiros animais domésticos desembarcaram no Brasil, quando Ana Pimentel – esposa de Martim Afonso de Souza

– trouxe a São Vicente vários ruminantes na caravela Galga. Tal primazia também é atribuída a Tomé de Souza, ao introduzir em nosso país gado vacum proveniente da ilha de Cabo Verde. Polêmicas à parte, uma coisa é certa: a história da colonização brasileira deve muito a esses animais, utilizados na lavoura, na pecuária, nas expedições bandeirantes sertão adentro e nos transportes em geral. Enquanto o boi arrastava, sob vara, seupesado arado pelos canaviais e movia a rodo dos engenhos, mulas e jumentos carregados de provimentos cruzavam vales e montanhas. No lombo dos burros e dos cavalos, vale lembrar, os desbravadores aos poucos foram alcançando longínquas paragens. Enquanto isso, nas vilas e povoações que se formavam pelo caminho, galinhas, patos, vacas e porcos contribuíam para o sustento da comunidade. (LEVAI, 2004, p. 25)

Esses animais eram de suma importância para o Reino de Portugal, mas não como ser vivo dotado de sentimentos, tampouco no seu aspecto ambiental. A preocupação era somente sobre a sua utilidade como escravo, pois a falta destes prejudicaria o seu uso nos trabalhos de exploração, e acarretariam insuficiência de produção.

De acordo com Levai, (2004, p. 27) a primeira norma registrada que tutelou sobre a proteção dos animais contra os abusos e a crueldade, foi o Código de Posturas de São Paulo, em 1886, que trouxe no seu artigo 220 a proibição aos cocheiros, condutores de carroças e pipas d'água de agredir os animais com castigos imoderados e violentos.

O Decreto Federal 16.590, sancionado ainda na Velha República, em 1924, foi o primogênito no auxílio à Fauna, ele positivou que nas casas públicas de diversões seria proibido qualquer ação que ferisse a dignidade dos animais.

Com início da Era Vargas pode-se observar a criação de um diploma normativo também de defesa à Fauna, o Decreto Federal de número 24.645, promulgado em 10 de julho de 1934. Outrossim, a crueldade contra os animais foi tutelada em matéria penal por intermédio do Decreto Lei 3.668 na data de 3 de outubro de

1941, conhecido como Lei das Contravenções Penais, tipificando as práticas cruéis no artigo 64. Ainda que derogada, é uma grande fonte para o Direito de proteção aos animais até a época presente. Ele dispõe:

Art. 64. Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo:

Pena – prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa, de cem a quinhentos mil réis

§ 1º Na mesma pena incorre aquele que, embora para fins didáticos ou científicos, realiza em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo.

§ 2º Aplica-se a pena com aumento de metade, se o animal é submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público. (BRASIL, Decreto-Lei nº 3.688, 1941)

O Direito Brasileiro, através do Código Civil de 1916, considerava os animais como coisas fungíveis quando possuem proprietários, e quando sem dono são coisas sujeitas a apropriação, como normatizado no artigo 593:

Art. 593. São coisas sem dono e sujeitas à apropriação:

I - os animais bravios, enquanto entregues à sua natural liberdade;

II - os mansos e domesticados que não forem assinalados, se tiverem perdido o hábito de voltar ao lugar onde costumam recolher-se, salvo a hipótese do art. 596;

III - os enxames de abelhas, anteriormente apropriados, se o dono da colmeia, a que pertenciam, os não reclamar imediatamente;

IV - as pedras, conchas e outras substâncias minerais, vegetais ou animais arrojadas às praias pelo mar, se não apresentarem sinal de domínio anterior. (BRASIL, Lei nº 3.071, 1916)

Por outro lado, no Código Civil (Brasil, 2002) vigente, são tratados como semoventes, nota-se que ele equipara o animal as coisas, quando, no artigo 82, onde conceitua bens móveis como aqueles capazes de se movimentar, e, outrossim, no momento em que trata sobre os limites ao direito de propriedade, autorizando vizinhos, mediante aviso prévio, adentrarem os imóveis alheios para recuperar coisas próprias, como um animal, no artigo 1.313.

Não obstante, com o surgimento da Política Nacional do Meio Ambiente, mediante Lei Federal de número 6.938/1981, tratou-se de determinar que os animais abandonados, por originarem-se na Fauna, são considerados patrimônio público, o que os torna, assim, recurso ambiental.

Em 1988, após 20 anos da precedente, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, trouxe consigo um grande marco na história de proteção aos animais, especialmente contra os atos de crueldade suportados por eles. O artigo 225 da Carta Magna defende que todos os cidadãos possuem o direito de um ambiente ecologicamente equilibrado, e no inciso VII do seu parágrafo primeiro, protege a fauna e a flora, ao vedar qualquer prática que coloque suas funções ecológicas em perigo, acarretem sua extinção ou que sujeitem os animais a crueldade. Contudo, ainda no sétimo parágrafo dispõe que as práticas desportivas que se valem de animais não são consideradas cruéis.

Posteriormente, em 12 de fevereiro de 1998, publicou-se outra Lei Federal de suma importância, intitulada como Lei dos Crimes Ambientais, de número 9.605, que tipificou penalmente os seguintes crimes:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal. (BRASIL, 1998)

Destarte, a partir desta disposição os maus tratos aos animais deixa de ser somente uma contravenção penal e passa a ser configurado como crime no ordenamento brasileiro. Por conseguinte, alguns estados passaram a versar sobre a proteção contra a crueldade animal, destacando-se o Paraná, que, por meio da lei 14.037, foi o primeiro estado a sancionar um Código Estadual de Proteção aos Animais, proibindo diversas práticas cruéis.

Em 2005, o estado de São Paulo também promulgou seu Código de Proteção, que foi baseado no projeto de Lei de Ricardo Trípoli, deputado estadual. A disposição conceituou cada espécie de animal e trouxe os direitos compatíveis às suas condições.

5. DIREITO COMPARADO

No decorrer da história da evolução humana, por não haver determinação legal, os animais eram utilizados para diversos fins, alguns considerados bastante cruéis. Eram vítimas de violência praticadas pelos seres humanos, como para uso em experiências científicas, para trabalhos exagerados ou somente para diversão. De acordo com Xavier (2013, p. 16002):

Os animais tornaram-se, ao longo dos anos, vítimas silenciosas da violência perpetrada pelos seres humanos, que lhes impingem sofrimento desnecessário, através de maus-tratos, abate indiscriminado, exploração do trabalho, utilização dos produtos de origem animal e uso em experimentos de caráter científico em laboratórios. O modo como são tratados os animais contrasta com o nível de inteligência da sociedade pós-moderna, que se proclama uma civilização avançada, a ter por parâmetro seu progresso intelectual, moral, social e tecnológico.

Com o passar do tempo e com a evolução dos estudos e da ciência, pesquisas comprovaram que os animais são dotados de sentimentos, sentem dor e também são detentores de um nível considerável de inteligência, com ampla capacidade

de se comunicar com os seres humanos, interpretar e interagir através de estímulos.

Como dispõe Levai (1998, p. 32), “os animais são seres vivos e não apenas bens materiais, merecendo – portanto – tratamento condigno.” O mesmo também afirma que os maus tratos também ocorrem através de omissão, como quando um dono deixa de alimentar seu animal.

Diante da necessidade de reconhecer que toda criatura tem direito à vida, ficou evidente a necessidade da criação de normas para tutelar juridicamente os direitos dos mesmos, evitando desse modo, um mal maior.

Neste sentido, a França é um dos países que busca sempre contribuir com o crescimento dos direitos de proteção e dignidade dos animais. Ainda no seu Código Penal de 1791, criado durante a Revolução Francesa, nasceu a primeira legislação protetiva da Fauna. Esse dispositivo tipificou o envenenamento de animais pertencentes a terceiros e proibia que atentassem contra cães de guarda alheios. Posteriormente, fora complementado pela Lei Grammont em 1850.

Já na metade do século XX, a França se destacou por criar uma lei específica com toda matéria referente aos animais de companhia, a lei nº 71-1017, de 1971 que em 1975 foi alterada pela lei nº 75-282. Ela normatizou sobre o comércio de animais de pequeno porte, como a compra e venda e também estabelecer as obrigações dos donos desses animais.

E em novembro de 1987, foi assinada a Convenção Europeia para Proteção dos Animais de Companhia, através do Conselho da Europa, reunido na França, em Estrasburgo. Ela trouxe um olhar inovador ao reconhecer já em seu preâmbulo “que o homem tem uma obrigação moral de respeitar todas as criaturas vivas” e que há “laços particulares existentes entre o homem e os animais de companhia”. Neste mesmo documento, foram definidas diretrizes importantes para o Direito Ambiental da Fauna Europeia, como o conceito de animal de companhia, políticas públicas de proteção aos animais abandonados e a proposta de programas para educar e informar a população sobre uma posse responsável. Pode-se observar também outros pontos relevantes, como:

Art. 3º. Ninguém deve inutilmente causar dor, sofrimento ou angústia a um animal de companhia.

Art. 4. Qualquer pessoa que possua um animal de companhia o que tenha aceitado ocupar-se dele deve ser responsável pela sua saúde.

Qualquer pessoa que possua um animal de companhia ou que dele se ocupe deve proporcionar-lhe instalações, cuidados e atenção que tenham em conta suas necessidades ecológicas, em conformidade com sua espécie e raça (...)

Fornecer-lhe em quantidade suficiente, a alimentação e a água adequadas (...)

Tomar todas as medidas razoáveis para não o deixar fugir.

(FRANÇA, Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia, 1987)

Atualmente, o país ainda se sobressai ao colocar sempre em discussão os direitos a dignidade dos animais, um passo à frente de outros governos nos quais essas pautas ainda são consideradas irrelevantes. No ano de 2015, após demasiados debates, o parlamento francês votou a favor da modernização do Código Civil, através da Lei 2015-177 de fevereiro. Essa lei trouxe consigo o artigo 515-14, no qual reconhece os animais como seres sencientes, dotados de sentimentos. O novo artigo prevê que: *“Os animais são seres vivos dotados de sensibilidade. Sujeitos as leis que os protegem, os animais são submetidos ao regime de bens”* (FRANÇA, Código Civil, 2015, tradução nossa).

Essa alteração, de acordo com o que foi informado pela Agência de Notícia de Direitos Animais (ANDA), foi requerida pela organização francesa não governamental, Fondation 30 Million Amis, ao apresentar uma petição dois anos antes da decisão que promulgou a referida lei. No Código que antes definia os animais como meros bens de consumo, hoje transfere a eles o valor de sujeitos de Direito, mesmo que não haja uma categoria específica para os mesmos.

Outro país que registrou uma decisão favorável e histórica aos direitos e dignidade dos animais foi a Argentina. Conforme noticiado pela ANDA (2015), em um ato unânime, a Sala II da Câmara Federal de Decisão Penal, decidiu, ao julgar um Habeas Corpus favorável a Orangotango Sandra, devolver sua dignidade, que foi retirada em razão do cárcere em que vivia, sendo privada de sua liberdade por vinte anos em um zoológico na capital Buenos Aires.

A Orangotango foi considerada como “animal não-humano”, termo que integra a esses animais uma característica de sujeito de Direito, em contrapartida ao que dizia o ordenamento jurídico do país que os considerava seres semoventes.

Para a ONG AFADA (Associação de Funcionários e Advogados dos Direitos dos Animais), que propôs o Habeas Corpus, a decisão é de extrema relevância e abre portas para a defesa da dignidade de outros animais que vivem em situações semelhantes, encarcerados e separados do seu habitat natural, privados de seus direitos. Acredita-se que a sentença poderá se tornar jurisprudência, reconhecendo assim a personalidade dos seres não humano e também sua capacidade de sentir.

“Os direitos animais nunca devem ser violados para que algumas pessoas possam se divertir, ou para que outras possam ganhar um bom dinheiro com isso. Os benefícios que nós humanos podemos ter – sejam poucos, muitos, ou cada vez maiores – nunca justificam a transformação de animais em artistas. Do ponto de vista dos DDAs, somente quando todas as jaulas e todos os tanques estiverem vazios – somente quando todos os animais que “apresentam números” estiverem livres – haverá justiça.” (REGAN, 2006, p.172)

Os animais que experimentam a sensação de sobreviver enjaulados, são aqueles que mais sofrem as mazelas de não serem ainda considerados sujeitos de direito. Muitos seres vivos não humanos, mesmo que denominados domésticos, vivem situações degradantes dentro de suas jaulas. Uma casa em que tenha um tutor mas fique amarrado a uma corrente, privado da sua natureza de se locomover, por vezes sem água e comida, expostos ao calor e ao frio, são ações que ferem a sua dignidade, experimentando a dor, a fome, o frio e a sede.

Independentemente do seu sujeito, qualquer avanço jurídico que os aproxime de seus direitos à uma vida digna deve ser comemorado e preservado, uma vez que, são necessários para o alcance do respeito merecido por todos seres vivos sencientes.

No momento em que se volta os olhares para o Brasil, há diversas controvérsias acerca do tema. À medida em que se visualiza decisões jurídicas que levam em consideração a vida animal, verifica-se similarmente algumas que retrocedem esse direito.

Diante de diversos pedidos e manifestações da população defensora dos animais, existem, no nosso país, alguns projetos de lei que visam melhorar as condições de dignidade relativas aos animais. Em dezembro de 2018, após um caso em que um cachorro foi brutalmente espancado e morto em um supermercado na cidade de Osasco, São Paulo, os senadores Randolfe Rodrigues e Eunício Oliveira apresentaram um projeto de lei (PLS 470/2018) tutelando o aumento nas penas impostas pelo art. 32 da lei 9.605/98 de Crimes Ambientais. O mesmo tem como principal objetivo converter a pena de três meses a um ano de prisão, para os praticantes de maus tratos, para uma mais rigorosa de um a quatro anos, além das sanções que punem os estabelecimentos comerciais que agirem com negligência ou omissão.

Com base nas violações aos direitos e dignidade dos animais que vem acontecendo com frequência no Brasil, o projeto prosseguiu em caráter de urgência, e assim, mesmo com fortes contestações dos senadores opositores à causa, foi aprovado no dia 11 de dezembro de 2018, e remetido à Câmara dos Deputados.

Porém, em oposição aos avanços conquistados no âmbito do direito, o Supremo Tribunal Federal, em decisão do Recurso Extraordinário (RE) 494.601, declarou constitucional o sacrifício de animais em rituais religiosos de matriz africana. Os gatos, principalmente os pretos, e todos outros tipos de animais, sejam domésticos ou não, estão introduzidos nos rituais religiosos e são entregues como oferendas para os reis e deuses adorados pelos fiéis. Ao justificar a ordem como um passo que combate o racismo e discriminação relacionados à religião, se verifica repetidamente o antropocentrismo concentrado no país,

desconsiderando toda vida e dignidade animal, colocando-os na posição de seres que existem exclusivamente para sustentar as necessidades humanas.

6. CONCLUSÃO

O direito de uma vida digna não deve ser característica exclusiva do ser humano. A denominação de ser vivente merece reflexão, quando esta se relaciona também a outros seres que não estejam agrupados na espécie humana. Ainda que não consigam externar através da fala, demonstram suas emoções utilizando todas as outras infinitudes de formas de expressões possíveis, já comprovados cientificamente como seres sencientes, dotados de sentimentos, que atualmente sofrem por terem seus direitos violados, assim como foram os negros e mulheres no passado.

Entende-se a urgente necessidade de uma intervenção do Estado, considerando que muitos desses animais domésticos que estão abandonados nas ruas configuram um problema social, uma vez que, estes podem se tornar hospedeiros de vírus, proliferando zoonoses e transmitindo doenças. Essa ocupação de controle e proteção dos animais domésticos de rua é somente realizada por ONGs e protetores que se sensibilizam com a causa, carecendo de ações governamentais de vacinação e castração destes animais, tutelando sobre a saúde pública e similarmente contribuindo para a dignidade desses animais.

Conjuntamente, demanda a implementação de políticas públicas de conscientização, já que os protetores que se dedicam a essa causa são tratados com indiferença e ironia, algo que sempre ocorreu com os defensores de classes de minorias ao longo da história. Esse aspecto reflete um anseio social, que dever ser sanado a partir da compreensão da tutela dos animais, ao expor com clareza à sociedade seus limites em relação à domesticação dos animais no âmbito da legislação brasileira, tendo em vista que ter um animal doméstico além de ser uma relação prazerosa, também é uma relação obrigacional, pois o mesmo necessita cuidados e proteção.

No âmbito jurídico, a imprescindibilidade da criação de debates que de certo modo repercutam em situações práticas enfrentadas pela sociedade, cooperando com a atuação dos responsáveis nas áreas de direito que tutelem sobre a

dignidade dos animais domésticos e na conscientização da real necessidade de se discutir sobre tal direito, efetivando um novo entendimento constitucional que demonstre o quão importante deve ser um olhar para o meio ambiente natural, respeitando a vida daqueles que, diferentemente do que diz o antropocentrismo, não nasceram somente para servir a espécie humana, considerando que estes também compartilham de sentimentos, dores e necessidades, e que por diversas vezes, mesmos sendo intitulados como seres irracionais, são os únicos a agirem de forma racional.

REFERÊNCIAS:

- AQUINO, Sérgio; MACHADO, Maykon. **Os seres não humanos e o reconhecimento de seus direitos fundamentais**. 2018. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/os-seres-nao-humanos-e-o-reconhecimento-de-seus-direitos-fundamentais>> Acesso em: 06 abr. 2019.
- AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**. 5.^a ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.
- AVANCINI, Alex. Em decisão histórica França altera Código Civil e reconhece animais como seres sencientes. **ANDA**. Disponível em: <<https://www.anda.jor.br/2015/02/decisao-historica-franca-altera-codigo-civil-reconhece-animais-seres-sencientes/>> Acesso em: 06 abr. 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.
- _____. **Decreto Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm> Acesso em: 29 out. 2018.
- _____. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 29 out. 2018.
- _____. **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: 25 out. 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 04 nov. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.115.916** – MG

(2009/0005385-2). Recorrente: Município de Belo Horizonte. Recorrido:

Ministério Público do estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Humberto

Martins. Brasília, 1º de setembro de 2009. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6040734/recurso-especial-resp-1115916-mg-2009-0005385-2/inteiro-teor-12170435?ref=juris-tabs>> Acesso em: 03 nov. 2018.

CANALES, Loren Claire Boppré. Em decisão histórica, Tribunal da Argentina

reconhece que animais são sujeitos de direitos. **ANDA.** Disponível em:

<<http://www.anda.jor.br/2014/12/decisao-historica-tribunal-argentina-reconhece-animais-sao-sujeitos-direitos/>> Acesso em: 06 abr. 2019.

CORREIA, Ana Karina de Sousa. **Do direito dos animais** – uma reflexão acerca

da inconstitucionalidade da lei Arouca – lei nº 11.794/08. Revista Brasileira de Direito Animal. Número 12, volume 8. Jan./abr. 2013. P 141-178.

E.U.A. **The Cambridge declaration on consciousness.** Disponível em:

<<http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>>
Acesso em: 06 abr. 2019.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e proteção de ambiente: A**

dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FRANÇA. **Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia, 13 de novembro de 1987.** Disponível em:

<http://pan.com.pt/images/articles/pdf/ponto4_anexo1_convencao_europeia.pdf
> Acesso em 23 out. 2018.

FRANCIONE, Gary L.. **Introdução aos Direitos Animais**: Seu filho ou o cachorro? São Paulo: Unicamp, 2013.

LEVAI, Laerte Fernando. **Direito dos animais**: O direito deles e o nosso direito sobre eles. Campos do Jordão: Mantiqueira, 1998.

_____, Laerte Fernando. **Direito dos animais**. 2ª ed. Ver. Ampl. E atual. Pelo autor. Campos do Jordão, SP; Editora Mantiqueira, 2004.

_____, Laerte Fernando. **Direito dos Animais**. São Paulo: Mantiqueira, 2011.

MILARÉ, Edis. **Responsabilidade Ética em face do Meio Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1996.

RODRIGUES, Danielle Tetu. **O direito e os animais**. Uma abordagem ética, filosófica e normativa. Curitiba: Juruá, 4ª ed., 2006

REGAN, Tom. **Jaulas Vazias**. Porto Alegre: Lugano, 1ª ed., 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SINGER, Peter. **Ética prática**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

TOLEDO, Maria Izabel Vasco de. **A tutela jurídica dos animais no Brasil e no direito comparado**. Volume 11, 2012. Disponível em <
[XAVIER, Cláudio. **Direito dos Animais no século XXI**: Uma abordagem ambiental, filosófica e jurídicas das questões que envolvem os direitos dos animais. RIDB \(ISSN 2182-7567\), nº 13, 16001-16028, Ano 2 \(2013\).](https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/8426/6187%3E%5B58%5D%3C/a%3E%20BALLONE,%20G.%20J.%3Cb%3E%20Criminologia.%3C/b%3E%20In:%20PsiqWeb,%20Internet.%20Dispon%3ADvel%20em:%20Acesso%20em%2011%20jun.%202015.%3C/p%3E%20%3Cp%3E%3Ca%20target=> Acesso em: 06 abr. 2019.</p></div><div data-bbox=)

Nota:

[1] Bacharel em Direito pela UniRitter, Especialista em Direito e Estado pela UNIVALE, Mestre em Ciências do Ambiente pela UFT e Doutor em Direito pela PUC

Minas. Professor da Católica do Tocantins, do centro Universitário Luterano de Palmas e da Universidade Estadual do Tocantins. E-mail: antoniocesarmello@hotmail.com

APOSENTADORIA POR IDADE E POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVAS APLICADO AOS TRANSGÊNEROS E TRANSSEXUAIS

ROBSON JHONY LOPES: Acadêmico de Direito na Universidade Brasil, 9º Semestre - Noturno - Estudante de Direito.

RODRIGO FRESCHI BERTOLO

(Orientador) ^[1]

Resumo: Este presente artigo visa elucidar as questões dos transgêneros e transexuais a fim de garantir seus direitos perante a previdência social, para que possam apoderar-se das aposentadorias por idade ou por tempo de contribuição. Averiguando que a própria constituição Federal protege esses indivíduos pelos princípios do da liberdade, da dignidade da pessoa humana. Nos dias atuais os transgêneros e transexuais podem fazer a alteração do gênero e do nome sem que haja necessidade de ação judicial, indo somente em cartório regularizar seu novo estado como indivíduo na sociedade garantindo seus direitos de personalidade. Contudo perante o estudo apresentado, avalia-se que é possível a aposentadoria por idade e por tempo de contribuição, dos transgêneros e transexuais, de modo que ao alterar o gênero e nome no registro civil e demais documentos em cartório, e ainda mais retificando seus dados no INSS (em especial o CNIS), o homem que se tornou mulher ou vice versa possui dos direitos e garantias na previdência de acordo com a classe social que se inseriu. Em função do exposto, a pesquisa, foi realizada com um levantamento bibliográfico e busca na internet, artigos científicos, revistas e periódicos.

Palavras-chaves: Aposentadoria. Transgêneros. Transexuais. Previdência

Abstract: This present article aims to elucidate the issues of transgender and transexuals in order to guarantee their rights before social security, so that they can take over pensions by age or time of contribution. Ascertaining that the Federal Constitution itself protects these individuals by the principles of freedom, the dignity of the human person. Nowadays, transgenders and transexuals can change their gender and name without the need of a lawsuit, only going to a

notary's office to regularize their new status as an individual in society, guaranteeing their personality rights. However, before the present study, it's estimated that it's possible transgenders and transsexuals to retire by age and time of contribution, so that by altering gender and name in the civil registry and other documents in registry, and even more rectifying their data in the INSS (especially the CNIS), the man who became a woman or contrariwise has the rights and guarantees in the social security according to the social class that was inserted. According to the above, the research was carried out with a bibliographical survey and search on the Internet, scientific articles, journals and periodicals.

Keywords: Retirement. Transgender. Transsexuals. Social Security.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. SEGURIDADE SOCIAL E PREVIDENCIA SOCIAL. 3. DIREITOS E GARANTIAS DOS TRANSGÊNEROS E TRANSEXUAIS. 3.1. Direitos a nova identidade e gênero. 3.2. Da cidadania. 3.3. Da Autonomia corporal. 4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 4.1. Princípios constitucionais e normas infraconstitucionais que regem a seguridade social. 4.1.1. Princípio da universalidade da cobertura do atendimento. 4.1.2. Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais. 4.1.3. Princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços. 4.1.4. Princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios. 4.1.5. Princípio da equidade na forma de participação no custeio. 4.1.6. Princípio da diversidade da base de financiamento. 4.1.7. Princípio do caráter democrático e descentralizado da administração. 5. PRESTAÇÕES DO RPPS E APOSENTADORIA. 6. APOSENTADORIA POR IDADE. 6.1. Aposentadoria por idade urbana. 6.2. Aposentadoria compulsória. 6.3. Aposentadoria por idade rural. 6.4. Aposentadoria híbrida. 7. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. 8. O TRANSEXUALISMO EM RELAÇÃO A APOSENTADORIA. 9. CONCLUSÃO. 10. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O estudo proposto neste artigo traz as possibilidades de aposentadoria por idade e por tempo de contribuição na alçada da incompatibilidade entre o sexo morfológico e o sexo psicológico, uma vez que o indivíduo não aceita sua

condição biológica. No bastante, o empenho do transexualismo age de forma clara e objetiva nos direitos à identidade sexual.

A legislação brasileira é omissa na matéria que se tem motivado a grandes embates à nível de doutrina e jurisprudencial, no que concretizam os direitos empregados ao setor previdenciário nos requisitos da aposentadoria. Em evidência a busca de direitos e garantias aos transexuais, de forma gradual e pacífica ao embasamento legal para atender a demanda da seguridade social.

A discussão sobre a transexualidade que desenvolveremos no contexto previdenciário, coloca-se em pauta duas categorias distintas – sexo e gênero – que por ventura acabam se equivalendo em função da sobreposição do gênero em relação ao sexo. Pois entanto o sexo se refere à biologia e a anatomia corporal o gênero relaciona no quesito social ligado ao sexo. De toda forma o gênero é uma construção cultural artificial no que se baseia, entre outros elementos, ligados em formas de expressão estabelecidos em cada cultura. O transgênero é o indivíduo que se identifica com um gênero diferente daquele que corresponde ao seu sexo atribuído no momento do nascimento, não visando a cirurgia de redesignação sexual, já porventura o transexual além de não se identificar ao sexo atribuído do nascimento, faz intervenções médicas para alterar parte do corpo evitando a desarmonia entre o sexo e gênero incluindo os efeitos psicológicos e social. Portanto após o entendimento referente ao conceito de transgênero e transexualidade, o Brasil remetem as transformações sociais ligados a essa nova classe, um dilema a ser enfrentado devida a falta de regulamentação previdenciária.

Tratando-se de uma minoria, os transgêneros e transexuais no âmbito da previdência social nutre o direito material a perspectiva que ao mudar de gênero, teoricamente passaria ter os direitos inerentes ao do novo grupo social que se inseriu. Neste contexto, o presente artigo visa elucidar os conflitos e soluções jurídicas no que tange os requisitos a serem atendidos para a concessão da aposentadoria por idade e por tempo de contribuição, evidenciando as previsões da legislação atual ao aspecto na troca de gênero para suprir as necessidades desta classe.

2.SEGURIDADE SOCIAL E PREVIDÊNCIA SOCIAL

A seguridade social desde tempos retóricos quando à surgiu, o ser humano era o único e capaz de entender a consciência de tempo, de modo a prever que envelheceria e morreria. Tratando assim o poder de previdência, isto é, conhecer um fato com antecedência e preveni-lo, assim evitando ou remediando seus efeitos, advindo de uma memória coletiva.

Diante disto, poderíamos compreender a seguridade social, de forma sintética, como a dimensão pública da proteção do indivíduo perante riscos sociais. Em outras palavras a seguridade social é um sistema de proteção estatal com o qual o Estado e a sociedade garantem o bem-estar de um indivíduo, reconfortando em um sentimento de segurança, anulando ou até mesmo minimizando os riscos e os danos causados pelas adversidades da vida.

Em nossa constituição Federal, em seu art. 194, caput, dispõe a matéria "*um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*". Por isto, no instante que se fala em seguridade social no Brasil, os riscos que abrangem a rede protetiva são restritos à saúde, assistência social e previdência social.

Se tratando em consideração a previdência social possui uma lógica totalmente diversa da saúde e da assistência social. A saúde assim como a assistência social independem de contribuição direta para que o indivíduo possa usufruir de seus efeitos, já a previdência social possui um carácter contributivo, ou seja, só podem gozar de seus benefícios aqueles que contribuem diretamente para a previdência social na qualidade de segurado, ou se caracterizam como seu dependente. Consequentemente, a primeira característica da previdência social é a contributividade.

Neste sentido, existem diferente regimes previdenciários, como as segmentações públicas e privadas. No Brasil, portanto há uma divisão quando se tratar de previdência: por um lado a previdência social básica, pública e compulsória; e de outro, a previdência privada, facultativa e complementar. Mas para a continuidade ao estudo, o que importamos abordar é apenas a previdência

social pública, precisamente o regime geral, que foi criada a Lei Complementar 142/2013, regulamentando o art. 201, § 1º, da Constituição da República (SOARES, 2016.).

3.DIREITOS E GARANTIAS DOS TRANSGÊNEROS E TRANSEXUAIS

Em uma análise abrangente o Brasil não apresenta uma legislação específica em relação aos transgêneros e transexuais. Entretanto reconhece os direitos de lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros que integram o grupo LGBT.

Em dias atuais ainda se questionam os direitos inerentes às condições dos indivíduos enquanto seres humanos, onde a sociedade situa-se de forma perdida em lutas pela conquista de direitos mínimos e básicos à vida e a liberdade.

Os transgêneros e os transexuais anseiam por seu desejo de serem aceitos socialmente e juridicamente, enquanto do sexo oposto ao seu atribuído de nascimento. Possuem a aparência de um sexo, no entanto mantem o desejo árduo de pertencer a outro, tendo em vista o sofrimento psíquico do transexual em conviver com a frustração de pertencer ao sexo indesejado.

Em garantias dos direitos desta classe, anseia-se alguns direitos suscitados a seguir para que possam viver de forma digna na sociedade.

3.1 Direitos a nova identidade e gênero

Atualmente em relação aos transgêneros e transexuais alguns tribunais já vem autorizando a mudança de nome e gênero em registros civis. O STF (Supremo Tribunal Federal) recentemente no ano de 2018, foi reconhecido aos transgêneros a possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo pela cirurgia de redesignação sexual ou tratamentos hormonais, a decisão ocorreu no julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, vejamos a seguir:

ADI 4275 / DF DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL.
PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO
SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO
NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE

JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por auto identificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente.

O fato de um transgênero querer alterar o seu nome nada mais é do que concretização do seu direito à dignidade e a mudança do seu gênero refletindo o seu direito fundamental à identidade de gênero. Fora concedido este pedido ser baseado na constituição federal fundamentado no seu artigo 1º, inciso III, assim informa sobre a dignidade humana, combinado com o artigo 3º, inciso IV, que visa promover o bem-estar de todos sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988)

E assim seguindo ao fato dos transexuais em razão de seu descontentamento há precedentes nos tribunais que permitiram, não somente a alteração do nome, mas também do gênero.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. ALTERAÇÃO DO PRENOME DA PARTE AUTORA. TRANSEXUALISMO. VIABILIDADE DA ALTERAÇÃO DO REGISTRO. Considerando que a identificação pelo gênero não é morfológica, mas sim psicológica e que a

apelante comporta-se e identifica-se como uma mulher, reconhecido seu gênero como feminino na sentença, cabível a alteração de seu prenome no registro civil. Apelação provida, de plano. (Apelação Cível Nº 70076773282, Sétima Câmara Cível Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Julgado em 20/06/2018).

Com alteração no registro civil do nome e gênero do indivíduo sendo feminino ou masculino faz parte do direito de personalidade. Em sua conceituação de acordo com Maria Helena Diniz, os direitos de personalidade são “direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é provido, ou seja, a sua Integridade Física; a sua integridade intelectual; e a sua integridade moral”, com o qual o Código Civil dedicou um capítulo novo aos direitos de personalidade em seus artigos 11 a 21. Garantindo a estas pessoas o direito de poder usufruir plenamente de seus direitos de sua nova vida, na condição sexual que escolheram. (GONÇALVES, 2011)

3.2 Da cidadania

Entendemos por cidadão, todo o indivíduo titular capaz de possuir os direitos políticos de votar e ser votado. A cidadania está prevista em seu artigo 1º, inciso II, da Constituição Federal de 1888, dando um sentido muito mais amplo. Pois o Cidadão é todo aquele sujeito à deveres e obrigações, portanto, pessoa participante do Estado.

Tratando à necessidade do deferimento da retificação do nome do indivíduo transexual, uma vez que seu nome não corresponde em relação como se define ao mundo exterior. Assim podemos dizer que admitir o contrário é o mesmo que dificultar ou até mesmo impedir o exercício das atividades habituais do ser humano, negando-lhe o seu direito à cidadania.

O que podemos ressaltar que muitos transexuais chegam a pontos extremos por devida tamanha insatisfação, como já visto, por motivo de doença. Abrandar os sintomas da doença significa facilitar o exercício da cidadania, vivenciando livremente perante a sociedade, cumprindo seus direitos e obrigações com maior tranquilidade. Citando exemplo dos transexuais em seus registros civis de forma adequada ao seu sexo psíquico terá maior efetividade em

cumprir os seus direitos como cidadão, tendo assim menor índice de preconceito da sociedade.

3.3 Da Autonomia corporal

O artigo 13 do Código Civil, informa:

“Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio copo, quando importar diminuição da integridade física, ou contrariar os bons costumes.”

Posto isto, podemos afirmar a legalidade da realização da cirurgia de transgenitalização nos transexuais, tendo em vista sobre os transexuais pode-se afirmar que:

“trata-se um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal-estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado.” (CID-10-F.64.0)

E por assim dizer o transexual é:

“portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à auto-mutilação ou auto-extermínio.” (Conselho Federal de Medicina, na resolução 1.482/97)

Assim portanto haveria necessidade da realização da cirurgia visando à integridade psíquica do indivíduo. Sabe-se que não é somente o órgão genital que é relevante para consolidar a integridade física dos transexuais mas também na realidade, o legislador ao mencionar os direitos de personalidade deixou de tutelar a integridade psicológica e a dignidade do indivíduo, o que podemos entender como cláusula de tutela da pessoa humana, no caso em si, do transexual, a pôr mais adiante, não mencionou nada acerca da disposição do nome, sendo

que, em casos como dos transexuais, referem-se, também, a um direito de personalidade para que seja preservada sua identidade pessoal, física, psíquica e sexual. Contudo, resta dizer que os princípios constitucionais são suficientes para resolver o drama abordado neste artigo. (BOTTEON, 2014)

4. PRINCÍPIOS CONTITUCIONAIS

A nossa Constituição Federal viabiliza direitos e garantias a todo indivíduo, inibindo toda forma de discriminação, e ainda mesmo que seja no enfoque da esfera da previdência social, há princípios que orientam as interpretações das normas em geral tais como:

O princípio da dignidade humana que abrange de forma intrínseca todos os demais valores, implicando amplos direitos e deveres fundamentais que compreendem cada indivíduo até uma coletividade toda.

O princípio da liberdade onde qualquer ser é livre e pode fazer suas próprias decisões, principalmente a sua escolha sexual.

O princípio da igualdade que em seu artigo 5º da Constituição Federal, que assim versa “todos são iguais perante lei, sem distinção de qualquer natureza...”, não abarcando somente a utilização da lei em si, mas condizente com a isonomia, considerando que a lei é aplicada de forma igual para todos.

Finalmente e por assim compreender, a busca no direito à identidade sexual, diante da universalidade que regem os benefícios previdenciários.

4.1 Princípios constitucionais e normas infraconstitucionais que regem a seguridade social

A seguridade social possui seus princípios regidos na constituição Federal em seus artigos 193 e 194. O artigo 193 versa que: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. E por seguinte a garantia dos direitos do homem trabalhador, tem como o principal objetivo o bem-estar deste e garantir que receba a retribuição merecida por seus esforços. Previstos no artigo 194 da Carta Magna:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único – Compete ao poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I – universalidade da cobertura e do atendimento;

II – uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV – irredutibilidade do valor dos benefícios;

V – equidade na forma de participação no custeio;

VI – diversidade da base de financiamento;

VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (BRASIL, 1988, p. 64)

Partindo da premissa que os princípios são norteadores do direito, e assim orientam as decisões jurídicas. Faremos a seguir uma explanação de cada princípio dado no artigo 194 da Constituição Federal.

4.1.1 Princípio da universalidade da cobertura do atendimento

Visamos que o princípio consiste em promover indistintamente o acesso ao maior número possível de benefícios, na tentativa de proteger de todos os riscos sociais previsíveis e possíveis. O princípio da universalidade, na seguridade social, acolhe todas as pessoas que dela necessitam ou que possam a vir necessitar, em situações socialmente danosa, ou seja, eventualidades que possam afetar a integridade física ou mental dos indivíduos, bem como aquelas que atinjam a

capacidade de satisfação de suas necessidades individuais e também de sua família pelo trabalho. (FILIPPO, 2007)

4.1.2 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais

Verificamos que o princípio significa que todos os trabalhadores devem ser tratados com igualdade não importando a distinção de onde residem ou trabalham, ou seja, inibindo quaisquer tratamentos de desigualdade dos trabalhadores urbanos aos trabalhadores rurais. O princípio da uniformidade se relaciona ao desdobramento do princípio de igualdade, onde a equivalência tem que atingir a todos. (FILIPPO, 2007)

4.1.3 Princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços

A relação deste princípio é caracterizado pela ampla distribuição de benefícios sociais ao maior número de necessitados. Sabemos que não é possível o Estado abranger e proteger a todos, pois a contribuição que é arrecadada não é suficiente para todos os atendimentos, devendo assim o legislador identificar as carências sociais e estabelecer critérios para que se possa contemplar os indivíduos mais necessitados, pois a distributividade, portanto tem caráter social. (FILIPPO, 2007)

4.1.4 Princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios

O princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios tem como objetivo, impedir que se reduzam as prestações da seguridade social. No entanto esta proteção tem característica de tornar o benefício eficaz, assim protegendo o cidadão no estado de necessidade, proibindo o Estado de agir de forma a diminuir estas prestações, seus valores, fazendo o legislador ao inserir este dispositivo se preocupar de evitar que eventuais reajustes dos benefícios dependessem de vontade política do governo federal, evitando a supressão dos benefícios ao longo do tempo. (FILLIPPO, 2007)

4.1.5 Princípio da equidade na forma de participação no custeio

O princípio da equidade na forma de participação no custeio, explana, que cada indivíduo contribuirá para a seguridade social na proporção de sua capacidade contributiva. Todos que devem fazer essa contribuição precisam fazer de acordo com o ganho de cada um, ou seja, quem possui mais contribui com mais. De forma que contribuir mais não significa que quem contribui menos não terá os mesmos direitos daquele que contribui mais. Em razão do princípio da isonomia, não se admite tratamento diferenciados aos segurados que se enquadram na mesma situação fática.

4.1.6 Princípio da diversidade da base de financiamento

O financiamento da seguridade social é feito pela União Federal, os Estados, o Distrito Federal, os municípios. Este financiamento se dá atualmente através da contribuição dos trabalhadores nas suas folhas de pagamento, contribuição das empresas e dos orçamentos dos entes estatais citados acima. Existe outras formas de não enunciados dos citados anteriormente que contribuem para seguridade social, tais como através do pagamento da CPMF, seja através dos impostos inseridos nos custos dos preços dos produtos consumidos. Quanto mais diversa contribuição, melhor para quem depende dela. (FILIPPO, 2007)

4.1.7 Princípio do caráter democrático e descentralizado da administração

Atualmente a forma de administração do sistema é gerido com a chamada gestão quadripartite, com a participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo. Assim, toda sociedade é representada e ajuda a formular as políticas públicas sobre a matéria em questão. (FILIPPO, 2007)

5. PRESTAÇÕES DO RPGS E APOSENTADORIA

A previdência social, mediante contribuição, tem por finalidade garantir aos seus beneficiários modos indispensáveis de manutenção por motivos como idade avançada, tempo de contribuição.

Apresentando o fundamento no princípio da seletividade e distributividade caracterizados em seu no artigo 194, inciso III, citados acima, cabendo prestação

dos benefícios. Dando ao legislador, dentro dos parâmetros constitucionais, selecionar as contingências sociais ensejadoras de proteção previdenciária e dos respectivos beneficiários.

Um exemplo simples é quando o segurado que atinge a idade avançada (contingência social que gera necessidade) é acolhido pela Previdência Social através do benefício aposentadoria por idade. Cabendo a relação jurídica de proteção, o segurado que preencher os requisitos legais para determinado benefício pode-se ostentar deste direito subjetivo a prestação previdenciária, onde o Estado, por intermédio do INSS, garantir a concessão do benefício. (LEITÃO, 2014)

6. APOSENTADORIA POR IDADE

A proteção da pessoa idosa tem fundamento no artigo 201, § 7º, inciso II da Constituição Federal de 1988, sendo fato gerador a idade avançada. Contudo o benefício atribuído pelo legislador infraconstitucional para abrigar esse risco social é a aposentadoria por idade. (LEITÃO, 2014)

Regulamentada pelos artigos 48 a 51 da lei 8.213/1991, e assim dispõe o artigo 48:

Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Para fins de concessão de aposentadoria por idade, a legislação previdenciária previu idades diferentes conforme o gênero do segurado, assim a idade necessária para aposentadoria para segurado do sexo masculino é de 65 anos, e 60 anos para segurada no sexo feminino, não esquecendo o cumprimento da carência. (LEITÃO, 2014)

A aposentadoria por idade pode se subdividir em quatro subespécies: aposentadoria por idade urbana; aposentadoria compulsória; aposentadoria por idade rural; aposentadoria por idade híbrida. Passe-se a explaná-las. (SOARES, 2016)

6.1 Aposentadoria por idade urbana

São Três os requisitos para a concessão da aposentadoria por idade urbana: a idade (65 anos homem, 60 anos mulher), a carência e a qualidade de segurado, o último sendo dispensado pelo artigo 3º da Lei 10.666/2003, contando que o segurado, no mínimo, o tempo de contribuição (180 contribuições mensais) correspondente ao exigido para efeito de carência na data do requerimento do benefício. (SOARES, 2016)

6.2 Aposentadoria compulsória

De acordo com o artigo 51 da Lei 8.213/1991, a aposentadoria por idade pode ser requerida pela empresa, desde que o segurado empregado tenha cumprido o período de carência e 70 anos de idade, se for do sexo masculino; e 65 anos de idade, se do sexo feminino, empregando no âmbito do RGPS a aposentadoria compulsória por idade. (LEITÃO, 2014)

6.3 Aposentadoria por idade rural

Existia uma previdência urbana, administrada pela INPS, e outra, rural, administrada pelo Funrural, ambas autarquias eram vinculadas ao Ministério do Trabalho e Previdência Social. A unificação dos dois regimes, vieram a figurar na Constituição Federal de 1988, com um princípio da Seguridade Social, prevista em seu art. 194, inciso II, "*a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais*". Este dispositivo repeliu quaisquer tratamentos distintivos entre os trabalhadores urbanos e rurais no que tange à proteção securitária, mas não se proibindo a distinção de requisitos concessórios, essa uniformidade devendo ser interpretada sob a ótica do princípio da igualdade no sentido material. Portanto a aposentadoria por idade rural possui requisitos diferentes da urbana, tais como: Idade (60 anos de idade, se homem, e 55 anos de idade, se mulher), a carência, ser trabalhador rural, ou exercer atividades em regime de economia familiar como dito no art. 201, § 7º, inciso II. (SOARES, 2016)

6.4 Aposentadoria híbrida

A Lei 11.718/2008, após inserir um § 3º no artigo 48 na Lei 8.213/1991, acabou trazendo inovações na aposentadoria por idade, permitindo a mescla de tempo de labor rural com o período de atividade urbana, com única finalidade de preencher o requisito carencial. (SOARES, 2016)

7.APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

A prestação mais criticada da legislação previdenciária e a mais desejada pela sociedade brasileira é a aposentadoria por tempo de contribuição. Tratando-se de um benefício substituidor do salário de pagamento continuado, definitivo e não reeditável, em modalidade integral devido aos segurados, como requisito para concessão de tal benefício: tempo de contribuição de 35 anos, para homem, e 30 anos para mulher; carência mínima de 180 contribuições mensais. (MARTINEZ, 2014)

A aposentadoria por tempo de contribuição está prevista no artigo 201, § 7º, inciso I, da Constituição Federal e regulamentada pelos artigos 52 a 56 da lei 8.213/1991. É de direito de todos os segurados da previdência social, exceto os segurados especiais, segurados facultativos e contribuintes individuais participantes do sistema de inclusão previdenciária, salvo quando complementam a contribuição na forma do artigo 21, § 3º, da Lei 8.212/1991. (SOARES, 2016)

A partir de 28/12/1998. Com a Lei 9.786/99, passou a integrar o cálculo dessas aposentadorias o Fator Previdenciário, que por sua vez levam em consideração a idade, expectativa de sobrevida e tempo de contribuição e que, a vista que, reduz ferozmente o valor da aposentadoria.

Aqueles que não tinham o tempo de serviço mínimo para se aposentar por tempo de serviço, seja 30 anos no caso do homem e 25 anos no caso da mulher, pode-se optar pela aposentadoria regra transitória a aposentadoria proporcional.

Para aposentadoria proporcional, os segurados que não haviam o tempo mínimo na data de alteração legal (15/12/1998), deveriam cumprir os requisitos de idade possuindo 48 anos de idade, mulher, ou 53 anos de idade, sendo homem,

além de tudo, teria que trabalhar 40% do tempo que faltava para atingir o tempo mínimo. (BACHUR, 2014)

8.O TRANSEXUALISMO EM RELAÇÃO A APOSENTADORIA

A disciplina sobre a aposentadoria por idade, e a muito criticada por especialistas podemos ver a aposentadoria por tempo de contribuição está prevista na constituição federal 1988, no artigo 201.

Vejamos a redação constitucional:

Art. 201 a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98 – DOU 16.12.98)

§ 7º assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98 – DOU 16.12.98)

I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II – sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98 – DOU 16.12.98)

Com a redação do texto citado acima, contamos com os requisitos para a concessão dos benefícios tão somente o tempo de contribuição necessário, a idade e o gênero (FARINELI, 2012).

Em uma situação de constante polêmica e que ainda não se observa comentários é a mudança de sexo e alteração do gênero. De forma que os tribunais reconhecem a possibilidade do sujeito que fez a cirurgia ou não, alterar registros e demais documentos. Casos estes que ainda não chegaram ao INSS, de forma que segundo a previdência, homens e mulheres se distinguem para a concessão de alguns benefícios (BACHUR, 2014).

De acordo com o dispositivo de lei artigo 201 da Constituição Federal, citado logo acima a aposentadoria por idade, de forma a dar exemplo, é concedida aos 65 anos para o homem e 60 anos para a mulher, e reduzindo em 5 anos que condizem aos trabalhadores rurais. No entanto a aposentadoria por tempo de contribuição é necessária 35 anos de serviço para o homem e 30 anos para mulher. Seguindo nesta lógica seria empregado ao que está no documento do indivíduo, ou seja, após a mudança de gênero e o prenome, em tese a pessoa que era homem e passou a ser mulher, segue as regras da mulher e assim vice-versa (BACHUR, 2014).

Posteriormente da alteração de gênero, e por seguinte a mudança de nome civil, registrado em cartório com a intenção de modificar todos os documentos que pertenciam ao indivíduo, os quais serão trocados para o novo nome adotado, deverá haver a mudança do nome junto ao INSS. Lembrando que independentemente de haver realizado a cirurgia de redesignação sexual, poderá trocar seu nome civil.

Então o segurado deverá buscar retificação do CNIS junto ao INSS, a fim de acolher que não perca os seus direitos previdenciários e, não perdendo os períodos de carências tão necessários e obrigatórios. (CRUZ, 2016)

De acordo com a matéria da revista digital Super Interessante, para uma pessoa transgênero obter o seu direito no âmbito previdenciário, deveriam incluir seu novo gênero nos documentos, de forma que a burocracia ficou menor em março de 2017, com o qual foi inserido o "nome social" ao CNIS, completando ainda que não adianta um homem que fez a redesignação sexual com 59 anos para se aposentar aos 60 em vez de aos 65 anos; isso só ocorrera se a mudança for feita aos 18 anos, o transexual se aposenta aos 60, se ocorrer ao fato após aos 30 ou 40 anos, um cálculo de proporcionalidade define a idade de aposentadoria.

9. CONCLUSÃO

Após este breve estudo, podemos dizer que tanto os transgêneros como os transexuais podem pleitear os benefícios previdenciários em razão do gênero que escolheram, desde que atendidos os requisitos essenciais, tais como a troca de gênero junto aos cadastros do INSS (em especial o CNIS), bem como alteração do nome no registro civil em cartório; assim, cumpridas tais exigências – e outras que eventualmente sejam necessárias, temos que não haveriam óbices ou obstáculos legais para o impedimento na concessão destes benefícios.

Ademais, considerando o embate ideológico e político no que tange à defesa e/ou promoção de objetivos e interesses dos movimentos de liberação sexual, que nos trazem reflexão sobre os princípios da dignidade da pessoa humana e de liberdade, somos levados a crer que as questões de identidade e mudança de gênero no aspecto previdenciário traduz numa verdadeira e, porque não, necessária legislação específica que atenda aos interesses destes cidadãos, dado ao fato de que não há normas que regulamentam essa questão na previdência e que acabam, quase sempre, decididas pelos Tribunais com base nos princípios gerais do direito.

10. REFERÊNCIAS

ARAUJO, Francisco Carlos da Silva. **Seguridade Social**. Jus Navegandi, dezembro de 2006. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/9311/seguridade-social> > Acesso em 20 de novembro de 2018.

BACHUR, T. F., VIEIRA, F. B. **Guia prático para sua aposentadoria: entendendo como funcionam os benefícios e revisões do INSS**. Franca – SP: Lemos & Cruz, 2014.

BOTTEON, Viviane Jéssica. **Proteção jurídica da identidade sexual do transexual**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 125, jun 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14855>. Acesso 18 de janeiro de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CRUZ, Celso Henrique da. **Transexuais e aposentadoria previdenciária no regime geral de previdência social**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 151, ago 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17737>. Acesso 08 de março.

FARINELI, A. M. **Previdência fácil: Manual prático do advogado previdenciário**. Leme – SP: Mundo jurídico, 2012.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito civil: parte geral**. Saraiva - Coleção sipnoses jurídicas v.1 - 18.ed. – São Paulo, 2011.

LEITÃO, André Studart. **Manual de direito previdenciário**. Augusto grieco Sant, Anna Meirinho. – 2.ed. – São Paulo, 2014.

HUMILDES, Joildo Souza dos. **Transexualismo e Direito: Possibilidades e limites jurídicos de uma nova identidade sexual**. Novembro de 2007. Disponível em Acesso em 23 de Novembro de 2018.

SOARES. João Marcelino. **Aposentadoria da pessoa com deficiência**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

Disponível em : <https://www.conjur.com.br/2018-mar-11/processo-familiar-generos-transgeneros-cisgeneros-orgulho-preconceito>. Acesso em 22 de janeiro de 2019.

Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3365> transexualismo e seus efeitos jurídicos. Acesso em 08 de fevereiro de 2019.

Disponível em: <http://cid10.bancodesaude.com.br/cid-10-f/f640/transexualismo> (transexualismo classificação internacional de doenças). Acesso em 08 de março de 2019.

Disponível

em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1482_1997.htm resolução CFM 1.482/97. Acesso em 12 de março de 2019.

Disponível em: <https://super.abril.com.br/blog/oraculo/quais-as-regras-para-a-aposentadoria-de-transgeneros-no-brasil/>. Acesso em 16 de março de 2019.

[1] Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Votuporanga (2004). Especialista em Direito Constitucional pela Unisul/IDP (2007). Especialista em Direito Processual pela Unama (2008). Especialista em Direito do Trabalho e Seguridade Social pelo Centro Universitário Toledo (2012). Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2013). Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2015). Mestrado em Ciências Ambientais pela Universidade Brasil. Atualmente é sócio-proprietário de Escritório de Advocacia e Professor Universitário

FUNÇÃO SOCIAL E AMBIENTAL DA EMPRESA

ADRIANO LORIERI RIBEIRO FURTADO:

bacharel e mestre em Filosofia pela Universidade Pontifícia Regina Apostolorum, Roma, Itália. Bacharel em Direito pela FADISP, São Paulo. Especialista em Humanidades Clássicas pelo Centro de Estudos de Ciências e Humanidades, Salamanca, Espanha. Especialista em Direito Imobiliário e Direito Notarial e Registral pela AVM-Faculdade Integrada, Rio de Janeiro. Especialista em Direito Civil e Direito Contratual pela Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro. Mestrando em Direito pela FADISP, São Paulo. Auditor-Fiscal do Trabalho até 2016. Atualmente é Registrador de Imóveis na Comarca de Palmeira d'Oeste, São Paulo.

RESUMO: O direito de empresa, nas últimas décadas, tem passado por uma reinterpretção. De uma leitura meramente patrimonial e positivista, do Código Civil de 1916, a uma leitura funcional, equilibrada, própria da Constituição Federal de 1988, onde princípios e regras se conjugam. Trata-se do direito privado constitucional, onde a pessoa humana passa a ser o fundamento e alicerce. A nova visão constitucional da empresa, de modo especial no que diz respeito à sua função social e ambiental, é o objeto do presente artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Atividade empresária. Função social e ambiental.

SÚMARIO: 1. A função social da atividade empresarial. 2. A função ambiental da atividade empresarial. 2.1. Atividade empresarial e princípios ambientais. 3. Conclusão. 4. Bibliografia.

1. A FUNÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE EMPRESARIAL.

A Constituição Federal de 1988 eleva a uma nova dimensão a atividade empresarial, na qual a dignidade da pessoa humana está ao centro. Deixa-se o modelo patrimonialista do Código Napoleônico e assume-se o modelo personalista (Cf. FACHIN, 2012).

Pode-se dizer que a personalização do direito privado foi de algum modo prenunciada pela teoria da funcionalização, que teve como precursores Josserand, Duguit, entre outros (GOMES, 2011, p. 1275-1278).

O termo "função" está ligado a uma ideia de um poder-dever direcionado a uma finalidade. Deste modo, a função social, a finalidade social da norma, surge como um contraponto à ideia do individualismo exacerbado.

A partir do momento em que o Direito passa a ser visto como "função", faz-se necessário analisar a finalidade de suas normas. Neste compasso, por trás da finalidade social, econômica e ambiental, encontra-se a pessoa humana, destinatária final das benesses da ordem jurídica.

A pessoa humana, neste diapasão, ocupa a posição de fundamento do sistema jurídico por diversas razões, entre elas a histórica e a filosófica.

Do ponto de vista histórico, o grande motivo que levou as constituições contemporâneas ocidentais a colocar a pessoa humana ao centro, foram as atrocidades cometidas nas duas Grandes Guerras e nas ditaduras do Séc. XX. Estes fatos históricos puseram em crise a doutrina do Positivismo Jurídico, de caráter eminentemente legalista.

Do ponto de vista filosófico, o conceito de pessoa tem sido desenvolvido desde a antiguidade na cultura ocidental. Trata-se de uma evolução da filosofia grega unida a valores e conceitos judaico-cristãos. Modernamente, há de se frisar que o estudo da pessoa humana, realizado por Kant, tem influenciado sobremaneira os pensadores do direito.

Concluídas estas considerações, é importante mencionar que o regramento jurídico constitucional da atividade econômica e empresarial encontra-se positivado no artigo primeiro, no artigo quinto, e no artigo 170 da Constituição.

Pode-se dizer, em resumo, que o fundamento e finalidade da atividade empresarial é dar dignidade à pessoa e à vida humana, por meio da valorização do trabalho e da livre iniciativa, devendo-se observar princípios como o da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre

concorrência, defesa do meio ambiente, do consumidor, redução das desigualdades, entre outros.

A função social da empresa pode ser vista sob dois ângulos, interno e externo.

Do ponto de vista interno, leva-se em consideração a relação entre a sociedade empresária, seus sócios e empregados. Pode-se dar como exemplo o respeito às normas trabalhistas, a difusão de valores como a eticidade nas relações profissionais, a participação nos lucros, entre outros.

Do ponto de vista externo, a função social da empresa se manifesta na sua relação com a comunidade. A sociedade empresária, por exemplo, deve promover o meio ambiente, a acessibilidade às pessoas com deficiência. Enfim, trata-se de um comportamento de responsabilidade social (Cf. FIORILLO, 2018, p. 130).

No plano infraconstitucional, é possível encontrar algumas menções à função social da empresa.

A Lei de Sociedades Anônimas, de 1976, menciona a função social da empresa nos seguintes trechos:

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

(...)

§ 4º O conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.

Art. 116 (...)

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e

responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Por sua vez, a Lei de Falências e Recuperação Judicial também se refere à função social da empresa nos seguintes termos:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Por fim, há alguns enunciados do Conselho da Justiça Federal sobre o tema.

Enunciado n. 53 da Primeira Jornada de Direito Civil: "Deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência externa."

Enunciado n. 26 da Primeira Jornada de Direito Comercial: "O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial."

Enunciado n. 29 da Primeira Jornada de Direito Comercial: "Aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé? objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais."

2. A FUNÇÃO AMBIENTAL DA ATIVIDADE EMPRESARIAL.

Um dos méritos da Constituição Federal de 1988 é a busca de um equilíbrio de forças entre posições que costumam ser unilaterais. Busca-se, deste modo, um equilíbrio entre propriedade privada e direito social, entre desenvolvimento econômico e respeito ao meio ambiente, entre patrimonialismo e personalismo, entre outros valores.

A Constituição, portanto, preza pelo desenvolvimento econômico sustentável.

A atividade econômica empresarial, uma das grandes responsáveis pelo desenvolvimento econômico de uma nação, tem o dever de defender e promover o meio ambiente, nos termos do artigo 225 do Texto Maior.

Há de se levar em consideração que o meio ambiente deve ser compreendido no seu sentido mais amplo, ou seja, meio ambiente natural, cultural, laboral, urbanístico.

A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, entre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. (STF - ADI: 3540 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, data de julgamento: 03/02/2015, data de publicação: DJe 05/02/2015).

2.1. ATIVIDADE EMPRESARIAL E PRINCÍPIOS AMBIENTAIS.

Para uma melhor compreensão do tema, faz-se necessário discorrer, ainda que de modo perfunctório, os princípios do direito ambiental e sua relação com a atividade empresarial.

A. PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.

Reza o art. 225 da Carta Cidadã que "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."

O meio ambiente sustentável é uma garantia para o ser humano de hoje e do futuro, pois sem o meio ambiente adequado não há vida. Portanto, o princípio do desenvolvimento sustentável busca, antes de tudo, tutelar a vida humana e sua dignidade.

Constata-se que os recursos ambientais não são inesgotáveis, tornando-se inadmissível que as atividades econômicas desenvolvam-se alheias a esse fato.

Busca-se com isso a coexistência harmônica entre economia e meio ambiente. Permite-se o desenvolvimento, mas de forma sustentável, planejada, para que os recursos hoje existentes não se esgotem ou tornem-se inócuos.

Dessa forma, o princípio do desenvolvimento sustentável tem por *conteúdo* a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição (FIORILLO, 2011, p. 82-83).

É evidente que deve haver um equilíbrio entre a economia, fundamental para o desenvolvimento humano, e a conservação, a manutenção de um meio ambiente equilibrado.

Perigoso e desarrazoado, portanto, adotar posições unilaterais e extremas na defesa tanto do meio ambiente quanto da economia de mercado, pois não são fim em si mesmos, mas estão à serviço e promoção da pessoa humana.

Como se percebe, o princípio possui grande importância, porquanto numa sociedade desregada, à deriva de parâmetros de livre concorrência e iniciativa, o caminho inexorável para o caos ambiental é uma certeza. Não há dúvida de que o desenvolvimento econômico também é um valor precioso da sociedade. Todavia, a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico *devem coexistir, de modo que aquela não acarrete a anulação deste.*

Atento a esses fatos, o legislador constituinte de 1988 verificou que o crescimento das atividades econômicas merecia um novo tratamento. Não mais poderíamos permitir que elas se desenvolvessem alheias aos fatos contemporâneos. A preservação do meio ambiente passou a ser palavra de ordem, porquanto sua contínua degradação implicará diminuição da capacidade econômica do País, e não será possível à nossa geração e principalmente às futuras desfrutar uma vida com qualidade.

Assim, a livre iniciativa, que rege as atividades econômicas, começou a ter outro significado. A liberdade de agir e dispor tratada pelo Texto Constitucional (a livre iniciativa) passou a ser compreendida de forma mais restrita, o que significa dizer que não existe a liberdade, a livre iniciativa, voltada à disposição de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Este deve ser o objetivo. Buscase, na verdade, a coexistência de ambos sem que a ordem econômica inviabilize um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sem que este obste o desenvolvimento econômico.

(...)

Devemos lembrar que a ideia principal é assegurar existência digna, através de uma vida com qualidade. Com isso, o princípio não objetiva impedir o desenvolvimento econômico. Sabemos que a atividade econômica, na maioria das vezes, representa alguma degradação ambiental. Todavia, o que se procura é minimizá-la, pois pensar de forma contrária significaria dizer que nenhuma indústria que venha a deteriorar o meio ambiente poderá ser instalada, e não é essa a concepção apreendida do texto. O correto é que as atividades sejam desenvolvidas lançando-se mão dos instrumentos existentes adequados para a menor degradação possível (FIORILLO, 2011, p. 90-91).

B. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR.

Inicialmente, cabe dizer que este princípio possui dois sentidos. O primeiro deles tem caráter preventivo, busca evitar a ocorrência de danos ambientais. Já o segundo tem caráter repressivo, pois uma vez ocorrido o dano, busca sua reparação.

O princípio do poluidor-pagador há de ser bem interpretado, pois não significa que quem paga pode poluir.

É importante frisar que o princípio, em seu aspecto preventivo, busca fazer com que o usuário do meio ambiente, especialmente o setor econômico, utilize todos os meios possíveis para que sua atividade não danifique o meio ambiente, para que sua atividade, portanto, promova o meio ambiente.

Vemos, hodiernamente, várias empresas que possuem selo de sustentabilidade, programas de conservação e promoção do meio ambiente, tudo no sentido de encontrar o desejado equilíbrio entre economia e meio ambiente.

Por outro lado, no sentido repressivo do princípio, cabe frisar que o usuário responde objetivamente pelos danos que causar ao meio ambiente.

A reparação do dano pode se dar de duas formas. A primeira, chamada de reparação natural, na tentativa de voltar ao estado anterior do dano. A segunda, que busca uma reparação econômica, pecuniária.

Cabe também frisar que é possível também o pedido de reparação por danos morais, já que o meio ambiente é um direito difuso (Cf. FIORILLO, 2011).

C. PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO.

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deveria ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. (Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - 1992).

O princípio da prevenção é um dos mais importantes para o direito ambiental, pois uma vez ocorrido um dano ambiental, torna-se assaz difícil a sua reparação. Como recuperar uma espécie extinta, ou uma floresta desmatada com sua fauna e flora? Diante desta dificuldade, a prevenção é o melhor caminho e deve ser priorizada pelos Estados e pelos agentes econômicos que podem danificar o meio ambiente. Além disso, não basta que estes atores preservem o meio ambiente. Faz-se necessário que toda a sociedade, todas as pessoas adquiram consciência ambiental, o que é um grande desafio.

D. PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO.

A Proteção do meio ambiente é um dever de todos, ou seja, Estado, sociedade, empresas, sindicatos, associações, pessoas físicas e jurídicas. Todos têm o dever de proteger e preservar o meio ambiente, pois, como já vimos, trata-se de um direito difuso, desta e das futuras gerações.

Nota-se uma carência de consciência e formação ambiental na população brasileira, o que deve ser mudado, em prol de um meio ambiente sadio e equilibrado para esta e as futuras gerações.

E. PRINCÍPIO DA UBIQUIDADE.

O princípio da ubiquidade é de fundamental importância para o direito ambiental, pois o fundamento da preservação do meio ambiente é a pessoa humana, sua qualidade de vida e dignidade. Como a pessoa humana é fundamento e alicerce da República Federativa do Brasil, e o meio ambiente é um importante modo de garantir esta dignidade, reza o princípio da ubiquidade que a questão ambiental deve permear todas as políticas e ações, tanto do poder público quanto da sociedade civil, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

Deste modo, se o governo ou um particular, uma sociedade empresária, quiserem realizar alguma obra ou serviço, deverá antes ser analisada a questão ambiental; se um município vai elaborar seu plano diretor, a questão ambiental também deverá ser analisada obrigatoriamente, e assim por diante.

É neste sentido que surge o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, previsto no próprio texto da Constituição Federal, tamanha sua importância (art. 225, parágrafo 1º, inciso IV). Trata-se de exigência para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente.

No plano infraconstitucional, mais especificamente no âmbito do meio ambiente do trabalho, é importante mencionar a exigência de que todos os empregadores disponham de *Programa de Prevenção de Riscos Ambientais*, nos termos da Norma Regulamentadora n. 09, do Ministério do Trabalho e Emprego. Seguem abaixo alguns trechos da Norma:

9.1.1 Esta Norma Regulamentadora - NR estabelece a obrigatoriedade da elaboração e implementação, por parte de todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA, visando à preservação da saúde e da integridade dos trabalhadores, através da antecipação, reconhecimento, avaliação e conseqüente controle da ocorrência de riscos ambientais existentes ou que venham a existir no ambiente de trabalho,

tendo em consideração a proteção do meio ambiente e dos recursos naturais.

9.1.2 As ações do PPRA devem ser desenvolvidas no âmbito de cada estabelecimento da empresa, sob a responsabilidade do empregador, com a participação dos trabalhadores, sendo sua abrangência e profundidade dependentes das características dos riscos e das necessidades de controle.

(...)

9.1.5 Para efeito desta NR, consideram-se riscos ambientais os agentes físicos, químicos e biológicos existentes nos ambientes de trabalho que, em função de sua natureza, concentração ou intensidade e tempo de exposição, são capazes de causar danos à saúde do trabalhador.

9.1.5.1 Consideram-se agentes físicos as diversas formas de energia a que possam estar expostos os trabalhadores, tais como: ruído, vibrações, pressões anormais, temperaturas extremas, radiações ionizantes, radiações não ionizantes, bem como o infrassom e o ultrassom.

9.1.5.2 Consideram-se agentes químicos as substâncias, compostos ou produtos que possam penetrar no organismo pela via respiratória, nas formas de poeiras, fumos, névoas, neblinas, gases ou vapores, ou que, pela natureza da atividade de exposição, possam ter contato ou ser absorvidos pelo organismo através da pele ou por ingestão.

9.1.5.3 Consideram-se agentes biológicos as bactérias, fungos, bacilos, parasitas, protozoários, vírus, entre outros.

CONCLUSÃO

A noção e o conteúdo da atividade econômica e empresária, têm passado por uma releitura, de modo especial com a Constituição Federal de 1988, de modo que não podem mais ser vistos de modo absoluto e unilateral.

A atividade empresária deve cumprir sua função social, econômica e ambiental, na ciência de que o seu fundamento e finalidade é proporcionar uma vida digna à pessoa humana.

No novo sistema constitucional não existem direitos absolutos. O direito civil e empresarial não podem ser vistos sob a ótica unicamente patrimonial e legalista. Todos os direitos estão a serviço da pessoa humana, que é fundamento do sistema jurídico nacional, inclusive do direito privado (TEPEDINO, 2002, p. XXV).

BIBLIOGRAFIA

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3º edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Função social da empresa em face do direito ambiental constitucional*. In: JORGE, André Lemos; ADEODATO, João Maurício; DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira (Org.). *Direito empresarial: estruturas e regulação*. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2018.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. *Significado da Evolução Contemporânea do Direito de Propriedade*. In: *Doutrinas Essenciais. Obrigações e Contratos. Volume II*. Gustavo Tepedino, Luis Edson Fachin, organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

STIFELMAN, Anelise Grehs. *O Registro de Imóveis e a Tutela do Meio Ambiente*. In: *Doutrinas Essenciais. Direito Registral. Volume II*. Ricardo Dip, Sergio Jacomino, organizadores. 2º edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil- Constitucional*. 1º edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ESPECIFICIDADES SOBRE A SUA (IN) VIABILIDADE

JOÃO ALEXANDRE TARGINO DA ROCHA:

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ. Pós Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damásio. Advogado.

RESUMO: Esta pesquisa tem por escopo o estudo do Direito Penal do Inimigo em contraposição ao Estado Democrático de Direito com o propósito de verificar a sua compatibilidade ao ordenamento jurídico pátrio. Com o desiderato de desenvolvimento do tema, parte-se de uma conceituação e caracterização do Direito Penal do Inimigo, evidenciando ainda as críticas que a doutrina moderna realiza a este instituto, verificando-se, a uma primeira vista, uma completa incompatibilidade dessa teoria com o ordenamento jurídico brasileiro pautado em uma Constituição Cidadã. Ao longo do trabalho irá perceber que vários elementos do Direito Penal do Inimigo já se encontram incrustados nas nossas legislações penais em prol da segurança coletiva do Estado, sob o manto da aplicação do princípio da proporcionalidade. Objetivando solucionar as controvérsias, fez uso de entendimentos doutrinários. Para a consecução do trabalho, foram utilizados os seguintes procedimentos metodológicos: natureza da vertente metodológica qualitativa; método de abordagem sistêmico; método jurídico de interpretação sistemático; pesquisa explicativa e bibliográfica e técnica de documentação indireta.

Palavras-chaves: Política Criminal. Direito Penal do Inimigo. Princípio da Proporcionalidade. Estado Democrático de Direito.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 - DIREITO PENAL DO INIMIGO. 1.1 Conceito. 1.2 Características. 2 - ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO. 2.1 Críticas ao Direito Penal do Inimigo. 2.2 Direitos Humanos Violados pelo Direito Penal do Inimigo. 3 - DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 3.1 Princípio da proporcionalidade. 3.2 Análise da coexistência do Direito Penal do Inimigo e o estado democrático de direito sob o prisma do princípio da proporcionalidade. 3.3 Entendimentos jurisprudenciais acerca do Direito Penal do Inimigo. 3.4 Reflexos

do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro. CONCLUSÃO.
REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Este trabalho abordará o polêmico tema do Direito Penal do Inimigo, analisando-o a possibilidade de aplicação ao ordenamento jurídico brasileiro que vive a existência de um Estado Democrático de Direito. Para tanto, far-se-á uso da técnica da ponderação sob o prisma do princípio da proporcionalidade.

Essa teoria voltou a tona nos dias hodiernos, em razão da saturação da população com os altos índices de violência e impunidade, especialmente em razão dos crimes de colarinho branco (que são aqueles praticados por agentes que detém algum poder, seja econômico ou de político, para praticar crimes), fazendo com que os cidadãos clamassem por um endurecimento das leis penais contra os transgressores contumazes. Essa insatisfação é um terreno fértil para o reavivamento do Direito Penal do Inimigo.

Discutir-se-á neste artigo se é possível aplicar na sua integralidade a doutrina do Direito Penal do Inimigo, bem como, se isso não for possível, se existe a viabilidade de se utilizar de algum de seus elementos a fim de inovar na política criminal brasileira.

Para tanto, o trabalho principia pela análise geral e conceitual do Direito Penal do Inimigo, bem como pela relativização de garantias penais e processuais, para posteriormente, analisar o princípio da proporcionalidade e a coexistência do Direito Penal do Inimigo diante de um Estado Democrático de Direito com o fito de uma melhor resposta estatal à impunidade e a sensação de insegurança que permeia a sociedade moderna.

DIREITO PENAL DO INIMIGO

Prefacialmente, analisar-se-á a teoria do Direito Penal do Inimigo concebida por Günther Jakobs, conceituando e caracterizando seus principais pontos, aprofundando, especificadamente, no que atine à antecipação da tutela penal e à relativização de garantias penais e processuais.

1.1. CONCEITO

O Direito Penal do Inimigo é uma tese penal desenvolvida pelo autor alemão Günther Jakobs, que busca a identificação e eliminação daqueles indivíduos que possam ameaçar o Estado, denominado pelo autor de “inimigos”, ou seja, aquele que rejeita às regras de convívio social.

Por meio dessa teoria, Jakobs procura diferenciar um *Direito Penal do Cidadão* e um *Direito Penal do Inimigo*, aquele caracterizado por uma visão tradicional do Direito Penal, ou seja, garantista, com a obediência de todos os princípios fundamentais que lhe são inerentes; já o último seria um Direito Penal impregnado por um Estado de emergência característico do estado de guerra, em que os princípios fundamentais são suprimidos, em razão de não estarmos diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado

Caracterizaria, portanto, um verdadeiro *estado de guerra*, em que, segundo Jakobs, as regras do jogo devem ser distintas.

Logo, o inimigo é um sujeito que desafiou o Estado e suas instituições, e, conseqüentemente, não pode ser tratado como um cidadão que possui garantias e a salvaguarda da lei para que possa se utilizar da ampla defesa e do contraditório inerentes ao Direito Penal do Cidadão. Deve ser tratado como um mal a ser combatido, aniquilando por completo sua periculosidade.

A expressão “Direito Penal do Inimigo” foi utilizada prefacialmente como um meio de crítica de Jakobs ao fenômeno intitulado de hipertrofia legislativa na seara penal, diante da carga emocional e ideológica que essa expressão denota. A partir de 1999, no entanto, Jakobs passou a defender sua legitimação, com o propósito de refrear o crescimento do próprio Direito Penal do Inimigo (ZAFFARONI, pg. 157).

Jakobs defende que o aludido “inimigo” se distingue do criminoso comum, pois este não nega a validade do ordenamento jurídico, apenas o descumpre e acaba por sofrer uma sanção que irá revalidar o sistema penal e buscar a ressocialização do delinquente. Por sua vez, no que tange ao inimigo, este além de infringir o ordenamento, não reconhece a sua validade, sendo impossível reafirmar o sistema, pelo contrário ele atenta contra todo o Estado.

Por isso, eles são considerados uma ameaça à ordem jurídica, devendo o Estado se utilizar do Direito Penal do Inimigo com o propósito de manter sua autoridade.

Para Jakobs, existem indivíduos que, por sua insistência em delinquir, voltam ao seu *status quo* natural antes do estado de direito. Um sujeito que não segue os deveres de um estado de cidadania não pode se beneficiar dos direitos daqueles que a obedecem, que são os cidadãos. No estado natural, em que existe uma ausência de normas, quem ganha a guerra é que dita as regras, daí portanto, a caracterização da periculosidade do inimigo.

O cidadão, tendo em vista que não nega o direito, apesar de infringir uma de suas regras é punido segundo sua culpabilidade. No que atine ao inimigo é combatido em razão de sua periculosidade, e em razão disso perde o direito às garantias legais, devendo ser afastado do Estado, perdendo a alcunha de cidadão.

Damásio de Jesus (2008) leciona que no campo do processo penal também se revelam reflexos da concepção do indivíduo como "inimigo", são eles:

- 1) a prisão preventiva, medida cautelar utilizada no curso de um processo, funda-se no combate a um perigo (de fuga, de cometimento de outros crimes, de alteração das provas etc.);
- 2) medidas processuais restritivas de liberdades fundamentais, como a interceptação das comunicações telefônicas, cuja produção se dá sem a comunicação prévia ao investigado ou acusado, e a gravação ambiental;
- 3) possibilidade de decretação da incomunicabilidade de presos perigosos etc.

Segundo Rodrigo Szuecs de Oliveira (2011, p.10), o Direito Penal do Inimigo também pode ser denominado de Direito Penal de Oposição, que tem como principais peculiaridades: a) a ampla progressão dos limites da punibilidade, em especial a mudança de perspectiva sobre o ato já praticado (retrospectiva) para o ato que ainda será praticado (prospectiva), em especial com a criação de tipos penais de organizações criminosas e terrorismo; b) a não redução da pena proporcional à essa progressão dos limites da punibilidade, como por exemplo, a pena para o chefe de uma organização criminosa ser igual à pena de um homicídio tentado; c) passagem da legislação de Direito Penal para a legislação de combate à criminalidade; d) a supressão de garantias processuais, tendo por exemplo clássico a incomunicabilidade com o preso.

Jesús-Maria Silva Sánchez (1992, p.163) inclui o Direito Penal do inimigo numa concepção própria de política criminal. Segundo ele, o ordenamento jurídico-penal se caracteriza pela existência de três velocidades: a) a primeira a velocidade é a clássica, na qual impõe-se penas privativas de liberdade e

mantém-se a observância dos princípios político-criminais, das regras de imputação e dos princípios processuais clássicos; b) a segunda velocidade seria aquela constituída por infrações que impõem penas pecuniárias ou restritivas de direito, e em razão disso, em contrapartida comportam certa flexibilização dos princípios e regras clássicos, já que as sanções são de menor gravidade; a terceira velocidade do Direito Penal, em que se enquadra o Direito Penal do Inimigo, proporciona a coexistência de penas privativas de liberdade e também a flexibilização de certos princípios político-criminais e às regras de imputação.

A coação penal representaria a reação social ao fato criminoso, de modo tal que a sanção, para o cidadão, seria um simbolismo necessário para a manutenção do *status quo*, servindo de caráter retributivo e preventivo de novos intentos criminosos. No que tange o Direito Penal do Inimigo, a função de eliminar o perigo, neutralizando o delinquente desertor, partindo da premissa que aquele que viola as normas do contrato social repetidamente deixa de possuir o status de cidadão, devendo ser transformado em inimigo e, assim, alvo de uma segregação em favorecimento do bem jurídico protegido.

O fundamento da construção teórica de Jakobs que distingue o Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Cidadão possui como fundamentos a filosofia de Hobbes e Rousseau, quando defende que o Direito surge quando os indivíduos abdicam de parcela de sua liberdade, saindo do estado de natureza, e se submetem à proteção do Estado, que é soberano.

Para Jakobs (MELIÁ, 2012, p. 36) a relação com os inimigos não se realiza através do Direito, mas sim da coação, quando defende que “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios de pessoa”.

Jakobs (2012) não se filia a tese de que o Direito Penal do Inimigo deve ser uma regra a ser adotada no ordenamento jurídico. Pelo contrário, para o autor seria um verdadeiro direito penal de exceção, ou seja, um conjunto de leis de combate, e não a todo e qualquer crime, mas principalmente no que se refere ao terrorismo, o crime organizado, crimes econômicos, crimes sexuais e tráfico de entorpecentes. O autor vai além e indaga o motivo pelo qual é necessário dispor sobre esse direito penal de emergência:

Estado de Direito. Somente é possível determiná-lo
como Direito Penal do Inimigo em um Estado de Direito;

em um Estado de Não Direito, ele não constitui uma singularidade, pois este vê inimigos em todas as partes. Um Estado de Direito distingue entre regra e exceção, somente estando consciente de si mesmo quando reflete regras e exceção enquanto tais, e somente essa reflexão permite limitar a exceção à medida do necessário. Assim, as presentes exposições não pretendem, de forma alguma, ser uma exportação ao ataque violento; pelo contrário, trata-se das condições da juridicidade orientadora. Por isso, nenhum Estado de não-Direito pode usar o texto aqui apresentado para a sua legitimação, e nenhum Estado de Direito que se encontre na sujeira do dia-a-dia pode fingir que ele não lhe diz respeito. (Jakobs, 2012, p.27)

Portanto, resta evidente que para Jakobs, aquele que não oferece segurança à sociedade, por seus comportamentos não aceitáveis, representando uma ameaça ao Estado, não só não deve esperar ser tratado como cidadão, como também, nem o próprio Estado não deve o tratar, pois, trata-se de um direito de guerra.

1.2. CARACTERÍSTICAS

Hoje em dia, as sociedades modernas invocando cada vez mais as normas jurídicas que endureçam ainda mais o caráter punitivo da pena que ao serem comparadas com a doutrina de Jakobs possuíam características próprias de Direito Penal do Inimigo. Portanto, entende-se necessário analisar tais características, com o propósito de evidenciar a existência de algum de seus elementos no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Jakobs (2012), o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: 1) preferencialmente, se verifica um amplo adiantamento da punibilidade, ou seja, neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (o ponto de referência é o fato futuro), no lugar da tradicional retrospectiva (o ponto de referência é o fato cometido); 2) desproporcionalidade das penas previstas, que são altas. No Direito Penal do inimigo a antecipação do liame da punição não é tida em conta para diminuir em correspondência a pena ameaçada (como ocorre na segunda velocidade); 3) garantias processuais são relativizadas ou até suprimidas.

O direito penal do inimigo é, portanto, caracterizado como aquele que 1) determina ser o "inimigo" uma não-pessoa (ou seja, um não-cidadão, estabelecendo-se com ele uma relação de aniquilação, de guerra); 2) visa a combater ameaças ao convívio em sociedade presente no Estado; 3) utiliza-se de medidas de segurança;

4) trabalha com um direito penal do autor (e não com um direito penal do fato presente no Direito Penal do Cidadão), punindo a periculosidade do agente; 5) é essencialmente preventivo; 6) antecipa a tutela penal para punir atos preparatórios (diante da existência da periculosidade), sendo caracterizado por um direito que nega o garantismo; 7) não realiza a estabilização de normas (prevenção positiva), pelo contrário, atribui a determinados grupos o status de infratores e age entendendo-os como desertores, sendo interceptados de pronto, em um estado de natureza.

Assim, aos cidadãos infratores, dar-se-á um julgamento com base em regras e princípios garantistas por meio de um direito positivado. Já aos inimigos, diante de sua periculosidade, combate-se com coação para neutralizar suas atitudes, aniquilando o seu potencial ofensivo para o Estado.

Luiz Flávio Gomes (2004) formula uma lista didática sobre as características por ele destacadas sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo, vejamos:

a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança;

b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); d) não é um Direito penal retrospectivo, sim, prospectivo; e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação;

f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa, já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); g) o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, enquanto o Direito penal do inimigo combate preponderantemente perigos; h) o Direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de

proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; i) mesmo que a pena seja intensa e desproporcional, ainda assim, justifica-se a antecipação ocasional, espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma), em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de suapericulosidade.

Ainda segundo o entendimento de Luiz Flávio Gomes (2004), o Direito penal do inimigo tem a necessidade da identificação de um inimigo, além de caracteriza-se ademais pela oposição que faz ao Direito penal do cidadão (em que vigoram todos os princípios limitadores tradicionais do poder punitivo estatal).

Deste modo, consoante os ensinamentos de Gomes (2004), pode-se eleger como as principais bandeiras desta política criminal: 1) flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas); 2) inobservância de princípios básicos, como o da ofensividade da exteriorização do fato, da imputação objetiva, etc; 3) aumento desproporcional de penas; 4) criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos); 5) endurecimento sem causa da execução penal; 6) exagerada antecipação da tutela penal; 7) corte de direitos e garantias processuais fundamentais; 8) concessão de prêmios ao inimigo que se mostra "fiel" ao Direito (delação premiada, colaboração premiada etc.); 9) flexibilização da prisão em flagrante (ação controlada); 10) infiltração de agentes policiais; 11) uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentados ou contra a lei etc.).

Conclui-se, assim que o objetivo do Direito Penal do Inimigo não é a garantia da vigência da norma que foi negada, mas a eliminação de um perigo. Um bom exemplo de utilização desses elementos é possível detectar no nosso ordenamento jurídico pátrio que é o regime disciplinar diferenciado, previsto nos arts. 52 e seguintes. da Lei de Execução Penal, que pretende, nitidamente à neutralização de agentes altamente perigosos para a sociedade.

Partindo do exposto, seria possível afirmar que o Direito penal do inimigo já está inserido em nosso ordenamento jurídico? Tal resposta depende da análise

mais detida de umas dessas características apresentadas, são elas: a antecipação da tutela penal e a relativização de princípios e garantias processuais.

2.2.1.1. Antecipação da tutela penal

Essa característica faz diferenciar do Direito Penal Clássico (que na doutrina de Jakobs se refere ao Direito Penal do Cidadão) em razão de ampliar a intervenção punitiva do Estado no que atine a antecipação da ingerência penal contrariando a lógica da punição pelos fatos cometidos, para a punição de fatos que ainda estão por vir, já que se trata de um inimigo, devendo ser combatido com penas mais elevadas e limitando as garantias processuais.

A antecipação da tutela penal tem como peculiaridade a punição de ato preparatórios e a tipificação de crimes de mera conduta, bem como tipos de perigo abstrato.

Nessa esteira, entende-se, que, através de um processo de ponderação de interesses, de acordo com essa característica, a segurança acaba por ser considerada como um bem superior a ser defendido, fazendo com que alguns direitos fundamentais do indivíduo sejam manejados para um segundo plano, com o propósito de proteger a coletividade a um potencial dano que pode vir a ser causado pelo inimigo, moldando assim, à verdadeira essência do princípio daprevenção.

2.2.1.2. Relativização de garantias penais e processuais

Esta característica revela a essência do Direito Penal do Inimigo fazendo com que este se insira na terceira velocidade do Direito penal, fazendo com que se mostra um instrumento eficaz no combate à criminalidade dita moderna, como o crime organizado transnacional, o terrorismo, crimes praticados via internet, entre outros, já que estes demanda uma resposta mais rápida e eficaz tanto do Estado, fazendo necessário em determinados casos a cooperação internacional.

Um cristalino exemplo do seu emprego na atualidade se dá através das atitudes do governo americano referente à prisão da Baía de Guantánamo, local em que são enviados os terroristas presos, os quais não possuem direito alguns dos mais basilares direitos como, constituir advogado, bem como comunicação externa com familiares.

Tal relativização de garantias penais e processuais fere de morte o conjunto de normas que apregoadas pelo Direito Penal clássico, como conhecemos, que dita a obediência aos princípios da necessidade, proporcionalidade em busca da proteção do bem jurídico, devendo ser respeitado a ampla defesa e o contraditório, o princípio da legalidade, da taxatividade, da anterioridade, dentre outros, inclusive a garantia de que o direito penal será empregado apenas nas infrações mais graves.

Na verdade, a defesa da relativização de garantias penais e processuais se prende na premissa de que não podem haver direitos absolutos e de que estes não poderiam ser usados como um verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas, sob pena de malferir o próprio Estado de Direito ao qual essas normas se fundam.

Nessa senda, para essa teoria, não é possível que esses delinquentes se beneficiem dos direitos, que são inerentes aos cidadãos (que cumprem com seu papel dentro da sociedade, e, portanto, fazendo jus a serem detentores de direitos).

Os desertores merecem um tratamento de choque, tendo em vista que estes são um mal iminente que ameaça a vida em sociedade, devendo na concepção dessa corrente doutrinária filosófica da Política Criminal serem aniquilados em nome da paz, harmonia e justiça social.

Percebe-se, com o que foi exposto, que para o Direito Penal do Inimigo sobrepõem-se o interesse coletivo pautado na segurança do Estado, em detrimento de salvaguardar os direitos individuais inerentes dos indivíduos taxados como inimigos que possam vir a causar danos irreparáveis, consoante prega a teoria de Jakobs.

Diante disso, emergem severas críticas a essa teoria. Será que é legítimo o malferimento de direitos básicos consagrados pela humanidade na luta contra a criminalidade? Os fins justificam os meios? Tais juízos de valor serão vistos no tópico a seguir.

2. ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Neste tópico iremos analisar as críticas ao direito penal do inimigo, verificando a afronta a uma série de direitos e garantias consagrados em nossa

Constituição Federal, bem como dos direitos humanos consagrados no plano internacional.

2.1. CRÍTICA AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Direito Penal do Inimigo começou a sofrer severas críticas, principalmente por aqueles autores que defendem o Direito Penal Clássico garantista, sendo acusado de ser verdadeiramente um direito penal do autor, típico de regimes totalitários, assemelhando-se ao projeto desenvolvido durante o regime nazista de Hitler.

Uma comprovação disso é que a teoria de Jakobs trata o inimigo como uma não-pessoa, trazendo uma clara semelhança entre a distinção amigo/inimigo defendida pelo regime nazista.

Destaca-se assim, a desumanização de certos indivíduos, pautado por um direito penal que busca apenas a neutralização, pois não existe qualquer relação desse com o ordenamento com o qual conhecemos que é baseado na prevenção geral positiva, um direito penal do cidadão, que, reconhece o homem como sujeito de prerrogativas.

Os autores também criticam duramente a tese da Teoria do Direito Penal do Inimigo de que esse desertor da sociedade seria incorrigível, e, portanto, por possuir essa sequela no caráter, não pode agir conforme os demais cidadãos.

Critica-se o Direito Penal do inimigo, também, por entender Gomes (2004) que este é na essência um fruto do Direito Penal simbólico somado ao Direito Penal punitivista, ao defender que "a expansão do Direito penal é o fenômeno mais evidente no âmbito punitivista dos últimos anos", de modo tal que seria o Direito Penal do inimigo o resultado de um Direito Penal do "legislador", com caráter iminentemente punitivista (antecipação exagerada da tutela penal, bens jurídicos indeterminados, desproporcionalidade das penas, etc.) e um Direito puramente simbólico (leis promulgadas afim de aplacar a ira da população).

Alexandre de Moraes (2011, p. 252), cita em sua obra Luis Flávio Gomes que entende-se que:

Os tipos penais são cada vez mais abertos e pune-se não mais o fato senão determinados tipos de autor; já não se trata de um direito penal do fato (do crime), senão do réu (do criminoso); já não se pune pelo que o agente fez,

senão pelo que é; o processo já não é informativo (Beccaria), senão ofensivo; o juiz já não é mais imparcial, senão um inquisidor em busca do inimigo; o processo foi transformado em terreno de luta e o juiz em instrumento de ataque; busca-se a confissão a todo custo, principalmente por meio de segregação do suspeito; prende-se para se descobrir o suspeito, numa inversão abominável da praxe regida pelo estado de direito; permite-se todo tipo de acordo, estimula-se a delação dá-se prêmio ao delator, a fase de execução da pena amplamente administrativizada (tornou-se discricionária)”

Ainda segundo Gomes (2004), a criminalidade taxada como “inimiga” não chega ao cume de por em risco o Estado vigente, nem mesmo suas instituições essenciais, por mais que afete bens jurídicos importantes ou cause grande clamor social e popular, através da mídia, mas não chega ao ponto de colocar em risco a própria existência do Estado.

Outro fato uma das mais oportunas críticas é o fato do subjetivismo do conceito de inimigo. Quem deve ser considerado inimigo? Para alguns, terroristas, traficantes de drogas deveriam ser incluídos, já outros acham que um estuprador de uma pessoa de sua família também deveria ser enquadrado como inimigo do estado. A verdade é que a lista seria infundável, e dificilmente se encontraria um conceito de inimigo acabado e taxativo de tal rol nos molde visados por essa tese, fazendo com quem um cidadão de uma hora para outra fosse tratado como um mal que deve ser extirpado.

Nessa esteira, abrir-se-ia lacunas para a condenação de inocentes, muitas vezes, inclusive com a punição de pena de morte, ocasionando um retrocesso que nos faria lembrar a inquisição em que eram considerados inimigos quem não atendia às regras do Estado e da Igreja, bem como do Holocausto, em que uma nação ou grupos de minorias foram considerados como inimigos e, independentemente de seus atos.

Portanto, a arbitrariedade e excesso de poder que levariam a uma maior supressão de garantias e aplicação aos inimigos políticos gerando uma desvirtuamento da teoria que em si já é supressiva de direitos elementares.

Trazendo a doutrina para países em que a corrupção está presente, como o Brasil, alguém duvidaria que os detentores de poder iriam extrapolar suas

funções e prerrogativas para tentar enquadrar como inimigos os seus arquirrivais políticos? A resposta nós já sabemos, basta recapitular o que foi vivenciado na nossa ditadura.

Nesse sentido, leciona Zaffaroni que o poder de conceituação de quem seja o inimigo está nas mãos dos que exercem poder, podendo levar a arbitrariedades, vejamos:

a história do exercício real do poder punitivo demonstra que aqueles que exerceram o poder foram os que sempre individualizaram o inimigo, fazendo isso da forma que melhor conviesse ou fosse mais funcional – ou acreditaram que era conforme seus interesses em cada caso, e aplicaram esta etiqueta a quem os enfrentava ou incomodava, real, imaginária ou potencialmente. O uso que fizeram deste tratamento diferenciado dependeu sempre das circunstâncias políticas e econômicas concretas, sendo em algumas vezes moderado e em outras absolutamente brutal, porém os eixos centrais que derivam da primitiva concepção romana do hostis são perfeitamente reconhecíveis ao longo de toda história real do exercício do poder punitivo no mundo.”(ZAFFARONI, 2011, p.82).

Baseando-se no direito brasileiro, as críticas se perfilham diante da incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, o malferimento dos princípios e garantias penais, levando a maioria dos doutrinadores pátrios sustentar sua inconstitucionalidade.

Cancio Meliá (2012 p. 35), dentre outros doutrinadores, rejeitam a Teoria do Direito Penal do Inimigo pelos motivos a seguir sintetizados:

- 1) O Direito Penal do Inimigo ofende a Constituição, pois esta não admite que alguém seja tratado pelo Direito como mero objeto de coação, despido de sua condição de pessoa (ou de sujeito de direitos. .2) O modelo decorrente do Direito Penal do Inimigo não cumpre sua promessa de eficácia, uma vez que as leis que incorporam suas características não têm reduzido a criminalidade. 3) O fato de haver leis penais que adotam princípios do Direito Penal do Inimigo não significa que ele possa existir

conceitualmente, como uma categoria válida dentro de um sistema jurídico.

- 4) Os chamados "inimigos" não possuem a "especial periculosidade" apreçoada pelos defensores do Direito Penal do Inimigo, no sentido de praticarem atos que põe em xeque a existência do Estado. O risco que esses "inimigos" produzem dá-se mais no plano simbólico do que no real.
- 5) A melhor forma de reagir contra o "inimigo" e confirmar a vigência do ordenamento jurídico é demonstrar que, independentemente da gravidade do ato praticado, jamais se abandonarão os princípios e as regras jurídicas, inclusive em face do autor, que continuará sendo tratado como pessoa (ou "cidadão").
- 6) O Direito Penal do Inimigo, ao retroceder excessivamente na punição de determinados comportamentos, contraria um dos princípios basilares do Direito Penal: o princípio do direito penal do fato, segundo o qual não podem ser incriminados simples pensamentos (ou a "atitude interna" do autor).

Portanto, frise-se que por mais grave seja o crime cometido por um indivíduo, este tem o direito de ver respeitado pelo Estado a sua dignidade, bem como os direitos básicos e atrelados a personalidade do homem. Considerar um criminoso que atente contra o Estado uma não pessoa não é capaz de se evitar que novas afrontas surjam.

Nesse sentido, a periculosidade não deve ser aplicada, mas sim a punição pela culpabilidade, pautada pelo prisma da proporcionalidade. Não é razoável que voltemos à época das cavernas, tirando direitos básicos de cidadãos – sejam eles delinquentes ou não.

2.2. DIREITOS HUMANOS VIOLADOS PELO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A tese do direito penal do inimigo do doutrinador Günther Jakobs por atribuir um novo panorama sobre o criminoso, qual seja, considerá-lo como um inimigo, ou não pessoa foi alvo de inúmeras críticas como vimos acima.

Além do mais, para a maioria dos doutrinadores configura um retrocesso para o Direito Penal, tendo em vista que malferem os direitos humanos, que se norteiam principalmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que pode ser definida deste modo:

A qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração

por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e

qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET,2001,p.60)

Desse modo, afirma-se que a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca de cada ser humano, inalienável e irrenunciável. Assim, mesmo diante da ultima ratio que é o direito penal, especificadamente, pela teoria em análise, o seu núcleo mínimo deve se respeitado.

Nessa senda, Greco complementa que:

Como princípio constitucional, a dignidade humana deverá ser entendida como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito a criação legislativa, bem como para aferir a validade das normas que lhe são inferiores. Assim, por exemplo, o legislador infraconstitucional estaria proibido de criar tipos penais incriminadores que atentassem contra a dignidade da pessoa humana, ficando proibida a cominação de penas cruéis, ou de natureza aflitiva, a exemplo dos açoites. Da mesma forma, estaria proibida a instituição da tortura, como meio de se obter a confissão de um indiciado/acusado (por maior que fosse a gravidade, em tese, da infração penal praticada). (GRECO, 2009, p.59)

Da análise do trecho citado, verifica-se que é incongruente a aplicação do direito penal do inimigo frente à dignidade humana do indivíduo denominado inimigo, pois esta última torna-se plenamente violada e vulnerada. Suprimir por total o status de pessoa do delinquente inimigo, tornando-o mero objeto de coação, sem nenhuma dignidade, não é condizente com nossa Constituição

Federal que se pauta na dignidade da pessoa humana, razão pela qual, não lhe assiste guarida.

Neste diapasão, Moraes segue dizendo:

O respeito aos direitos humanos fundamentais, principalmente pelas autoridades públicas, é pilastramestra na construção de um verdadeiro Estado de direito democrático. Como bem salientou o Min. Marco Aurélio, “reafirme-se a crença no Direito; reafirme-se o entendimento de que, sendo uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este aquele, advindo a almejada segurança jurídica da observância do ordenamento normativo. O combate ao crime não pode ocorrer com atropelo da ordem jurídica nacional, sob pena de vir a grassar regime totalitário, com prejuízo para toda a sociedade” (STF – 2ª T – HC nº 74639-0/RJ – rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, 31-10-1996). (MORAES, 2000, p.21).

Desse modo, percebe-se que em um Estado Democrático de Direito, como o que vivemos, é fundamental o respeito aos direitos humanos, não sendo legítimo ferir de morte todo o sistema jurídico visando combater os terroristas, participantes do crime organizado, entre outros infratores de alta periculosidade, como se pretende no direito penal do inimigo.

.O que foi exposto tem como alicerce o princípio da prevalência dos direitos humanos, que é um dos que regem a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais, consoante o art. 4º caput e inciso II da nossa Lei Maior.

Além disso, é indispensável a menção à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, pois foi através desta que fora imposto como baliza e fundamento da ação penal estatal a dignidade da pessoa humana. Nesse norte, o direito penal máximo perde seus fundamentos, em razão de violar os direitos humanos fundamentais dos ditos “inimigos”, ao ponto de não poder ser utilizado sob a égide do princípio fundamental da dignidade humana, uma vez que este é regido pela nossa Constituição Federal.

Por conseguinte, explicitaremos, especificamente, alguns desses direitos que são violados pela aplicação da tese do Direito Penal do Inimigo, tendo como

parâmetro nossa Constituição Federal de 1988, que declara ser inviolável o direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e à propriedade, além de outros princípios e garantias espalhados implícita e explicitamente no seu texto. Para tanto, far-se-á uma relação de causalidade entre a aplicação do direito penal do inimigo e a violação dos direitos humanos fundamentais dos indivíduos consagrados como inimigos.

Prefacialmente, falaremos do direito à vida que é o direito essencial a toda pessoa humana, e sem ele não podemos desenvolver outros direitos básicos. Trata-se, portanto, de um bem precioso, um direito adquirido a partir da concepção, personalíssimo, intransmissível, indisponível e irrenunciável.

A doutrina jurídica entende que a vida é um bem antecedente ao próprio Direito, sendo portanto, um direito natural inerente a condição de ser vivo, servindo como paradigma para o ordenamento jurídico e que deve ser consagrado, pelo menos em princípio, e prefacialmente.

Com a salvaguarda do direito à vida é que se adquirem os demais direitos personalíssimos que são relativos ao ser humano, pois é a vida o elemento essencial para aquisição destes outros direitos, sendo, portanto, um requisito primordial ao status de pessoa e não apenas um direito subjetivo e eventual desta.

Sua tutela deve ser pelo Estado, portanto, pública, pois ninguém pode dispor de sua vida de forma privada, a fim de se evitar arbitrariedades, tanto no âmbito nacional e no internacional.

No âmbito nacional, sua previsão se encontra no pálio constitucional do art. 5º, caput que prevê que todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, seja ela relacionada a idade, cor, raça, crença, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, como também do direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Nessa senda, balizada doutrina em consonância, representada aqui por Maria Helena Diniz discorre que:

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, conseqüentemente, a vida é um

bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa. Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto erga omnes, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer [...] Garantido está o direito à vida pela norma constitucional em cláusula pétrea, que é intangível, pois contra ela nem mesmo há o poder de emendar [...] tem eficácia positiva e negativa [...] A vida é um bem jurídico de tal grandeza que se deve protegê-lo contra a insânia coletiva, que preconiza a legalização do aborto, a pena de morte e a guerra, criando-se normas impeditivas da prática de crueldades inúteis e degradantes[...] Estamos no limiar de um grande desafio do século XXI, qual seja, manter o respeito à dignidade humana. (DINIZ, 2009, p.32,34).

Do exposto, ressalta-se que o direito à vida é um direito de grandeza maior, entretanto, este, como qualquer outro direito, não é absoluto. O direito a vida pode, por exemplo, ser confrontado com outro direito e não prevalecer, como é o caso por exemplo do aborto de feto anencefálico. Todavia, normalmente, quando o direito à vida confronta com outros direitos, aquele, na maioria dos casos, prevalece, em razão de que sem vida, os outros direitos inexistem.

No caso em questão, no que toca ao Direito Penal do Inimigo, este direito necessita ser respeitado e protegido diante de normas que buscam não aplicarem tal direito.

Nesse sentido, no âmbito internacional, o artigo 4º da Convenção Americana dos Direitos Humanos assegura que toda pessoa tem direito que se respeite sua vida.

Portanto, resta comprovado que a aplicação da teoria do Direito Penal do inimigo, quando retira do indivíduo o status de pessoa, tornando-o um mero objeto de coação física, fere frontalmente seu direito à vida, pois suprime esse direito, seja de maneira total ou parcial, uma vez que direito à vida, abarca

também o direito à qualidade de vida digna. Nessa senda, é o que se verifica nos ensinamentos de Moares:

A constituição Federal assegura, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência. (MORAES, 2000, p.87).

De acordo com o exposto, pode-se exemplificar um caso recente na história como de violação ao direito à vida e aplicação do direito penal do inimigo que foi a morte de Osama Bin Laden pelos Estados Unidos da América. Nesse sentido, relata Siena:

No fatídico evento ocorrido em 02 de maio de 2011, Osama bin Laden foi localizado, identificado e executado, por um grupo de operações especiais das Forças Armadas norte-americanas. O Governo dos Estados Unidos da América viam na imagem deste criminoso "um troféu a ser conquistado". Não se cogitou de efetuar a sua detenção, e apresenta-lo às autoridades competentes locais do Paquistão, sendo em momento oportuno extraditado para os Estados Unidos da América ou entregue ao Tribunal Penal Internacional, conforme fosse o caso. [...] Os fatos envolvendo a morte de Osama bin Laden são demonstrações cristalinas da existência do conceito de "inimigo", e de suas implicações jurídicas. Em verdade, Osama bin Laden não era considerado apenas um criminoso, mas um "inimigo" dos Estados Unidos da América, recebendo o caso um tratamento de Direito Bélico. (SIENA, 2011, p.01).

Sob o prisma da Convenção Americana dos Direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica de 22 de novembro de 1969), conferi-se ainda no seu artigo 4º que:

[...] 3. não se pode reestabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido. [...] 6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto

ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente. (CHOUKR, 2001, p.34).

Visto o artigo supracitado, é mister salientar que quando nos reportamos a pena de morte hodiernamente em nossa normatividade, estamos diante de uma violação do direito à vida, pois, como proposta do direito penal do inimigo, essa violação tende a acontecer contra aqueles considerados não pessoa pelo Estado.

Assim, algo que fora outrora abolida pelo nosso ordenamento jurídico, não deve regressar, com fundamentado no disposto na Convenção explicitada, bem como na proibição do retrocesso.

Entretanto, sabemos que o que ocorre na prática, nem sempre está compatível com a nossa Constituição, pois se é adotada, em pleno ano de 2009 uma medida, chamada de Lei do Abate, em que versa Gomes, a seguir, não se pode ter embasamento constitucional para se estabelecer tal disciplina normativa:

No dia 03.06.09 pilotos da Força Aérea Brasileira (FAB) dispararam tiros de advertência contra um monomotor que transportava 176 quilos de cocaína, em Rondônia, na região de fronteira do Brasil com a Bolívia. A ação só foi possível por causa da Lei do Abate, que entrou em vigor após ter sido regulamentada em 2004[...] Dentre os dispositivos indicados destacamos os princípios da inviolabilidade do direito à vida, proibição da pena de morte em tempo de paz e devido processo legal. Tais garantias consistem cláusula pétrea, logo, impossível deliberação em sentido contrário. (GOMES, 2009, p.01).

Não obstante, é possível perceber a violação do direito à vida pela aplicação do direito penal do inimigo, desta feita, sabendo-se que o direito à vida é o primeiro e necessário para a consecução dos outros direitos.

Desta forma, passar-se-á ao estudo do direito à integridade pessoal, direito este, proveniente do direito à vida, como detalharemos adiante.

O direito a integridade pessoal, abrange a integridade física, psíquica e moral, consoante o artigo 5º da Convenção Americana de Direito Humanos, constatando sua disposição no âmbito internacional conforme se encontra postulado no sentido de que toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

Antes de abordarmos acerca do direito à integridade pessoal, interessante seria conceituar integridade, como maneira de facilitar nossa compreensão do direito avaliado. Nesse sentido, podemos verificar que:

Integridade, seja ela física, psíquica ou moral, entende-se por: "1. qualidade de íntegro; 2. caráter daquilo a que não falta nenhuma das suas partes; 3. Estado de são, de inalterável; 4. retidão, honradez; pureza intata." (DICIONÁRIO online).

Portanto, íntegro, envolve tudo aquilo que está inteiro, completo. Deste modo, pode se formular a ideia de que o direito à integridade pessoal, seja ela física, psíquica ou moral, é o direito de encontrar-se física, psíquica ou moralmente inalterado, estando completo e inteiro.

Quando partimos do entendimento de Jakobs que prevê em sua teoria, que frente ao inimigo é só coação física, localizamos claramente uma violação aos direitos humanos dos inimigos, pois apesar de ser encarado como tal, deve-se ter por consideração a previsão de seus direitos, ainda que prisioneiros.

Do mesmo modo, a integridade física, procede da segurança na liberdade de ir e de vir que o ser humano exerce, sendo o Estado o responsável a atribuir sanções aos que ocasionarem em outrem um malferimento de um bem jurídico a ser tutelado.

a mesma forma, a integridade psíquica, envolve o exercício da liberdade do pensamento moldado pela consciência e pela vontade do indivíduo. Já o exercício da integridade moral, provém da formação cultural e social do homem, devendo ser respeitado, mesmo que contrário aos interesses do Estado.

Quando o indivíduo for preso legalmente, ou seja, por ter violado um bem jurídico tutelado pelo próprio Estado, mesmo assim, lhe será garantido o direito à integridade física, psíquica e moral, pelo Estado, recaindo sobre o mesmo o dever de reintegração e de ressocialização do preso na sociedade. Além do mais,

caso o preso tenha algum desses direitos atingidos pelo Estado, cabe ao erário público indenizar as vítimas dos danos, proporcionalmente ao prejuízo sofrido.

Baseado no exposto, convém acrescentar, a previsão do artigo 5º da Convenção, que segue dizendo:

[...] 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. [...] (CHOUKR, 2001, p.35)

Corroborando com o que foi citado, a Constituição Federal faz prevenção em seu artigo 5º, inciso III, no sentido de que: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (BRASIL, 1988).

Posto isto, vale-se ressaltar por oportuno o significado de tortura para a Assembleia Geral das Nações Unidas, que classifica este ato desumano como sendo:

Qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimento são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram. (MORAES, 2000, p.114).

Cumprido frisar, que desta análise, logo constatou que com a prática do direito penal do inimigo são utilizados tratamentos desumanos, degradantes e inúmeros tipos de tortura contra os inimigos. Um exemplo atual disto se encontra

na prisão de Guantánamo em que os prisioneiros estão sendo submetidos a torturas entre outras atrocidades

Além disso, quanto ao direito à integridade pessoal, é imperioso salientar que a individualização da pena, por ocasião do emprego da tese do direito penal aludido, tende a generalizar os indivíduos e combatê-los previamente por sua periculosidade, afastando o tradicional método de individualização da pena, consoante culpabilidade de cada criminoso ante o ato ilícito cometido por ele. Consoante revela Moraes:

O princípio da individualização da pena exige uma estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja suas finalidades de prevenção e a repressão. Assim, a imposição da pena depende do juízo individualizado da culpabilidade do agente. (MORAES, 2000, p.235)

Nesta senda, complementa Greco que:

[...] a pena seria, grosso modo, o preço correspondente a cada infração penal que tem por finalidade proteger determinados bens. [...] O legislador deve apontar as penas mínima e máxima correspondentes de cada infração penal, almejando, com isso, proteger o bem jurídico previsto pelo tipo penal incriminador. Deverá, obrigatoriamente, [...] trabalhar com o princípio da proporcionalidade, intimamente relacionado ao da individualização da pena. (GRECO, 2009, p. 92 e 93).

Segue ainda o referido autor, este estabelece uma correlação existente entre o princípio da individualização da pena e o da proporcionalidade, versando que:

Se o bem jurídico possui, em tese, determinado valor, e se esse valor é, por intermédio do Direito Penal, mensurado por uma sanção previamente cominada na lei penal, no caso concreto, deverá o julgador, de acordo com um processo de individualização da pena, encontrar

aquela proporcional ao mal praticado especificamente por determinada pessoa, autora do delito. (GRECO, 2009, p.98)

Condensando os ensinamentos de Greco, percebe-se que a integridade do criminoso deve ser resguardada no que atine à individualização da pena, pois assim este responderá proporcionalmente ao delito cometido, diferente da teoria do Direito Penal do Inimigo, que como vimos, se combate a periculosidade.

Finalizando no que toca à direito à integridade pessoal, novamente invocamos as lições de Moraes, quando discorre que:

A Constituição Federal, ao proclamar o respeito à integridade física e moral dos presos, [...] consagra a conservação por parte dos presos de todos os direitos fundamentais reconhecidos à pessoa livre, com exceção, obviamente, daqueles incompatíveis com a condição peculiar de preso, tais como liberdade de locomoção (CF, art.5º, XV), livre exercício de qualquer profissão (CF, art.5º, XIII), inviolabilidade domiciliar em relação à cela (CF, art.5º, XI), exercício dos direitos políticos (CF, art. 15, III). Porém, **o preso continua a sustentar os demais direitos e garantias fundamentais, por exemplo, à integridade física e moral** (CF, art.5º, III, V, X e LXIV), à liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), ao direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII), entre inúmeros outros, **e, em especial, aos direitos à vida e à dignidade humana [...]**(MORAES, 2000, p.242).

Além dessas direitos humanos acima citados, outro direito potencialmente violado é o da igualdade que possui sua previsão constitucional no artigo 5º, que:

Adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. (MORAES, 2000, p.92)

A teoria de Jakobs vai de encontro ao direito da igualdade quando faz uma distinção entre o direito penal do inimigo e o direito penal do cidadão, em que

determina que no direito penal do cidadão o criminoso permanece com seu status de pessoa e garantias de salvaguarda aos seus direitos e garantias fundamentais. Já no exercício do direito penal do inimigo, desconsidera-se a qualidade de pessoa, considerado inimigo, relativizando ou suprimindo seus direitos e garantias primordiais. É, pois, uma grave violação ao princípio e ao direito à igualdade aplicados a todos os humanos, que se encontra positivado no nosso direito pátrio como também no âmbito internacional.

Nesse diapasão, ressalta-se entendimento do STF, com relação ao princípio da igualdade e finalidades:

O princípio da isonomia que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata

– constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. (MORAES, 2000, p.94)

Em simultaneidade com o disposto, a Convenção Americana dos Direitos Humanos em seu artigo 24 versa que: “todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito sem discriminação, igual proteção da lei.” (CHOUKR,

2001, p. 41), motivo pelo qual fica demonstrada esta violação, uma vez já verificado o objetivo do direito penal do inimigo, que pretende diferenciar os delinquentes entre cidadãos, sujeitos de direitos e garantias e entre inimigos, não portadores de direitos, diante da desconsideração do status de pessoa.

Tendo em vista que o direito como um todo é uno não deve haver distinção, muito menos a normatização de condutas inconstitucionais, pois desta forma se perpetrará violações ao direito à igualdade, sustentando-se por força de que somos todos cidadãos pelo princípio da igualdade, não devendo alguns serem tratados como alvos a serem aniquilados, pois não existe normatividade que estabeleça tal segregação.

O direito ao devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa encontram-se disposto no art.5º, inciso, LIV e LV da Constituição Federal de 1988, nos quais estipulam que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV _ ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (BRASIL, 1988).

Indo ao encontro ao que foi citado está a norma prevista na Convenção Americana dos Direitos Humanos, o devido processo legal, tem seu respaldo no artigo 8º, que diz:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro do prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de

natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (CHOUKR, 2001, p.36)

O devido processo legal é uma garantia constitucional fundamental, sendo intrínseca na aplicação do contraditório e da ampla defesa. Sem o devido processo legal, não pode ser estabelecidas estas últimas garantias, e nem qualquer outra, uma vez que esses princípios garantem a proteção dos direitos fundamentais em demanda, sejam eles difusos ou coletivos.

Consoante Moraes, o devido processo legal:

[...] configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal) [...] (MORAES, 2000, p.255)

Sabe-se que o contraditório e a ampla defesa, só são efetivamente atingidos pela aplicação do devido processo legal. Dito isto, versaremos especificamente sobre estas duas garantias.

A garantia do contraditório, segundo menciona Nelson Nery Junior, nas considerações de Moraes:

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório. (MORAES, 2000, p.256)

Desta feita, compreende-se contraditório como a garantia do direito que são dadas as partes do processo de serem ouvidas, ou seja, é o exercício processual que ambas as partes tem no direito de se manifestar em juízo, pois é:

a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo[...] pois a todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor (MORAES, 2000, p.256)

A garantia da ampla defesa se funda no direito ao contraditório, pois é através da contradição que os litigantes podem exercer a ampla defesa, uma vez que entende-se por ampla defesa:

“o assecuramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de calar-se, se entender necessário, [...]” (MORAES, 2000, p.256)

Após das lições apresentadas, chega-se a conclusão que apesar de ser autônomo, o princípio do devido processo legal, para que ele assegure a eficácia dos demais direitos garantidos pela constituição, faz-se necessário a sua aplicação de forma perene.

Já que o devido processo legal é essencial para garantia dos outros direitos, é que confrontaremos a tese do direito penal do inimigo, mostrando a violação que esta teoria ocasiona na aplicação do devido processo legal, pois se debruçando na proposta de Jakobs, o inimigo, objeto de coação, perde seus direitos e garantias fundamentais, quando afasta-se da qualidade de pessoa, após ser estigmatizado como inimigo.

Verificando a atividade de tal direito na prática, percebe-se que esses delinquentes inimigos, na maioria das vezes, não sabem nem de que estão sendo acusados, pois não fazem jus sob ponto de vista desta teoria, a menor garantia dos seus direitos.

No que anite à presunção de inocência, ressalta-se texto constitucional, assegurado com o previsto no artigo 5º, LVII, que: “ninguém será considerado culpado até que o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

Nessa senda, citando Moraes, verifica-se que:

A presunção de inocência é uma presunção juris tantum, que exige para ser afastada a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e com a garantia da ampla defesa. (MORAES, 2000, p.267)

Levando-se em consideração que ninguém será considerado culpado sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mais uma vez, não pode se sustentar a tese de Jakobs, uma vez que não existe nesse modelo a aplicação de um devido processo legal, nem o contraditório, ampla defesa e muito menos uma sentença condenando os "inimigos", restando comprovado a inconstitucionalidade desta teoria, como também o ferimento de morte dos direitos humanos, que devem ser respeitados e protegidos primordialmente.

Esses são os principais direitos humanos que seriam violados pela teoria do Direito Penal do Inimigo. Entretanto, outros direitos humanos poderiam ser afetados também como a liberdade de expressão, a liberdade religiosa, entre outros.

No que atine a liberdade religiosa, é previsto no plano internacional, especificadamente na Convenção Americana de Direitos Humanos, no pálio do artigo 12, que:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conversar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.
2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conversar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou decrenças.
3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.
4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções. (CHOUKR, 2001, p.37)

Nesse sentido não é possível, por exemplo, estigmatizar um mulçumano apenas pelo fato de sua religião e atrelado ao fato de existir extremistas terroristas ligados ao Islamismo. Tal direito penal do autor é odioso e só gera mais guerra.

4. DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ORDENAMENTO JURÍDICO

BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

4.1. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade é uma das mais importantes normas de qualquer ordenamento jurídico no mundo. Através dele, a justiça se concretiza, evitando excessos, bem como aviltamentos desnecessários em outros princípios que serão sopesados. Esse princípio está implícito no nosso sistema constitucional.

Alguns autores fazem uma diferenciação entre o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade. Trataremos nesse trabalho esses princípios como sinônimos, diante da conexão de ambos, visto que para que se haja uma proporcionalidade, deve haver uma interpretação hermenêutica razoável.

Diante de uma colisão de princípios, o operador do Direito deverá efetivar uma ponderação, de acordo com o princípio da proporcionalidade, através da análise da adequação, necessidade e ponderação, que é bem descrito por Alexy (2002, *apud* ESPADA, 2008, p. 39):

Será necessário, num primeiro momento, indagar se a medida é adequada, pois o meio deve levar à consecução do fim. Posteriormente, será imprescindível perquirir a respeito da necessidade da medida, ou seja, verificar se existe outro meio para se atingir o mesmo fim, que seja menos constritor de direitos – a medida não pode constranger um direito a um nível absurdo. Pela máxima da ponderação, ou proporcionalidade em sentido estrito, deve-se ponderar entre os princípios opostos, comparando-os.

Deve-se, portanto, sob a égide do princípio da proporcionalidade, verificar se a medida adotada atende ao fim a que se destina, além de ser a mais efetiva, e menos constritora do direito conflitante, pela máxima da ponderação, encontrando, assim, o máximo grau de efetividade e satisfação de um direito tido como de maior importância, naquele caso concreto, sem, entretanto, esvaziar o conteúdo e a incidência do outro princípio que está sendo mitigado.

4.2. **ANÁLISE DA COEXISTÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Prefacialmente, para analisar a viabilidade da coexistência entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado Democrático de Direito é necessário saber que o contexto jurídico-criminal mudou nos últimos anos, formando uma nova modalidade que antes não existia, que são os chamados crimes da modernidade.

Conforme Alexandre de Moraes (2011) os crimes da modernidade são caracterizados por possuir, praticamente, a ausência de vítimas individuais, pouca visibilidade dos danos causados e por serem praticados, em sua maioria, por uma parcela da sociedade que não era comumente associada a comportamentos criminosos. São exemplos desses crimes da modernidade, criminalidade econômica, criminalidade ecológica, criminalidade no comércio exterior, contrabando internacional de drogas, entre outras, como bem assevera Alexandre de Moraes.

Aliado a esse aumento da criminalidade, existe a pressão da sociedade e da mídia que passaram a enxergar o Direito Penal como único meio eficaz de controle social, ocasionando a hipertrofia desse ramo do direito, gerando um punitivismo exacerbado, com o fim de acalmar a população, que busca por mais segurança e justiça.

Nessa senda, Moraes, alerta a necessidade de se encontrar um equilíbrio na busca de uma política econômica a favor da sociedade, diante do atual panorama, *in verbis*:

[...], a busca do equilíbrio – de uma política criminal *pro societate*, moldada pelo bom senso e racionalmente apta a analisar a legitimidade de um 'Direito Penal do Inimigo' – somente se inicia com o conhecimento desse contexto contemporâneo: o mundo pós-moderno, industrial e

(pseudo) globalizado. Fugir ao debate ou procurar deslegitimar a concepção de Jakobs com simples menção de princípios e interesses tutelados pela Constituição aparente ser, como se ver, inócuo. (MORAES, 2011, p. 295).

Portanto, a modernidade nos trouxe novas maneiras de delinquir, sobretudo o aumento dos crimes de colarinho branco, que demandam novas formas de agir, sobretudo de uma maneira mais célere, diante de um mundo globalizado.

É certo que a teoria do Direito Penal do Inimigo concebida por Jakobs, se for considerada na sua totalidade, não possui legitimidade se comparado com o Estado Democrático de Direito. Entretanto, é possível se utilizar de algum de seus elementos como uma alternativa de combate a essa nova criminalidade moderna.

É imperioso ressaltar o equívoco cometido ao pensar que o Direito Penal do Inimigo é um estado de perene emergência. Devemos encarar ele como uma medida de exceção a ser tomado diante de crimes gravíssimos, adaptando-o a realidade brasileira.

Apesar das críticas alguns reflexos do Direito Penal do Inimigo, caracterizadores da terceira velocidade do direito penal, já se encontram permeado no ordenamento jurídico brasileiro, e em todo o mundo, já atuando com validade e legitimidade.

É preciso sopesar o que é mais importante a liberdade do acusado ou a vida de potenciais vítimas? Diante de tal indagação faz-se mister o emprego do princípio da proporcionalidade, uma vez que ambos direitos são constitucionalmente tutelados, e merecem proteção.

O próprio Direito Penal do inimigo se utiliza da técnica da ponderação, sopesando o princípio da dignidade da pessoa humana do "inimigo" e o direito da coletividade à segurança, bem como da realização da justiça.

Quando existe uma colisão de princípios um deles deve prevalecer, entretanto o outro não pode ser completamente esvaziado. Nesse sentido, devido a existência dessa relatividade, e tendo em conta que não existe direito absoluto, é necessário a aplicação do princípio da proporcionalidade, conforme Moraes (2011, p. 301):

Conquanto seja a dignidade um valor inerente a cada pessoa e que leva consigo a pretensão e o respeito por parte dos demais, o princípio da dignidade da pessoa humana não é um princípio absoluto no sentido de que deva prevalecer incondicionalmente sobre os princípios opostos em qualquer situação. Ele está também sujeito à lei de colisão de direitos e, sob determinadas circunstâncias, não prevalecer sobre princípios colidentes. São as condições do caso concreto que irão indicara precedência ou não do princípio da dignidade da pessoa humana.

Repise-se que não se está aqui defendendo a adoção do Direito Penal do Inimigo para certos crimes, visto que este se aplicado na sua totalidade é inviável diante do Estado Democrático de Direito. O que se prega aqui é a relativização de certas garantias penais e processuais, em face das inovadoras dificuldades criadas pela criminalidade moderna, que se utiliza das mutações do mundo globalizado, de sociedade de risco, no qual estamos inseridos.

Um exemplo disso é o crime de corrupção, que faz com que o dinheiro público seja desviado para paraísos fiscais (utilizando-se, portanto das facilidades da globalização). Os praticantes de tal crime, são verdadeiros desertores do contrato social, pois se utilizam do poder que lhe foi atribuído pelo povo, para desviar valores pecuniários que seriam utilizados na educação, na saúde, entre outras políticas públicas. Muitas vidas são ceifadas nas filas da morte dos hospitais em razão do dinheiro que foi surrupiado.

Além disso, nos crimes de corrupção, as instituições democráticas encontram-se ameaçadas, pois o descrédito da população só aumenta, levando a insatisfação e revolta daqueles que são os verdadeiros legítimos do poder: o povo.

Nesses casos, é mais do que legítimo se utilizar de certos elementos do Direito Penal do Inimigo, diante da crescente impunidade que vivemos, principalmente nesses casos em que o Direito Penal Tradicional se mostrou falho.

Concluí-se, portanto, que o Direito Penal do Inimigo não é ilegítimo se utilizado algumas de suas peculiaridades em casos excepcionais como nos crimes de corrupção dos políticos. Deve-se deixar de lado os extremismos entre o Direito

Penal Mínimo e o Direito Penal Máximo, e se utilizar dos pontos positivos do Direito Penal do Inimigo para combater a criminalidade moderna, sobretudo o crime de corrupção praticados pelos gestores públicos, com vista a mitigar a impunidade presente no emprego do Direito Penal tradicional, utilizando-se sempre de elementos do direito penal do inimigo, de maneira razoável e proporcional, para uma resposta mais eficaz e célere por parte do Estado.

4.3. ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS ACERCA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A jurisprudência pátria, de maneira unânime, descarta a aplicação do Direito Penal do Inimigo no Brasil, em razão da Nossa Constituição Federal se pautar em um Estado Democrático de Direito, regido por direitos e garantias fundamentais que são considerados cláusulas pétreas, portanto, imutáveis por projetos de novas emendas constitucionais.

É inadmissível existir posicionamentos dos nossos tribunais superiores indo ao encontro dessa teoria de Jakobs, principalmente do Supremo Tribunal Federal por ser guardião da Constituição.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado, ao longo dos anos no sentido de repudiar a aplicação do direito penal do autor, incluído aí o Direito Penal do Inimigo, no ordenamento jurídico pátrio.

Um exemplo disto está na edição da súmula vinculante nº11 que diz que:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Essa súmula surgiu com base na repugnância do Direito Penal do Autor, incluindo assim o Direito Penal do Inimigo, pois se baseia no princípio da presunção de inocência, evitando que haja excesso de rigor na aplicação dessa medida, bem como evitando que inocentes tenham seus direitos violados.

Já o Superior Tribunal de Justiça vem seguindo o mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal, rechaçando a aplicação do Direito Penal do Autor, e conseqüentemente, do Direito Penal do Inimigo diante do arcabouço jurídico brasileiro pautado em direitos e princípios constitucionais garantistas

A jurisprudência segue, portanto no sentido de ressocialização do preso, evitando que os presídios públicos fiquem abarrotados de presos, que poderiam ser punidos com penas alternativas, evitando, assim, que estes tivessem contatos com criminosos mais perigosos numa verdadeira escola do crime.

Os tribunais de segunda instância também seguem esse mesmo entendimento, vejamos:

PROCESSO PENAL. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCAMINHO. REITERAÇÃO CRIMINOSA. CRITÉRIO SUBJETIVO. PARÂMETRO DE DIFERENCIAÇÃO. 1. Em princípio, a análise da tipicidade material de uma conduta deve se restringir a aspectos objetivos, conforme assentada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (mínima ofensividade da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica causada). 2. A reiteração criminosa no delito descaminho deve servir de parâmetro para a não aplicação do princípio da insignificância, posto, caso admitida, bastará ao contumaz dessa modalidade praticar sucessivas condutas e internar no território nacional mercadorias de origem estrangeira permitidas, tendo o cuidado de não superar, em termos de tributos devidos, o limite previsto em lei para caracterização da atipicidade material e alcançar, via de consequência, a absolvição. 3. **Conquanto deva haver espaço no Estado Democrático de Direito tão somente para o direito penal do fato, em desprestígio ao odioso direito penal do inimigo (teoria funcionalista extrema de Günter Jacobs), não menos preocupante é o incentivo à prática de delitos pela**

aplicação indiscriminada do princípio da insignificância, sem um critério que diferencie o autor de um único crime de descaminho daquele cuja vida é traçada nessa seara. 4. Recurso em sentido estrito provido. (RSE 2559220124013808, DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES, TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 DATA:25/04/2014 PAGINA:602. GRIFO NOSSO)

Repise-se, portanto, não haver espaço dentro do Estado Democrático de Direito para a teoria funcionalista extrema de Jakobs em razão de nossa ordem constitucional.

Vejamos mais um julgado em consonância com o exposto:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO DECRETADA NA SENTENÇA. ORDEM PÚBLICA. DIREITO PENAL DO INIMIGO. 1. A prisão

preventiva, como exceção à regra da liberdade, somente pode ser decretada mediante demonstração cabal de sua real necessidade. Presunções e considerações abstratas a respeito do paciente e da gravidade do crime que lhe é imputado não constituem bases empíricas justificadoras da segregação cautelar para garantia da ordem pública. 2. O requisito da ordem pública não se enquadra como medida cautelar propriamente dita, não diz respeito ao processo em si, daí dizer-se que é um modo de encarceramento como reação imediata ao crime, tendo como finalidade satisfazer ao sentimento de justiça da sociedade, ou à prevenção particular, a fim de evitar que o acusado pratique novos crimes. Mas é de atentar-se que conceito de ordem pública não é o que o juiz subjetivamente entende que seja, pois isso pode gerar insuportável insegurança jurídica. 3. A origem da prisão preventiva para garantir a ordem pública, segundo Aury Lopes Jr, "remonta à Alemanha na década de 30, período em que o nazi- fascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender". **4. Não podemos ver o direito penal como inimigo daquele a**

quem se imputa um crime. O direito penal do inimigo não vê o homem e sim o sistema sócio-normativo. Daí dizer-se que esse pensamento é nazista. Essa razão de o MM Juiz a quo ter tachado a decisão da Turma que concedeu habeas corpus ao paciente por não estar demonstrada a necessidade da prisão preventiva para garantir a ordem pública de absurda.

- 5. Em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve ser liberal, democrático e garantista.** 6. "O STF rotineiramente vem anulando decretos de prisão preventiva que não apresentam os devidos fundamentos e não apontam, de forma específica, a conduta praticada pelo réu a justificar a prisão antes da condenação. A Constituição Federal determina que uma pessoa somente poderá ser considerada culpada de um crime após o fim do processo, ou seja, o julgamento de todos os recursos cabíveis" (STF. Notícias, 13 de fevereiro de 2009). (HC 555621420094010000, JUIZ TOURINHO NETO, TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 DATA:20/11/2009 PAGINA:86. GRIFO NOSSO).

Portanto, resta mais que patente que o Direito Penal do Inimigo é rejeitado pela jurisprudência brasileira, se aplicado na sua integralidade.

A República Federativa do Brasil está comprometida em assegurar os direitos sociais e individuais, dentre eles o da liberdade, segurança, bem estar, igualdade e justiça como valores supremos fundados na harmonia social.

Entretanto, como veremos no tópico seguinte alguns reflexos do direito penal do inimigo estão presentes no nosso ordenamento, ou seja, a sua integralidade é expurgada do nosso sistema, mas alguns mecanismos estão presentes em algumas leis brasileiras.

4.4. REFLEXOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como foi exposto, no Brasil, o Direito Penal do inimigo, que visa o autor e não o fato, é claramente inconstitucional. Portanto, sua aplicação integral é incompatível com o Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Ocorre que algum dos elementos do direito penal do inimigo são utilizados como forma de recrudescer as penas dos crimes mais graves e

hediondos, bem como para combater mais eficazmente indivíduos de alta periculosidade que comandam organizações criminosas. Assim, existem alguns reflexos dessa teoria no nosso ordenamento.

O Regime Disciplinar Diferenciado é um reflexo significativo do Direito Penal do Inimigo no Brasil, Com o advento da lei nº. 10.792/2003, que modificou a Lei de Execuções Penais e instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado, se legalizou a possibilidade de “abrigar o preso, provisório ou condenado, sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”.

Nessa senda, percebe-se também elementos do Direito penal do Inimigo no

§1º do artigo 52 da aludida lei, vejamos:

“Art. 52 (...) §1º: O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”

Além disso, a pressão da sociedade amedrontada com os altos níveis de violência e exigindo resposta do Estado, tem feito com quem haja um aumento das penas, como medida para conter os anseios da população. Temos como exemplo a Lei de Crimes Hediondos, que aumentou consideravelmente a pena de vários crimes, estabelecendo também um cumprimento da pena em regime inicialmente fechado (que foi julgado inconstitucional pelo STF em razão do princípio da individualização da pena). Essa lei estabeleceu ainda um lapso temporal mais severo para a progressão de regime (2/5 para réus primários e 3/5 para reincidentes). A Lei de Lavagem de Capitais é outro exemplo de leis recentes que se utilizam de algum dos elementos do Direito Penal do Inimigo.

Alguns doutrinadores citam outros reflexos peculiares dessa tese em nosso ordenamento jurídico, são eles: a) crime de quadrilha ou bando, visto que se pune atos meramente preparatórios para outros crimes, não se verificando a incidência do princípio da materialização e exteriorização do fato; b) contravenção de vadiagem (art. 59 da lei de Contravenção Penal), em razão de punir o modo de vida, em um verdadeiro direito penal do autor; c) crimes de perigo abstrato, já que vai de encontro ao princípio da lesividade; d) lei do abate.

Com o objetivo de salvaguardar a segurança no país, a Lei do Abate, regulamentada pelo Decreto nº 5.144, prevê a possibilidade do Presidente da República ou autoridade delegada por ele, empregar medida de destruição que consiste *"no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra"*.

O procedimento de abate é previsto na Lei do Abate segundo esta, prefacialmente, há uma averiguação a fim de saber se esta está devidamente autorizada a ingressar no território brasileiro. Assim tenta-se uma comunicação via rádio ou visual, dependendo da situação.

Em caso de insucesso da operação, inicia-se a segunda etapa que é a da interceptação, impondo que a *"aeronave interceptada modifique sua rota com o objetivo de forçar o seu pouso em aeródromo que lhe for determinado"* conforme o Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004.

Caso haja uma reiteração da conduta desrespeitosa ao Estado, começa-se o terceiro método que é o da persuasão. Nessa etapa haverá *"disparo de tiros de aviso, com munição traçante, pela aeronave interceptadora, de maneira que possam ser observados pela tripulação da aeronave interceptada, com o objetivo de persuadi-la a obedecer às ordens transmitidas"*, consoante determina o Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004.

Por fim, caso haja a insistência da manutenção da conduta ilícita, executa-se o método de destruição, com vista a preservar a defesa nacional, vale-se do abate em espaço aéreo, utilizando-se de disparos *"com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil"*.

Por fim, vejamos outros exemplos de elementos característicos do Direito Penal do Inimigo que são empregados no ordenamento pátrio, vejamos:

Medidas penais: a) proliferação de crimes de risco desvinculados de qualquer lógica de lesividade; b) aumento de criminalização de atos preparatórios; c) agravação das penas dos crimes independentemente de qualquer proporcionalidade; d) desproporcionalidade das penas; e) numerosas leis que se denominam leis de

combate (ao crime organizado, ao tráfico de drogas). Medidas processuais-penais: a) restrição de garantias e direitos processuais aos imputados; ex: cerceamento de defesa; b) alargamento dos prazos de prisão preventiva; c) ampliação dos prazos de prisão policial para investigação, ex: aumento da prisão temporária nos crimes hediondos; d) previsão de crimes sem nenhum motivo; e) inversão do ônus da prova; f) generalização de métodos de investigação e provas excepcionais, ex: interceptação telefônica pela PM, busca e apreensão noturna, agente infiltrado, etc.; g) normas de direito penitenciário que recrudescem as condições de classificação dos internos, ex: RDD; h) normas que limitam a concessão do livramento condicional, ex: crimes hediondos 2/5 e 3/5. (SALMEN, 2014, p.3).

Portanto, verifica-se a verdadeira incidência da Teoria da Expansão do Direito Penal, especificadamente, da terceira velocidade em que se utiliza da aplicação das penas privativas de liberdade (nos moldes do Direito Penal de primeira velocidade), entretanto permite a flexibilização de garantias materiais e processuais e princípios importantes (como ocorre na seara do Direito Penal de segunda velocidade).

CONCLUSÃO

No decorrer de toda a pesquisa foi possível detectar quase que imediato a repulsa pela grande maioria dos doutrinadores à teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida por Jakobs, tendo em vista que esta violaria diversos direitos e garantias dos homens que são assegurados por nossa Constituição Cidadã.

Apesar disso, foi possível constatar que o ordenamento jurídico de vários países do mundo, inclusive o Brasil já se encontram permeados por elementos que possuem várias das características relacionadas ao Direito Penal do Inimigo, evidente que em situações excepcionais.

De fato, caso fosse aplicado a teoria do Direito Penal do Inimigo em sua integralidade está se amoldaria como verdadeiro Direito Penal do Autor, tendo

em vista o emprego de medidas sub-humanas para aniquilar aquele que é considerado inimigo do estado.

Além do mais, é cristalino que a aludida teoria idealizada por Jakobs afronta diretamente os direitos humanos conquistados ao longo da história, aviltando a dignidade da pessoa humana de indivíduos que são considerados alvos a serem aniquilados sem direito de defesa.

Nesse sentido, a doutrina expurga qualquer adoção do Direito Penal do Inimigo no Brasil por ser antônimo ao Estado Democrático de Direito que vivemos.

Entretanto, ao logo da pesquisa, restou patente a necessidade de se buscar mecanismos mais efetivos de tutela penal, passando pela discussão e análise acerca da possibilidade de se aplicar ou não o Direito Penal do Inimigo no Brasil em certos casos – principalmente no que atine a criminalidade moderna -, tendo como balizas o princípio da proporcionalidade, uma vez que por mais que haja a necessidade de se assegurar os direitos fundamentais, há também o mister de dar exequibilidade à segurança e a justiça que devem ser considerados valores superiores em um verdadeiro Estado Democrático.

Constatou-se a possibilidade de se utilizar de algum dos reflexos do Direito Penal do Inimigo à luz da proporcionalidade, para assegurar sua inserção no Estado Democrático de Direito, tendo em vista que nenhum direito é absoluto dentro desse Estado.

Concluí-se, portanto, que o Direito Penal do Inimigo não é ilegítimo se utilizado algumas de suas peculiaridades em casos excepcionais como nos crimes de corrupção dos políticos. Deve-se deixar de lado os extremismos entre o Direito Penal Mínimo e o Direito Penal Máximo, e se utilizar dos pontos positivos do Direito Penal do Inimigo para combater a criminalidade moderna, sobretudo o crime de corrupção praticados pelos gestores públicos, com vista a mitigar a impunidade presente no emprego do Direito Penal tradicional, utilizando-se sempre de elementos do Direito Penal do Inimigo, de maneira razoável e proporcional, para uma resposta mais eficaz e célere por parte do Estado.

REFERENCIAS

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

Tribunal Regional Federal 1ª Região. Terceira Turma. Recurso em Sentido Estrito 2559220124013808, Rel. Des. Monica Sifuentes. DJF1: 25.04.2014. Acesso em: 20 de janeiro de 2015.

Tribunal Regional Federal 1ª Região. Terceira Turma. Habeas Corpus 555621420094010000, Rel. Des. Tourinho Neto. DJF1: 20.11.2009. Acesso em: 20 de janeiro de 2015.

COSTA, Francisco José Santos da. **Do direito penal do cidadão ao direito penal do inimigo: uma análise sintética das três velocidades do direito penal.** Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10459. Acesso em 4. Outubro.2014.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **A Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro:** bases para sua compreensão. São Paulo: EDIPRO, 2001.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código penal para concursos.** 6º ed., Salvador: Juspodivm, 2013.

DICIONÁRIO on-line. Disponível em: <http://www.webdicionario.com/integridade>. Acesso em: 21 jan.2014.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2009.

EUGENIO, Luiz Augusto. **Princípios penais constitucionais e o princípio da proporcionalidade das penas.** Revista eletrônica Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22741/principios-penais-constitucionais-e-principio-daproporcionalidade-das-penas>. Acesso em 4. Outubro.2014.

ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. **O princípio protetor do empregado e a efetividade da Dignidade da Pessoa Humana.** São Paulo: Ltr, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal).** 2004. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698>. Acesso em 4 novembro.2014.

Lei do abate: inconstitucionalidade. Jus Brasil. 29 outubro. 2009. Disponível em: <http://www.lfg.com.br> Acesso em: 21 janeiro. 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** 10a ed. Rio de Janeiro. Impetus. 2010

Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. 4ª ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JAKOBS, Gunther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas.** Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomo. 6a ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2012.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral.** 28 ed. rev. São Paulo. Saraiva. 2012

JESUS, Damásio E. de. Direito penal do inimigo. Breves considerações. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1653, 10 jan. 2008. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10836>>. Acesso em: 24 out. 2014.

Leonello, Caroline; Marques, Fernando – *O direito penal do inimigo frente ao Estado Democrático de Direito.* **Jus Humanum: Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas e Sociais, v. 1, n. 1, 2011.**

OLIVEIRA, Rodrigo Szuecs de. **Da sociedade de risco ao Direito Penal do Inimigo: tendências da política criminal.** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jurid=10543>. Acesso em: 17 outubro. 2014

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal. 1ª ed.(ano 2008) 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

ROUSSEU, Jean Jacques. **Do contrato social.** 1a ed. São Paulo. Saraiva de Bolso.2009

SALMEN, Almir Roberto. **O direito penal do inimigo segundo GuntherJakobs.**

Disponível em:

<http://www.dpi.policiacivil.pr.gov.br/arquivos/File/odireitopenadoinimigo.pdf>. Acesso em: 17. out. 2014.

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591966>

SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. **A expansão do Direito Penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Aproximación a derecho penal contempóraneo. 1ª ed. Barcelona. J. M. Editor. 1992

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.**

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SIENA, David Pimentel Barbosa de. **A morte de Osama bin Laden: expressão do Direito Penal do Inimigo ou Direito Penal de Terceira Velocidade?** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2883, 24 maio 2011. Disponível em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/19172>>. Acesso em: 21 janeiro. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante nº 11. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>. Acesso em 22.jan. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Trad. Sérgio Lamarão. 3a ed. Rio de Janeiro. Revan. 2011

A VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIO-CONSTITUCIONAIS ACERCA DA MAJORAÇÃO DO IPTU DO MUNICÍPIO DE PALMAS-TO PARA O ANO DE 2018

ISABELA ALVES MASCARENHAS:

Bacharelanda do curso de Direito Faculdade católica do tocantins - FACTO

IGOR DE ANDRADE BARBOSA

(Orientador)

RESUMO: O trabalho trata da Lei municipal nº 2.294/2017, que atualizou a Planta de Valores Genéricos de Palmas - TO. A referida normatização foi suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, que manteve decisão do Tribunal de Justiça do Tocantins, em sede de representação de inconstitucionalidade com concessão de medida liminar suspendendo a supracitada norma e mantendo a lei de nº 2018/2013. A falta de estudos técnicos aprofundados para elaboração da PVG (Planta de Valores Genéricos) trouxe consequências ao valor venal usado como base de cálculo do IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano), vez que o aumento descomunal desse imposto na capital violou diretamente a constituição através de seus princípios tributário-constitucionais. O presente artigo tem como objetivo compreender as alterações na cobrança do IPTU para o ano de 2018, a importância dos princípios tributário-constitucionais dentro sistema tributário, além de discorrer sobre as principais características do imposto. Para alcançar esses objetivos, foram utilizadas metodologias científicas, pesquisa descritiva e abordagem qualitativa. O método utilizado para essa pesquisa é o hipotético-dedutivo. O procedimento usado para coleta de dados teve como base a revisão da literatura específica e a análise documental.

Palavras-chave: Planta de Valores Genéricos, IPTU, princípios tributário-constitucionais, majoração.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito constitucional tributário: 2.1. A constituição federal e a matéria tributária; 2.2 A relevância dos princípios tributário-constitucionais. 3. IPTU: principais características. 4. Matéria tributária in loco: sistematização do IPTU em palmas: 4.1. Aplicação do IPTU no município de palmas e resultados práticos; 4.2. A violação de princípios tributário-constitucionais na capital. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O IPTU é imposto que costuma causar revolta em relação à sua forma de apuração, pois o mercado imobiliário é o mais instável e mais afetado pela crise financeira atualmente incidente no Brasil. A elaboração de um cálculo justo ao contribuinte deve levar em conta os valores do metro quadrado de residências, bem como a situação econômica do país e as características do imóvel e da cidade na qual está localizado. Essa avaliação individual e metódica possibilita um valor venal mais adequado para fins de contribuição tributária.

As atualizações feitas na Planta de Valores Genéricos no município de Palmas trouxeram aumento indevido na arrecadação tributária. Anteriormente, a PVG em exercício no município arrecadou a quantia de R\$ 24.799.236,19 e, após a atualização indevida da referida planta de cálculos (aprovada em 2013 com exercício no ano de 2014), a arrecadação do IPTU da Capital saltou para impressionantes R\$ 49.617.466,80.

No município de Palmas observou-se uma mudança brusca em relação aos índices de cálculo para IPTU, pois a população passou a arcar com valores que não correspondiam à real valorização econômica de seus imóveis. A lei 2.294/2017, que passou a vigor em 2018 não contou com uma efetiva aplicação, isso porque o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia do referido diploma legal, mantendo a lei 2018/2013, que era até então praticada.

Diante de tais constatações pode-se observar que as consequências trazidas pela não observância dos princípios tributário-constitucionais causa grande insegurança jurídica. Isso se deve ao fato de que os estudos desenvolvidos acerca da matéria são restritos ao conhecimento de determinados grupos de estudiosos, causando estranheza e descontentamento para o cidadão comum, que não goza de conhecimento técnico-jurídico suficiente acerca de tais práticas.

Este trabalho visa proporcionar conhecimento técnico voltado não só para aquelas pessoas responsáveis pela fiscalização da correta aplicação dos ditames legais, mas também busca, de forma clara e coesa, propiciar ao cidadão comum conhecimento técnico capaz de identificar e combater os abusos praticados pelos legisladores tributários.

2. DIREITO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO

2.1 A Constituição Federal e a matéria tributária

A Constituição Federal é uma compilação de normas supremas de observação geral, encontrando-se no topo da pirâmide de nosso ordenamento jurídico. Logo abaixo tem-se as leis infraconstitucionais, leis orgânicas municipais e constituições estaduais, que devem ser editadas segundo regimento previsto na Carta Maior, não podendo infringir as normas gerais, sob pena de ser considerada inconstitucional.

A matéria tributária em âmbito constitucional possui como principal escopo a proteção do indivíduo mediante a aplicação de normas e princípios que regem a organização tributária em macro e micro aspecto.

Os princípios e imunidades tributários são garantias individuais consideradas pétreas, e estão previstas no artigo 60, §4, inciso IV, da Constituição Federal. Assim: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.”.

É importante mencionar ainda os artigos 145 a 162 da Carta Maior, que tratam do Sistema Tributário Nacional. Estes dispositivos trazem normas acerca dos tipos de tributo, competência para instituição e cobrança, características, limitações ao poder de tributar e repartição tributária.

Por outro lado, em âmbito infraconstitucional, tem-se o Código Tributário Nacional, legislação voltada para a efetiva aplicação e cumprimento das normas e princípios tributário-constitucionais gerais, ditando regras que devem ser seguidas pelos Estados brasileiros e seus referidos Municípios.

2.2 A relevância dos princípios tributário-constitucionais

Os princípios, enunciados normativos genéricos, são responsáveis por orientar o aplicador do direito na correta compreensão do ordenamento jurídico vigente, auxiliando-o na criação, aplicação, integração ou modificação das normas jurídicas. Segundo Miguel Reale (2002), os princípios podem ser classificados como: princípios omnivalentes, válidos para todas as formas de saber; princípios plurivalentes aplicáveis a maioria dos campos de conhecimento, mas não todos; princípios monovalentes válidos para apenas uma ciência, como exemplo, os princípios gerais do Direito.

A generalidade das previsões legais dos princípios ou a sua restrição ao âmbito doutrinário não os caracterizam como flexíveis. São passagens enrijecidas que fornecem amparo à legislação. Sua expressa previsão legal não é obrigatória, entretanto, existem alguns artigos que trazem os princípios em sua forma expressa.

Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de modelos jurídicos, inclusive no plano constitucional. Consoante dispõe a nossa Constituição sobre os princípios de isonomia (igualdade de todos perante a lei), de irretroatividade da lei para proteção dos direitos adquiridos etc. A maioria dos princípios gerais do direito, porém, não constam de textos legais, mas representam contextos doutrinários [...] (REALE, 2002, p.305),

As limitações constitucionais ao poder de tributar, dispostas na Constituição Federal, são um campo menos abrangente que os princípios tributários. Entretanto, existem princípios que limitam o poder de tributar: para o sujeito ativo da relação tributária (Estado) as limitações são restrições, para o sujeito passivo da relação qual seja o contribuinte, são garantias individuais e servem como uma forma de blindar seus direitos diante do Estado-Juiz.

Para o Direito Tributário, princípios englobando as limitações ao poder de tributar são essenciais na aplicação da norma jurídica, possuindo mais ênfase na matéria tributária. De acordo com Ricardo Alexandre (2017), os princípios constitucionais tributários quando entram em conflito com outros princípios, não podem ser ponderados, elevando para o status de regras. Entretanto também recebem caráter principiológico por serem basilares do referido ramo jurídico.

A não observância destes princípios acarretam a mitigação as Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, trazendo insegurança ao contribuinte. O Estado como sujeito ativo nas relações tributárias, possui dever de observar tais princípios para proporcionar ao máximo uma contribuição mais justa ao sujeito passivo da relação tributária.

3. IPTU: principais características

O Imposto Predial e Territorial Urbano é de responsabilidade dos municípios e Distrito Federal, incidindo diretamente sobre a propriedade imobiliária. Seu contribuinte é o proprietário do imóvel ou território, e não o mero possuidor, como erroneamente muitos o acreditam ser. Este tributo é exclusivo para zonas urbanas, podendo ainda ser em áreas urbanizáveis ou de expansão urbana.

Como todo imposto, o IPTU tem como fato gerador uma manifestação de riqueza, podendo esta exprimir-se na aquisição de propriedade, de domínio útil ou a posse de bem imóvel. Esta aquisição, portanto, configura surgimento da obrigação tributária.

Consoante disposto no artigo 33 no Código Tributário Nacional, a base de cálculo do IPTU é o valor venal do imóvel, senão: "art. 33. A base de cálculo do imposto é o valor venal do imóvel.". Na prática, para se chegar ao valor final do imposto, é necessário que se apure o valor venal de cada área, quadra ou zona, ou seja, o valor do metro quadrado, devendo considerar ainda a situação econômica do país, características da cidade, características do imóvel, situação do mercado imobiliário entre outros critérios a ser observado pelo responsável pela avaliação.

Para facilitar a realização do cálculo, é estabelecida uma tabela de valores chamada "Planta de Valores Genéricos" onde estão dispostos o valor do metro quadrado da área construída respeitando os índices inflacionários. A planta é criada por comissões que avaliam, através de estudos técnicos, o valor venal dos imóveis, afastando quaisquer resquícios de subjetividade.

As alíquotas do IPTU são percentuais que variam de acordo com a lei municipal e incidem no valor venal, podendo estas variar de acordo com a localidade, uso do imóvel, valor do imóvel ou percentuais fixos.

Assim, a alíquota pode variar com o uso do imóvel, existindo alíquotas diferentes para imóveis comerciais, industriais e residenciais. Também é possível a variação da alíquota de acordo com a localização do imóvel, o que permite, por exemplo, a criação de tabelas diferentes de alíquotas de IPTU para bairros de classe alta, média e baixa. (ALEXANDRE, 2017, p.744).

Destarte, o IPTU é calculado através de uma multiplicação entre o valor venal do imóvel apurado por estudos científicos, expostos na chamada Planta de Valores Genérico, vezes, alíquotas que são porcentagens que podem variar de acordo com os critérios estabelecidos em lei.

4. Matéria tributária in loco: sistematização do IPTU em palmas

4.1 Aplicação do IPTU no município de palmas e resultados práticos

Em conformidade com o CTN, a capital usa como base de cálculo o valor venal, assim aduz o Código Tributário do Município de Palmas - CTMP "Art. 8º - A base de cálculo do imposto é o valor venal do imóvel". Com as crescentes mudanças no mercado imobiliário, necessário se faz, a atualização desses valores venais apresentados na PVG, por meio de leis municipais.

A lei orgânica municipal nº 2.294 de 1 de março de 2017, responsável por atualizar a PVG para o ano de 2018, foi aprovada pelo Prefeito de Palmas em 2017 que diz "Art. 1º Fica aprovada a Planta de Valores Genéricos para apuração do valor venal de imóveis localizados nas áreas urbanas, urbanizáveis e de expansão urbana do Município de Palmas.". Na lei 2.294/17, em seu art. 4º, ainda oferece as porcentagens referentes as alíquotas cobradas em acordo com a região do município de Palmas-TO:

Art. 4º O valor da base de cálculo do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU será obtido com a aplicação, sobre o valor venal obtido na forma desta Lei, nos seguintes índices:

I - para os imóveis localizados na Zona Fiscal 1, 75% (setenta e cinco por cento);

II - para os imóveis localizados na Zona Fiscal 2, 65% (sessenta e cinco por cento);

III – para os imóveis localizados na Zona Fiscal 3, 55% (cinquenta e cinco por cento):

IV - para os imóveis localizados na Zona Fiscal 4, 45% (quarenta e cinco por cento);

Parágrafo único. Para os imóveis classificados como glebas, a base de cálculo do IPTU corresponderá a 100% (cem por cento) do valor venal atribuído nesta Lei. (PALMAS, Lei nº 2.294, de 01 de janeiro de 2017)

A elaboração da PVG contou com a Comissão de Revisão de Valores Genéricos e Tabela de Preços de Construção do Município de Palmas oficializada pelo Decreto nº 832 de 12 de agosto de 2014. Esta comissão deveria contar com metodologias pautadas em normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas-ABNT, entretanto, de acordo com a ata nº 003/2016 da sessão que discutia as mudanças, não foi possível a devida apuração.

O Sr. Presidente Roberto, colocou que entende que, para ser feito um trabalho completo, realmente deveria utilizar as normas da ABNT, porém, pelo curto tempo de trabalho definido no Decreto, sua sugestão é que utilize o conhecimento de valor de mercado dos profissionais presentes para a revisão dos valores que a Prefeitura está usando como valor venal. (Ata nº 003/2016)

Esses estudos aprofundados não foram realizados, resultando no aumento do valor do metro quadrado em relação a PVG do ano de 2013, relativa à Lei nº 2018/2013. Além disso em comparação com a lei de 2013, algumas zonas chegaram a aumentar as alíquotas em até 20%, a 1ª zona da lei nº 2018/13 tem índices de 55%, enquanto a mesma zona na lei nº 2294/17 tem índices de 75%.

Devido ao aumento do metro quadrado na cidade, a base de cálculo também se altera, pois as alíquotas referentes as zonas aumentam comutativamente. Segundo Bazzoli (2018), a Prefeitura de Palmas negou o aumento do IPTU no ano de 2018, entretanto os documentos anexados no Plano Diretor asseguram ter elevado a arrecadação nominal do IPTU. O aumento do IPTU requer uma atenção especial por afetar direta e indiretamente a população como exemplo da Região Norte que recebeu avaliações imobiliárias irrealistas.

Diante dos fatos expostos, Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram interpostas fundamentadas em princípios tributário-constitucionais violados.

4.2 A violação de princípios tributário-constitucionais na capital

As mudanças proporcionadas pela lei 2.294/2017 foram capazes de infringir preceitos jurídicos fundamentais do Direito Tributário. Os princípios tributário-constitucionais e limitações ao poder de tributar foram mitigados diante das ações da Prefeitura de Palmas-TO, consoante, Bazzoli (2018, s/p) aduz que “d) o modos operandi dos trabalhos de revisão mostram claramente várias irregularidades registradas pelas atas transcritas.”

A padronização proporcionada em avaliações científicas para revisão da PGV assegura melhor confiabilidade ao contribuinte. A falta desses estudos culminou na violação ao princípio da segurança jurídica que busca evitar instabilidade nas relações jurídicas do Estado. Este princípio é basilar de qualquer Estado Democrático de Direito, pois o poder público tem o dever de aplicar justamente qualquer norma por se tratar de exemplo à sociedade.

Diante de outros princípios, este possui caráter universal e genérico, podendo ser classificado como um subprincípio por estar irradiado de forma implícita na legislação tributária. Outros doutrinadores o chamam de princípio da não surpresa, pelo fato de transmitir a certeza de um direito.

Existem, no texto constitucional, algumas diretrizes que não estão expressas, mas implícitas e que são fundamentais na aplicação e na interpretação da legislação tributária[...] b. Princípio da segurança jurídica: as normas tributárias, como regra, devem obedecer o princípio da segurança jurídica, que em outras palavras significa o respeito à estabilidade das relações ou a não-surpresa. Na dobra deste princípio, estão incluídos a legalidade, a irretroatividade, a anterioridade de lei e etc. (ICHIHARA, 2015, p.48)

A proteção a confiança fiscal ou princípio da confiança fiscal legítima é princípio que induz a segurança jurídica e justifica-se pela expectativa de direito que o fisco assegura, trazendo confiabilidade nos procedimentos estatais. Segundo

Helena Taveira Torres (2013, s/p) “Vale assinalar que o princípio da proteção de expectativas de confiança legítima não se vê dotado de autonomia em relação ao princípio da segurança jurídica. Tampouco reduz-se à condição de derivado de Estado de Direito”. Portanto, para o Direito Tributário, a confiança nas condutas administrativas se mostra mais importante na legitimidade de atos do interesse público.

Como dito, a esperança de que a revisão estabelecida na lei de 2017 reparasse as incongruências com o atual mercado imobiliário, conferisse certeza aos contribuintes. Entretanto, essa promessa foi frustrada. As informações a respeito dos valores unitários de terrenos foram obtidas de forma empírica, dando margem a interpretações subjetivas, ferindo a proteção a confiança fiscal.

Neste ponto mister se faz lembrar dos valores desproporcionais e inconstitucionais da lei nº 2.294/2017, já que a interpelação desta aconteceu em momento inoportuno diante de crise econômica. A edição da referida lei, além de ser manifestamente desproporcional, propiciou a violação de princípios basilares em matéria tributária, quais sejam o da proporcionalidade e razoabilidade.

Princípio da Proporcionalidade: quem melhor desenvolveu e escreveu sobre este importante princípio foi Paulo Bonavides. Jellinek esclarece com simplicidade o conteúdo e a extensão deste princípio quando diz que “não se usa um canhão para matar uma mosca”, ou, em outras palavras, visa-se à proibição do excesso. Este princípio, apesar de implícito, aplica-se abundantemente na resolução das questões tributárias. (ICHIHARA, 2015, p.48)

Já o princípio da razoabilidade pode ser entendido como a coerência nas ações do Estado, o que não foi respeitado pela Prefeitura de Palmas. Segundo a interpretação de Pedro Bastos de Sousa (2008), José Afonso da Silva consagrou o princípio da proporcionalidade razoável como geral para toda legislação constitucional e explícito para o direito tributário já que o trecho da Constituição Federal referente à proibição do confisco se traduz como norma que propicia a razoabilidade.

Por ser garantia individual consagrada na Constituição Federal, a vedação ao confisco, além de princípio, é limitação ao poder de tributar, senão: “art.150 Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: IV – utilizar tributo com efeito de confisco.”. No caso do IPTU de Palmas-TO, a tributação acabou por exceder seu caráter contributivo, tornando-se confiscatório.

As contribuições tributárias não podem ser capazes de reduzir o patrimônio do contribuinte. Segundo Ricardo Alexandre (2017) um tributo com efeito confiscatório, seria aquele que incide de forma exagerada absorvendo parcela igualmente exagerada do patrimônio, atribuindo a sensação de punição para a sociedade. Para o doutrinador, existe o efeito confiscatório que está proibido consoante com o artigo 150 da Constituição da República Federativa do Brasil, já o tributo confiscatório, é tido como punição, defeso no artigo 3º do Código Tributário Nacional.

Junto ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, a vedação ao confisco confere segurança ao contribuinte, atribuindo confiança aos entes públicos. Estes, em contrapartida, devem conferir a tributação de forma razoável e proporcional, desde que não sejam atribuídos efeitos confiscatórios.

Similar ao princípio da vedação ao confisco, a capacidade contributiva no município de Palmas foi violada. Esta capacidade contributiva está explícita na legislação como princípio geral, mais especificamente no artigo 145, §1º CRFB/88, pois o particular não arca em acordo com sua capacidade econômica, se imposta as alíquotas recém mudadas. De acordo com Ichihara (2015, p.47) “[...] é imanente ao tributo da espécie tributária (“imposto”), incidindo sempre sobre uma atividade [...]”.

A capacidade contributiva guarda íntima relação com a vedação ao confisco, pois o tributo não excederá a ponto de prejudicar o contribuinte, devendo ser o imposto proporcional a capacidade financeira pessoal do agente, sendo possível interpretar que se refere somente a impostos. Em conformidade, Baleeiro (2010) acredita que a nítida relação entre efeitos confiscatórios e capacidade econômica, obriga o legislador a estipular o tributo de acordo com a capacidade econômica de cada contribuinte, trazendo uma tributação proporcional.

5. Conclusão

Fica evidente a grande importância que os princípios tributário-constitucionais possuem no cenário do Direito Tributário pátrio. Dessa forma conclui-se que houve a efetiva violação de princípios tributário-constitucionais mediante a edição da lei municipal nº 2.294/2017, devendo esta ser considerada inconstitucional. As regras expressas na legislação têm condão não só de proteger o pagante, mas também de limitar os poderes do sujeito ativo, de forma que proporcione um tributo mais justo ao contribuinte.

Portanto é de se esperar que em futuras atualizações da referida lei, a prefeitura de Palmas conte com uma equipe multidisciplinar, afim de obter um Diploma Legal que respeite os princípios tributário-constitucionais e que tenha respaldo técnico-científico em sua elaboração.

6. Referências

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

BAZZOLI, João Aparecido. **Palmas: análise do IPTU e seus reflexos econômico, social e jurídico**. Disponível em: < <https://orlanoticias.com.br/wp-content/uploads/2018/02/Estudo-IPTU.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2018.

COMISSÃO DE REVISÃO DE VALORES GENÉRICOS E TABELA DE PREÇOS DE CONSTRUÇÃO DO MUNICÍPIO DE PALMAS PARA O ANO DE 2017. **Ata nº 003/2016**. Palmas, 2016. 2 p.

Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. 292 p. BRASIL. **Constituição**(1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Direito Tributário**. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

PALMAS (TO). **Código tributário do município de Palmas**. Palmas, TO: Prefeitura Municipal, 1995, 48 p.

PALMAS, Prefeitura Municipal. Lei Municipal nº 2.294, de 1 de março de 2017. **Institui a Planta de Valores Genéricos do Município de Palmas e adota outras providências.** Disponível em: <<https://legislativo.palmas.to.gov.br/media/leis/lei-ordinaria-2.294-2017-03-01-10-3-2017-11-59-38.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** 27ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

SOUZA, Pedro Bastos de. **O princípio da razoabilidade e sua relevância em matéria tributária.** 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11407/o-principio-da-razoabilidade-e-sua-relevancia-em-materia-tributaria>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

TORRES, Heleno Taveira. **Consultor tributário: Boa-fé e confiança são elementares no Direito Tributário.** 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-abr-24/consultor-tributario-boa-fe-confianca-sao-elementares-direito-tributario>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

RETRATAÇÃO NA LEI MARIA DA PENHA - A IMPUNIDADE DO AGRESSOR

MATEUS CAVENAGHI: Bacharelando do curso de Direito da Universidade Brasil, Campus de Fernandópolis-SP

ANDRÉ DE PAULA VIANNA
(Orientador)

RESUMO: O presente artigo visa apresentar a retratação nos crimes envolvendo a violência doméstica e familiar contra a mulher, como uma medida a ser reanalisada pelo Legislativo a fim de que altere a redação final referente ao prazo da mesma. Uma vez que nos crimes de ação penal pública condicionada a representação envolvendo a Lei 11.340/06, poderá a vítima se retratar até que seja recebida a denúncia e não como no que prevê o procedimento comum, sendo até o oferecimento da denúncia. Serão apresentados dados referentes ao índice de crimes relativos à violência doméstica, com a finalidade de que ante a repercussão que o assunto toma, seja revisto o período de retratação, não possibilitando que a vítima repense ou seja até coagida a retirar a queixa prestada. Por fim, apresentaremos o artigo 16 da Lei Maria da Penha, especialmente na sua parte final como método de manter o agressor impune.

Palavras-Chaves: Impunidade. Retratação. Violência. Mulher.

ABSTRACT: This article aims to present the retraction in crimes involving domestic and family violence against women, as a measure to be reviewed by the Legislature in order to change the final wording regarding the term of the same. Once in the criminal action crimes published the representation involving Law 11.340 / 06, the victim can retract until the complaint is received and not as in what is provided for in the common procedure, and until the offer of the complaint. Data on the index of crimes related to domestic violence will be presented, so that before the repercussion that the subject takes, it will be revised the period of withdrawal, not allowing the victim to rethink or even be coerced to withdraw the complaint.

Finally, we will present article 16 of the Maria da Penha Law, especially in its final part as a method of keeping the aggressor unpunished.

Keywords: Impunity. Retraction. Violence. Woman.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. LEI MARIA DA PENHA. 2. AÇÃO PENAL NOS CRIMES ENVOLVENDO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. 3. CONCEITO DE RETRATAÇÃO. 4. RETRATAÇÃO NA LEI MARIA DA PENHA. 4.1. Retratação Apenas Em Âmbito Judicial. 4.2 Audiência Especialmente Designada Para Tal Finalidade. 5. CONCLUSÃO. RERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa demonstra os resultados do estudo realizado acerca da lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) e os efeitos da promulgação desta lei no âmbito da violência doméstica e familiar, de frente ao instrumento da retratação no direito penal e sua possibilidade nos casos abrangidos por esta norma.

Neste sentido, o estudo inicia pela abordagem e apresentação da Lei Maria da Penha, seu surgimento, seus motivos de criação e a situação do país quanto aos casos de violência doméstica à época, que fizeram com que houvesse a intervenção da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a tomada das medidas necessárias pelas autoridades nacionais. Demonstra também em seu capítulo inicial os efeitos ocorridos após a legislação e o respaldo jurídico e policial que passou a ser concedido às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

Em seguida, retrata a forma como é ajuizada a ação penal nos casos de violência doméstica contra a mulher, as diferenças possibilitadas a fim de garantir

maior segurança para a vítima e prevenir a reincidência do agente. Ademais, dispõe acerca das diferenças suscitadas entre os crimes de agressão comuns e estes tipificados na Lei 11.340, além de elucidar as medidas emergenciais e o rito processual adotado.

Não obstante, a pesquisa aborda o instituto da retratação no direito penal, as possibilidades de sua ocorrência, sua forma, delitos em que pode ser realizada e o método de realização. Analisa ainda o interesse do agente na retratação, seus benefícios e conceito etimológico, bem como jurídico do tema, de forma a esclarecer quando pode ser feita e como deve ocorrer para que atinja o objetivo buscado pelo agente que pretende se retratar.

Por fim, o artigo apresenta as controvérsias existentes acerca da retratação nos casos de violência doméstica e familiar, consubstanciada nos contrapontos entre doutrina, jurisprudência e legislação. Além disso, elucida a oposição entre a necessidade de celeridade no processo criminal de violência doméstica e punibilidade do agente agressor, frente à possibilidade de o agente se retratar do delito cometido e os possíveis efeitos dessa retratação nas práticas tipificadas na Lei Maria da Penha.

O trabalho, portanto, se baseia nesta análise dos efeitos da lei Maria da Penha e da retratação no direito penal em relação aos casos de violência

doméstica e familiar, principalmente quanto aos efeitos destes institutos na prática da aplicação da justiça e das sanções penais.

1. LEI MARIA DA PENHA

A Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha e sancionada em 7 de agosto de 2006, foi criada a fim de resguardar a proteção às mulheres diante das situações de violência doméstica e familiar, haja vista que as medidas e tipificações existentes não eram suficientes para coibir os agressores. Deste modo, com o objetivo de garantir segurança e dignidade às mulheres brasileiras vítimas de agressão, a referida lei surge, adotando o seguinte prefácio:

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

Neste sentido, observa-se que a lei se fundamenta na previsão disposta pelo parágrafo 8º do art. 226 da CF/1988, acerca da proteção do Estado à entidade familiar, o qual elucida que "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações."

A insurgência da lei Maria da Penha, bem como sua denominação, encontra gênese nos fatos ocorridos à mulher que empresta seu nome ao dispositivo e na

repercussão da situação fática de descaso judicial e policial com relação ao ocorrido.

Maria da Penha Maia Fernandes, cearense, farmacêutica, vivia em um relacionamento abusivo com seu esposo, Marco Antonio Heredia Viveiros, o qual, em 29 de maio de 1983 lhe desferiu um tiro de espingarda enquanto dormia. Desta situação, Maria da Penha ficou paraplégica, perdendo o movimento de suas pernas, enquanto o fato foi encoberto pelo agressor, que inventar a ocorrência de um assalto na residência do casal.

Após retornar do hospital para casa, Maria da Penha foi mantida em cárcere privado pelo agressor e sofreu diversas novas agressões, além de mais uma tentativa de homicídio, desta vez por eletrocussão no chuveiro, mesmo estando paraplégica. Assim, após 23 anos de agressões e violências, a farmacêutica procedeu à queixa de seu cônjuge, enfrentando a descrença das autoridades e a morosidade da justiça, até então despreparada para este tipo de situação.

Cabe ressaltar que, até então, os crimes de violência doméstica eram caracterizados como de menor potencial ofensivo, juntamente àqueles dispostos pelo rol da Lei 9.099/95. Desse modo, as punições eram proporcionais ao potencial da ofensa ocorrida para a esfera jurídica. Nas palavras de Eliana Calmon Alves (2006, p. 3):

Lamentavelmente, a realidade mostrou-se inteiramente diferente da idéia conceitual dos que lutaram pela

aprovação da Lei dos Juizados. Em pouco tempo, chegou-se à conclusão que o diploma legal serviu para a legalização da “surra doméstica”. Sem flagrante, sem fiança e com a possibilidade de acordo, ainda na fase policial, impunha como condenação o pagamento de uma multa, a entrega de cestas básicas ou a prestação de serviço à comunidade, apagando por completo a acessão perpetrada. A suavidade da pena e o desaparecimento da culpa do agressor pelas tratativas procedimentais levavam à reincidência, ou seja, outra surra, outra agressão, acompanhada de coação, para que a vítima não usasse o suporte legal nos próximos embates.

Diante deste cenário, não havia resguardo às mulheres violentadas de que a justiça seria efetivamente cumprida e seus agressores devidamente penalizados, de forma que as situações ofensivas se mantinham em segredo nas famílias, haja vista o medo da retaliação dentro de suas próprias casas. No entanto, após o caso ocorrido à Maria da Penha e os prejuízos causados pela irrelevância da punição dos agressores, bem como pela morosidade das investigações policiais e do poder judiciário, exigiu-se que houvesse uma mudança no cenário brasileiro.

Maria da Penha, na busca pela punição de seu agressor, de frente à morosidade da justiça, haja vista os 8 anos passados entre o primeiro crime do qual foi vítima e o julgamento de seu ex-cônjuge, recorreu à ajuda de ONGs e entidades que remeteram o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 1998. Verificada assim a lentidão e o despreparo do país para lidar com situação deste tipo, o Brasil foi condenado por sua negligência e pela omissão quanto aos casos de violência doméstica e familiar, da qual fez parte da punição o dever de criação de uma lei específica sobre casos similares.

Como principais inovações temos a admissibilidade das prisões em flagrante e preventiva, obrigatoriedade do inquérito policial e a só possibilidade de desistência, por parte da vítima, em juízo, acompanhada de advogada e ouvido o Ministério Público. Pelos tópicos, verifica-se a absoluta alteração da sistemática procedimental, impondo-se dificuldades para arquivamento de uma denúncia de agressão, a fim de evitar a coação. Daí a necessidade de participação de todos os atores processuais: juiz, advogado e Ministério Público. A autoridade policial também fica mais fortalecida na fase repressiva, podendo efetuar a prisão em flagrante ou representar pela prisão preventiva (ALVES, 2006, p. 3-4).

Assim, com a criação da referida legislação, além de o início de uma campanha massiva do Estado contra a violência doméstica, aos poucos as mulheres agredidas perderam o medo de denunciar seus agressores e, conseqüentemente, estes passaram a pagar de forma justa pelo delito cometido. A lei Maria da Penha funcionou, portanto, como porta de entrada para políticas posteriores de proteção da mulher e como meio de segurança jurídica às vítimas das agressões cometidas dentro de suas casas, garantindo a dignidade humana das mulheres violentadas.

Importante salientar ainda que não somente a violência física é enquadrada na Lei 11.340/2006, mas também situações de agressão psicológica, moral e material, quando a conduta do indivíduo fere a sanidade mental da mulher, sua moralidade ou ainda seu patrimônio. No mais, um ponto relevante da Lei Maria da Penha é a possibilidade de renúncia à representação contra o agressor somente na presença do Juiz, a fim de evitar medidas coercitivas do acusado contra a vítima

para a renúncia. Além disso, atualmente pode ser enquadrado como agressor doméstico qualquer indivíduo que conviva com a mulher, sem que seja necessariamente seu cônjuge.

Neste sentido, nota-se que o Brasil, após o caso Maria da Penha e a pressão internacional para maior visibilidade aos direitos das mulheres, evoluiu muito nesta questão e hoje possibilita maior segurança pessoal e jurídica às vítimas de violência doméstica, extensiva inclusive a casos de relações homoafetivas. Porém, as estatísticas acerca da violência contra a mulher ainda são altas e as políticas de segurança pública e celeridade dos processos não podem parar, bem como as denúncias.

2. AÇÃO PENAL NOS CRIMES ENVOLVENDO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

A ação penal consiste na garantia que todo e qualquer cidadão tem de provocar o Estado para que este aplique o direito objetivo a casos concretos de violação da sua dignidade, seja ela física, psíquica ou moral.

Frisa-se que existem duas modalidades de Ação Penal, a pública e a privada. No que tange a primeira, nos termos do artigo 24 do Código de Processo Penal, bem como nos moldes do artigo 100, §1º do Código Penal, será promovida pelo Ministério Público, mediante denúncia, ou por requisição do Ministro da Justiça se necessário for, além de se proceder por intermédio de representação do ofendido quando a lei assim o exigir.

Quanto à segunda modalidade de Ação Penal, será promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo se impossibilitado tiver, conforme artigo 100, §2º do Código Penal e artigo 30 do Código de Processo Penal.

As ações penais públicas se dividem em condicionadas e incondicionadas à representação. Quanto às condicionadas e referente a crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher especialmente, podemos citar o crime de ameaça previsto no artigo 147 e os crimes contra a dignidade sexual disposto no artigo 213 e seguintes do Código Penal.

Já, no que se refere as ações penais públicas incondicionadas à representação, cita-se o crime de lesão corporal grave, gravíssima e após procedência da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.424 de 09 de fevereiro de 2012 firmada pelo STF, o crime de lesão corporal simples (leve) e culposa, previsto no caput do artigo 129 do Código Penal passou a ter caráter de ação penal incondicionada à representação quando estiver voltada à violência doméstica e familiar. "AÇÃO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA. A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada".

Segue a decisão final:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para,

dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico.¹

Ressalta-se, por oportuno que mesmo diante a inaplicabilidade da Lei 9.099/95 que abaixo será apresentada, a redação do artigo 88 da Lei 9.099/95 no que se refere aos crimes de lesão corporal simples e culposa possui caráter de ação penal condicionada à representação, o que causa entre os operadores do direito divergência de posicionamentos no que se refere aos crimes envolvendo violência doméstica. Vejamos: “Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas².”.

Para firmar esse posicionamento foi redigida a Súmula 542 do Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte teor: “Súmula 542 - A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada. (Súmula 542, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 31/08/2015)³”.

¹ Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>

² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm

³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 542- Ação Penal Incondicionada em crimes de lesão corporal envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher (LEI MARIA DA PENHA) Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em 18 de nov, 2018.

Clara se torna a impossibilidade de utilizar-se de institutos da Lei 9.099/95 em casos envolvendo violência contra a mulher, portanto, o artigo 88 da referida legislação tornou-se infundado e inaplicável à espécie ora estudada.

Além do mais, por analogia essas vedações aplica-se aos casos de contravenções penais praticadas no âmbito de violência doméstica e familiar, especificamente no que se refere às práticas de vias de fatos previstas no artigo 21, do Decreto Lei 3.688/41.

No âmbito da Lei 11.340 de 2006, qual seja Lei Maria da Penha, mais especificamente no que prevê o artigo 41 da referida Lei, declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal após julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19 de 09 de fevereiro de 2012, reconhecendo a proibição da aplicabilidade das vertentes despenalizadoras previstas na lei 9.099/95, no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista ao crime cometido, conforme dispositivos abaixo:

VIOLENCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – REGÊNCIA – LEI Nº 9.099/95 – AFASTAMENTO. O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares.⁴

4 Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995.5

Com essa vedação feita pelo artigo 41 da Lei Maria da Penha, concluiu-se pela possibilidade de encarceramento do agressor em qualquer crime praticado contra a mulher, independentemente da pena atribuída ao crime, sendo impossível a composição dos danos civis, transação penal ou suspensão condicional do processo nesse diapasão.

3. CONCEITO DE RETRATAÇÃO

A retratação, no sentido próprio da palavra, segundo o dicionário online "Aulete", pode ser interpretada como a "ação ou resultado de retratar-se, de retirar o que se disse anteriormente.", ou também como um pedido de desculpas, uma confissão por determinado erro cometido.

Segundo Azevedo (2013, p. 330):

A palavra retratação descende da latina retractatio, onis, significando desistência, recusa, retomada, revisão, reexame, emenda, correção, hesitação. Ela deriva do verbo retracío, as, avi, atum, are (retomar, retocar, rever, emendar, corrigir, recordar, relembrar, examinar outra vez, reler), que se forma com a adição do prefixo ou préverbio re, que dá idéia de repetição, retrocesso, reciprocidade, oposição e mudança, no verbo tracto, as, avi, atum, are, que significa arrastar, destroçar, despedaçar, rasgar, tocar, manejar, manusear, dirigir, governar, cuidar, refletir, ventilar.

5 BRASIL. Lei 11.340/06- Maria da Penha. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm Acesso em: 18 de nov, 2018.

No âmbito do direito, o termo segue o conceito primordial, entretanto, considera como o erro assumido o crime cometido, ou seja, é uma forma de pedido de “desculpas” pelo cometimento do delito. Ainda segundo Azevedo (2013, p. 331), no sentido jurídico da palavra, transparece a ideia de:

[...] reexame, no sentido de voltar para trás, de desfazer, de desistir de um a atuação anterior, com o na palinódia o poeta retrata e m u m poema o que dissera e m outro, desdiz o que fora dito. Por isso, entendemos a retratação, em um sentido geral, como a reconsideração de um ato, que se torna ineficaz, para o renascimento de um a situação jurídica anterior.

Desta forma, entende-se a retratação como retirar aquilo que foi dito ou feito, no caso do direito penal. Este instrumento encontra-se previsto no artigo 143 do Código Penal, o qual dispõe que: “O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena.”.

Além do mais, possui respaldo no artigo 107, inciso VI, do mesmo dispositivo: “Art. 107 – Extingue-se a punibilidade: [...] VI – pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite”. Ressalta-se que, nos crimes contra a honra, a retratação só pode ser realizada até a publicação da sentença de primeiro grau acerca da ofensa ocorrida, bem como nos casos de falso testemunho.

Compreende-se a retratação, assim, como a forma do agente do crime assumir a conduta praticada, ainda que esta não seja propriamente tipificada como qualquer delito. Desta forma, pode o agente voltar atrás e admitir o erro cometido ou simplesmente assumir a prática realizada, mesmo que não configure

tipo penal, no entanto. Portanto, retratar-se não é negar o fato, mas sim admitir seu cometimento.

Vieira (2005, p. 2), ensina que:

Quanto à forma, a *retratação* não exige forma sacramental, mas precisa ser cabal, isto é, irrestrita, incondicional, indiscutível, inequívoca, precisa e clara, de modo a englobar a totalidade do que foi dito[5]. Não extingue a punibilidade a retratação ambígua. A *retratação do agente* é um ato jurídico unilateral, não dependendo de aceitação do suposto ofendido, devendo ser reduzida a termo pelo juiz. Poderá ser feita pelo próprio suposto ofensor ou por procurador com poderes especiais.

Deste modo, a retratação funciona como uma forma de método educativo, e não punitivo, para sanar os delitos cometidos e coibir o agente. Os casos em que pode ser realizada são aqueles em que o bem jurídico tutelado não sofre efeitos de amplitude social que necessite a intervenção estatal pelo meio punitivo, bastando a conscientização do agente, consubstanciada na atitude da retratação.

Entretanto, em casos de agressão, principalmente no que diz respeito à violência doméstica, a doutrina e a jurisprudência demonstram controvérsias acerca da posição correta a ser tomada, a depender do caso, como será analisado adiante.

4. RETRATAÇÃO NA LEI MARIA DA PENHA

Sabe-se que a retratação conforme mencionada no tópico supramencionado, ocorre nas modalidades de crimes em que a ação penal seja pública condicionada à representação e que o momento oportuno para ser

exercido esse direito pelo ofendido é até o oferecimento da denúncia conforme artigo 25 do Código de Processo Penal e artigo 102 do Código Penal. Atenemos: "Art. 25 do Código de Processo Penal: A representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia."

E, "Art. 102 do Código Penal - A representação será irretratável depois de oferecida a denúncia.". Insta ressaltar que a Lei 11.340/06, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha possui caráter especial, sendo que os procedimentos a serem seguidos são próprios.

Dúvidas pairam acerca da possibilidade de retratação quanto à representação no que diz respeito a crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo assim, nesta pesquisa abordaremos a total possibilidade da vítima se retratar.

O artigo 16 da Lei 11.340/06 possui o seguinte teor:

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Para melhor compreendermos o teor desse artigo de suma importância, iremos esmiuçar seu conteúdo. Primeiramente, devemos nos ater à possibilidade de retratação a crimes cuja ação penal seja condicionada à representação, conforme acima mencionado e citado por diversos doutrinadores, o crime de

ameaça e crimes contra a dignidade sexual previstos no Código Penal são espécies dessa modalidade de ação penal que admite retratação.

Vale ressaltar que a retratação não veda que a ação penal tenha trâmite, pois é plenamente possível a retratação da retratação desde que dentro do prazo estipulado em lei.

4.1. Retratação Apenas Em Âmbito Judicial

Não será admitida a retratação em âmbito policial quando se referir aos crimes envolvendo violência doméstica e familiar. Sendo assim, possível apenas perante a autoridade judicial.

4.2 Audiência Especialmente Designada Para Tal Finalidade

Para assegurar o interesse da vítima em se retratar, será designado dia e hora para a realização da audiência de retratação com a presença do Juiz e representante do Ministério Público, este último atuando como fiscal da lei, ouvindo seu parecer ante o caso em concreto.

Além do mais, essa audiência específica visa analisar se a vítima está sendo obrigada a se retratar, uma vez que a retratação da mesma apenas será deferida, se voluntária.

4.3 Antes Do Recebimento Da Denúncia

Conforme supramencionado, a retratação nos demais crimes que não envolvem violência doméstica e familiar só poderá ser procedida se anterior ao oferecimento da denúncia.

Já, na Lei 11.340/2006, o prazo diverge, o artigo 16 da referida lei, dispõe que a vítima poderá se retratar até o RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, ou seja, a mulher, vítima de violência doméstica e familiar possui um período com maior amplitude.

4.4 Impunidade Do Agressor

Segundo dados do INFOPEN- Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualizados até junho de 2016, as pessoas que se encontravam privadas de liberdade, que foram condenadas ou estavam aguardando julgamento, relativos aos crimes envolvendo violência doméstica no que tange ao gênero eram de:

Homens	Mulheres	Total
---------------	-----------------	--------------

Violência doméstica (Art. 129, § 9º)	4.826	22	4.848
---	--------------	-----------	--------------

Ainda, conforme informações do site Vigilância de Violências e Acidentes - VIVA/SINAN/SVS/MS, os números são assustadores no que se refere às classificações de violências, vítimas e agressores. Averiguemos:

Características	Criança (0 a 9 anos)		Adolescente (10 a 19 anos)		Adulta (20 a 59 anos)		Idosa (60 anos ou mais)		Total	
	n = 108		n = 460		n = 1.891		n = 140		n = 2.599	
	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%
Raça/ cor										
Branca	51	47,2	158	34,3	802	42,4	90	64,3	1.101	42,4
Negra (preta/parda)	57	52,8	287	62,4	1.035	54,7	42	30,0	1.421	54,7
Amarela e Indígena	0	0	2	0,5	12	0,7	1	0,7	15	0,5
Sem informação	0	0	13	2,8	42	2,2	7	5,0	62	2,4
Violência de repetição										
Sim	12	11,1	50	10,1	335	17,7	16	11,4	413	15,9
Local de ocorrência da violência										
Residência	75	69,4	161	35,0	914	48,3	101	72,1	1.251	48,1
Via pública	11	10,2	146	31,7	491	26,0	8	5,7	656	25,2
Outros ^b	13	12,0	75	16,3	239	12,6	10	7,1	337	13,0
Sem informação	9	8,3	78	17	247	13,1	21	15,0	355	13,7
Tipo de Violência*										
Física	91	63,6	419	75,1	1.809	80,8	129	71,7	2.448	78,4
Psicológica/ moral	8	5,6	74	13,3	333	14,9	29	16,1	444	14,2
Negligência/ abandono	20	14,0	13	2,3	11	0,5	13	7,2	57	1,8
Estupro ^d	22	15,4	48	8,6	72	3,2	4	2,2	146	4,7
Outros ^e	2	1,4	4	0,7	15	0,7	5	2,8	26	0,8
Provável Autor*										
Pai/Padrasto	41	41,4	19	5,7	16	1,1	0	0	76	3,8
Mãe/Madrasta	27	27,3	10	3,0	11	0,8	1	1,0	49	2,5
Cônjuge/Ex-Cônjuge/Namorado(a)/ Ex-namorado(a)	0	0	132	39,9	874	59,9	26	27,1	1.032	52,0
Amigos/ conhecidos	12	12,1	71	21,5	180	12,3	12	12,5	275	13,9
Desconhecido	14	14,1	88	26,6	300	20,6	29	30,2	431	21,7
Outros ^e	5	5,1	11	3,3	78	5,3	28	29,2	122	6,1

A Folha de São Paulo, no mês de agosto deste ano, publicou uma notícia referente às violências domésticas no Brasil relativo ao ano de 2017. Sendo que no País, foram registrados 606 casos de violência e 164 casos de estupros por dia, o que assegura a pesquisa não indicar 10% dos casos realmente ocorridos, mas que apenas esse número é noticiado à polícia.

6 Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/vigilancia-em-saude/vigilancia-de-violencias-e-acidentes-viva>

de culpa diante a sua conduta, transferindo a responsabilidade das agressões à sua esposa.

Pesquisa DataSenado de 2011 revelou que 31% das mulheres que se declaram vítima de violência nada fizeram por causa da preocupação com a criação dos filhos; 20%, por medo de vingança do agressor; 12%, por vergonha da agressão; 12%, por acreditar que seria a última vez; 5%, por dependência financeira; 3%, por acreditarem que não existe punição.⁸

Após a detenção de Baltazar, Celeste é orientada a comparecer à Delegacia de Polícia para formalizar o Boletim de Ocorrência e prestar queixa, o que de imediato se preocupa com o futuro do marido. A vítima comparece à delegacia e representa contra o agressor.

Em momento posterior quando Celeste comparece na prisão para visitar Baltazar este tenta fazer com que a mesma retire a queixa prestada: "Eu já sei. Você não vai dar queixa de mim, você mudou de ideia. Você vai lá e diz que foi um mal entendido, aí eles me soltam, eu volto para casa e volto a trabalhar."⁹

Posteriormente, Celeste se retrata e perdoa Baltazar.

O período de retratação previsto no artigo 16, da Lei 11.340/06, possibilita que ocorra o acima descrito, a retratação da vítima da representação feita contra seu agressor.

⁸ <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814134/violencia-contra-a-mulher-e-determinantes-sociais-da-subjetividade-serie-novela-fina-estampa>

⁹ <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814156/violencia-contra-a-mulher-e-enfrentamento-judicial-do-agressor-serie-novela-fina-estampa>

A Lei Maria da Penha visa coibir atos violentos no âmbito doméstico e familiar, sendo a principal medida, a punição do agressor.

Mas, se nos atermos ao tempo que a vítima tem para "PENSAR", se "ARREPENDER", ter "MEDO", "PENSAR NOS FILHOS", "TER PENA DO ACUSADO", ou normalmente conhecido no jargão jurídico "SE RETRATAR DA REPRESENTAÇÃO" visualizamos uma posição totalmente oposta daquilo que a Lei 11.340/06 visa.

Ao estender o prazo para a vítima se retratar, o legislador não percebeu que seria um método de beneficiar o agressor e não para punir, como efetivamente era o objetivo.

Além do mais, torna a mulher mais vulnerável a crimes, levando ao acusado o sentimento de impunidade, de desvalorização da lei, inaplicabilidade de um instituto até então é considerado FORTE e PRECISO na conservação da dignidade das vítimas de violência doméstica.

Esse período de retratação que se estende até o recebimento da denúncia é prejudicial a vítima, devendo ser reanalisado pelos legisladores para que imediatamente proceda a uma nova redação da Lei, mantendo igualmente o que se prevê no artigo 25 do Código de Processo Penal e artigo 102 do Código Penal, sendo o prazo para retratação até o oferecimento da denúncia.

Sendo assim, o presente artigo visa apresentar a retratação até o recebimento da denúncia como medida benéfica ao agressor e não a vítima, que efetivamente deveria ser tutelada pela lei.

Portanto, uma nova sistemática de reestruturação da Lei Maria da Penha, especialmente no que tange a redação do artigo 16, parte final, quanto ao período para a vítima se retratar, deve ser posto em debate, uma vez que o índice de violência doméstica e familiar, ante todos os dados apresentados neste projeto e demais que não foram anexados ou citados, indica preocupação quanto ao tema.

Por fim, deve-se o Legislativo, diante do exposto neste artigo e demais dados, se ater e agir, colocando em prática um novo estudo quanto ao período de retratação na Lei Maria da Penha, impossibilitando que o agressor, saia impune do ato praticado contra a mulher.

5. CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que diante do histórico brasileiro de atenuação das violências ocorridas em âmbito doméstico, o surgimento da Lei Maria da Penha fez com que o Brasil passasse a conceder segurança jurídica às mulheres vítimas deste tipo de delito, através das políticas públicas surgidas após a criação da referida legislação.

No mais, pode-se compreender ao final do artigo, diante da apresentação de dados acerca da violência doméstica, que as condições especiais abordadas pela Lei Maria da Penha fizeram com que as mulheres se sentissem mais seguras

quando da realização da denúncia, bem como da punição a ser auferida ao agressor.

Desta forma, pode-se perceber ainda que o instituto da retratação surte seus efeitos no direito penal como meio de evitar excessos da justiça através da presença punitiva da figura estatal em casos onde basta a mera característica educativa da legislação, sem a necessidade de uma pena restritiva de direitos, haja vista o menor potencial ofensivo ao bem jurídico tutelado nas questões em que é possível esta ocorrência.

Entretanto, não pode-se dizer que a violência doméstica seja de menor potencial ofensivo, por isso as controvérsias acerca da aplicação ou não da retratação no referido caso, o que, para a maioria doutrinária, seria visto como um retrocesso na aplicação da justiça aos agressores e à segurança possibilitada às vítimas.

Conclui-se, portanto, que medidas devem ser tomadas para a efetiva reforma do artigo 16 da Lei 11.340/06, aplicando igualdade ao que dispõe os institutos penais quanto a retratação da vítima, não deixando o agressor IMPUNE.

RERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Eliana Calmon. **A Lei Maria da Penha**. Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 18, n. 1, jan/jun 2006.

Aulete Digital, Dicionário. Disponível em: <<http://www.aulete.com.br/index.php>>.

Acesso em 27/11/2018.

AZEVEDO, Alvaro Villaça. **Retratção: aspectos do direito civil**. Revista da faculdade de direito, Universidade de São Paulo. V. 88. 1993.

BRASIL. **Lei n.º 2.048, de 07 de Dezembro de 1940: Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-
lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-
lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 25 Mai. 2018.

BRASIL. LEI 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 2005. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 28/11/2018.

BRASIL. LEI 11.340, DE 07 DE AGOSTO DE 2006. **Lei Maria da Penha**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 28/11/2018.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Vigilância de Violências e Acidentes (VIVA)**. Disponível em <<http://portalms.saude.gov.br/vigilancia-em-saude/vigilancia-de-violencias-e-acidentes-viva>>. Acesso em 28/11/2018.

BIANCHINI, Alice. **Violência contra a mulher e determinantes sociais da subjetividade: série novela fina estampa**. 2011. Disponível em: <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814134/violencia-contr-a-mulher-e-determinantes-sociais-da-subjetividade-serie-novela-fina-estampa>>. Acesso em 28/11/2018.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2007, 159p.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Brasil registra 606 casos de violência doméstica e 164 estupros por dia**. Ago. 2018. São Paulo. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/08/brasil-registra-606-casos-de-violencia-domestica-e-164-estupros-por-dia.shtml>>. Acesso em: 28/11/2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 542- Ação Penal Incondicionada em crimes de lesão corporal envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher (LEI MARIA DA PENHA) Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em 18 de nov, 2018.

Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 19 DISTRITO FEDERAL. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>>. Acesso em 28/11/2018.

Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424 DISTRITO FEDERAL. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>>. Acesso em 28/11/2018.

VIEIRA, Vanderson Roberto. A retratação do agente - causa de extinção da punibilidade prevista no art. 107, inc. VI, do Código Penal. In: **Âmbito Jurídico**,

Rio Grande, VIII, n. 23, nov 2005. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=153>. Acesso em nov 2018.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

FRANCISCO MENDES CHAVES NETO:
Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. Advogado

RESUMO: O presente artigo busca promover uma análise acerca dos direitos dos refugiados ambientais no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando conceitos, aspectos históricos e possíveis soluções para o reconhecimento do *status* de refugiado ambiental, tanto em âmbito internacional quanto pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, será analisado como se dá o processo de acolhimento e efetivação dos direitos deste grupo social no Brasil, bem como a necessidade de regulamentação sobre essa temática. Por fim, vislumbra-se que os resultados apresentados por este artigo permitirão a elaboração de referenciais nesta área do Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional Ambiental, possibilitando um suporte para o entendimento da problemática que envolve a questão dos refugiados ambientais.

Palavras-chave: Direitos humanos. Migrações. Meio ambiente. Mudanças climáticas. Refugiados ambientais.

ABSTRACT: This article seeks to promote an analysis of the rights of environmental refugees in the Brazilian legal system, presenting concepts, historical aspects and possible solutions for the recognition of the status of environmental refugee, both in the international scope and in the Brazilian legal system. In addition, it will be analyzed how the process of reception and fulfillment of the rights of this social group in Brazil, as well as the need for regulation on this subject, is analyzed. Finally, it is clear that the results presented by this article will allow the elaboration of references in this area of International Human Rights Law and International Environmental Law, providing a support for the understanding of the problematic that involves the issue of environmental refugees.

Keywords: Human rights. Migrations. Environment. Climate changes. Environmental refugees.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Direito Internacional dos Refugiados. 1.1 Definições de Asilo e Refúgio. 1.2 O Instituto do Asilo. 1.3 O Instituto do Refúgio. 2.

Refugiados Ambientais. 2.1 Contextualização e conceituação. 3. Proteção Jurídica dos Refugiados Ambientais no Brasil. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

As mudanças climáticas verificadas nos últimos anos, em que pese sua causa natural e inerente à evolução geológica da Terra, têm sido intensificadas em grande parte por consequência da ação antrópica, cujo cerne está na exploração excessiva dos recursos naturais sem a devida preocupação com a sustentabilidade e preservação do meio ambiente.

Entre os efeitos das mudanças climáticas, tem-se observado o aumento da ocorrência de grandes catástrofes naturais que têm provocado o deslocamento forçado de milhões de pessoas em diferentes partes do globo, gerando assim uma grande preocupação para toda a comunidade internacional.

Nesse contexto de grandes deslocamentos humanos forçados e o aumento do número de pessoas em situação de refúgio, ocasionados também por consequência de conflitos armados, perseguições religiosas, políticas e por questões étnicas, observa-se que, ante à problemática das mudanças climáticas e sobretudo dos efeitos dos desastres naturais, vem surgindo no cenário internacional um amplo debate acerca de uma nova categoria de refugiado, os chamados “refugiados ambientais”.

Observa-se que a nova categoria de refugiados ambientais ainda não foi classificada em acordos ou tratados internacionais. Sendo assim, é preciso criar mecanismos para que essas pessoas sejam reconhecidas e passem a receber proteção adequada. Nesse sentido, é necessário que se crie também uma definição legal para o conceito de refugiado ambiental, de maneira que esse grupo social possa receber uma assistência similar a dos demais tipos de refugiados.

Nesse cenário, vislumbra-se que as mudanças climáticas globais associadas à crise migratória internacional podem se tornar uma preocupação de segurança mundial devido ao aumento dos conflitos internacionais, tendo como efeito direto a violação dos direitos humanos já consagrados em normas de direito interno e tratados internacionais.

Tendo em vista que a realidade dos refugiados está cada vez mais próxima de nós, faz-se necessário refletir sobre o seguinte questionamento: quais são os mecanismos de proteção dos direitos dos refugiados ambientais existentes no ordenamento jurídico brasileiro?

Diante disso, a presente investigação buscará responder a esta questão, bem como proporcionar o conhecimento das estruturas que envolvem a tutela dos direitos desta categoria específica de refugiado, especialmente dentro do ordenamento jurídico pátrio, associando-o às mudanças climáticas e ao aumento do fluxo internacional de imigrantes no contexto da atual crise humanitária dos refugiados.

A metodologia a ser utilizada compreende os procedimentos técnicos de levantamento bibliográfico e estudo de processos judiciais e legislações correlatas, sobretudo a análise de tratados e convenções internacionais, normas internas e doutrinas acerca da temática dos refugiados ambientais.

1. O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS

O Direito Internacional dos Refugiados é um dos pilares do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo como finalidade principal proteger os indivíduos que foram forçados a abandonar seus lares e a viver em outros países, principalmente em função da raça, da opinião política, da religião ou por pertencerem a um determinado grupo social.

Nesse sentido, este ramo do Direito Internacional constitui-se em um conjunto de instrumentos normativos com o objetivo de tutelar a problemática dos deslocamentos humanos forçados em decorrência de condições pré-determinadas e específicas em âmbito mundial, situação que tem gerado amplos debates em toda a comunidade internacional.

Em sendo um tema essencialmente multidisciplinar, o estudo da questão dos refugiados demanda a necessidade de estudo nas áreas do Direito Internacional Público e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como a análise dos demais aspectos que envolvem a ordem internacional (aspectos políticos, econômicos, sociais e humanitários).

Segundo Jubilut (2007), uma parte da doutrina aponta o Direito Internacional dos Refugiados como pertencente ao Direito Humanitário, que vem a ser as regras reguladoras da guerra, pois quando ocorrem conflitos bélicos a problemática dos refugiados é aprofundada (JUBILUT, 2007, p. 31).

No entanto, os refugiados podem também solicitar refúgio com base em outros tipos de perseguições, ou ainda em função de violações de direitos humanos. Ou seja, a guerra é somente uma das causas motivadoras do refúgio, não sendo a única.

Por isso, vislumbra-se que seja mais adequado incluir o Direito Internacional dos Refugiados como uma vertente do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que engloba os Direitos Humanos propriamente ditos, o Direito Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados.

Tal concepção é a defendida pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) em seu documento "*Compilación de instrumentos jurídicos internacionales: principios y criterios relativos a refugiados y Derechos Humanos* (ACNUR, 1992, p. X)".

Dessa forma, verifica-se que o estudo do Direito Internacional dos Refugiados somente pode ser efetuado adequadamente de modo multidisciplinar, a exemplo do estudo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, uma vez que várias áreas do conhecimento são necessárias para a sua compreensão.

Por todo o exposto, vislumbra-se que o Direito Internacional dos Refugiados é uma vertente do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo esta a sua natureza jurídica.

Essa natureza jurídica implica, segundo Liliana Jubilut (2007), em "aspectos positivos e aspectos negativos; o principal aspecto positivo é o fato de ser ele parte de um elenco de direitos universais, indivisíveis, interdependentes, inter-relacionados e essenciais ao ser humano, e o principal aspecto negativo é a questão da sua efetivação". (JUBILUT, 2007, p. 64).

Sendo assim, por ser um instituto de proteção do ser humano, a compreensão da inserção do direito dos refugiados como vertente do Direito Internacional dos

Direitos Humanos é essencial para compreender esta temática, bem como o seu processo de efetivação.

1.1 DEFINIÇÕES DE ASILO E REFÚGIO

Vislumbra-se que parte da doutrina, como por exemplo Guido Soares (2002), entende que o asilo e o refúgio são institutos jurídicos distintos e não se deve falar em formas de proteções abrangidas pelo direito de asilo *lato sensu*. Todavia, segundo Liliana Jubilut (2007), essa postura não merece prosperar, pois ambos os institutos visam a proteção do ser humano em face de perseguição, geralmente realizada pelo Estado, sendo, portanto, similares em sua essência e, dessa maneira, institutos assemelhados.

Ademais, os institutos apresentam um caráter de complementaridade, tanto em relação aos sistemas nacionais de proteção quanto entre si, tendo em vista que o instituto do asilo é mais abrangente, podendo ser usado quando não há a possibilidade de aplicação do instituto mais específico do refúgio.

Tendo em vista que o objeto do presente estudo é a tutela do Direito dos Refugiados pelo ordenamento jurídico brasileiro, constatou-se que para a legislação pátria há diferenças entre os dois institutos. Diante disso, faz-se necessário analisar a distinção entre asilo e refúgio.

1.2 O Instituto do Asilo

Vislumbra-se que o instituto do asilo tem a sua origem na Antiguidade clássica, mais precisamente na civilização grega, em que era frequentemente utilizado. Consiste, em linhas gerais, no instituto pelo qual um Estado fornece imunidade a um indivíduo em face de perseguição sofrida por esse em outro Estado.

Contudo, é a partir da Revolução Francesa que o asilo passa a sofrer uma alteração: até então os beneficiados pelo asilo eram, em sua grande maioria, criminosos comuns, sendo que os chamados "criminosos políticos" não eram contemplados por esse instituto. Com as alterações políticas da Revolução Francesa, o asilo passou a ser concedido aos "criminosos políticos" e não mais a criminosos comuns, em virtude dos ideais de liberdade.

Por esse instituto jurídico um Estado tem o poder discricionário de conceder proteção a qualquer pessoa que se encontre sob sua jurisdição. É o que modernamente denomina-se asilo político, uma vez que é concedido a indivíduos perseguidos por razões políticas.

Vislumbra-se que, segundo Jubilut (2007), o asilo político se subdivide em dois tipos: asilo territorial – verificado quando o solicitante se encontra fisicamente no âmbito territorial do Estado ao qual solicita proteção; e asilo diplomático – o asilo concedido em extensões do território do Estado solicitado como, por exemplo, em embaixadas, ou em navios, ou aviões da bandeira do Estado.

O instituto do asilo em ambas as modalidades é verificado contemporaneamente, sobretudo na prática do Direito Internacional Público da América Latina, muito em função das instabilidades políticas que ocorreram na região.

Especificamente no caso brasileiro tem-se o fundamento do direito de asilo lato sensu no artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal, que trata da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais brasileiras.

Ademais, a regulamentação do asilo político especificamente se encontra no artigo 4º, inciso X, da Constituição Federal e nos artigos 28 e 29 da Lei 6.815/ 1980 (Estatuto do Estrangeiro).

1.3 O Instituto do Refúgio

Além do asilo político, o direito de asilo possibilitou também a criação de outra modalidade prática de solidariedade internacional: o refúgio.

Tem-se que o refúgio é um instituto do Direito Internacional muito mais recente e, atualmente, com abrangência maior e tipificada. Isso significa que não se trata de um ato discricionário do Estado concessor, pois o reconhecimento do status de refugiado está vinculado a diplomas e hipóteses legais bem definidas.

Vislumbra-se que, atualmente, o refúgio é um instituto regulado por uma convenção, a chamada Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados, também conhecida como Convenção de Genebra de 1951, revisada

pelo Protocolo de 1967, o qual assegura a alguns indivíduos em função de determinadas circunstâncias o status de refugiado.

Atualmente, após uma longa construção doutrinária, ficou estabelecido que, de acordo com a Convenção de Genebra de 1951 e com o Protocolo de 1967, o status de "refugiado" será reconhecido a qualquer pessoa que sofra perseguição em seu Estado de origem ou residência habitual, por força de sua raça, nacionalidade, religião, opinião política ou associação a determinado grupo social, enquanto o asilo tem sua prática limitada à perseguição política.

Tais hipóteses para o reconhecimento do status de refugiado são as elencadas nos diplomas internacionais universais que tratam da matéria e constituem os padrões mínimos de proteção a serem resguardados. Contudo, a efetivação dessa proteção ocorre no âmbito interno de cada Estado, os quais têm, conseqüentemente, a faculdade de aumentar este rol.

Em suma, são elementos essenciais da definição de refúgio a perseguição, o fundado temor, ou justo temor, e a extraterritorialidade.

O ACNUR estabelece em seu "Manual de Procedimentos e Critérios a Aplicar para Determinar a Condição de Refugiado", que perseguição é qualquer ameaça à vida ou à liberdade, devendo ser auferida tanto por critérios objetivos como por critérios subjetivos.

Para James Hathaway (2007), os documentos que compõem a Carta Internacional de Direitos Humanos contêm direitos que não podem ser violados em qualquer hipótese, direitos, portanto, inderrogáveis, entre os quais se encontram o direito a não ser submetido à tortura, o direito a não ser submetido à escravidão, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião e a garantia de não sofrer prisão arbitrária; sempre que houver violação a esses direitos existe perseguição.

Por fim, esses documentos consagram direitos cuja efetivação varia de Estado para Estado com base nos recursos disponíveis por eles para a sua implementação, tais como o direito ao trabalho, à alimentação e à saúde. Quando o Estado não garantir esses direitos dentro de seus recursos disponíveis existe perseguição.

O segundo elemento essencial da definição de refúgio vem a ser o fundado temor de que a perseguição ocorra. Esse elemento é mais recente na história do instituto do refúgio, tendo passado a existir apenas após a introdução do sistema individual de verificação da condição de refugiado, dado que, enquanto a verificação era coletiva, o simples fato de pertencer a um grupo entendido como perseguido bastava para que o indivíduo passasse a gozar da condição de refugiado.

Em função da impossibilidade de tratamento equitativo a todos os solicitantes de refúgio, passou-se a utilizar o temor objetivo como meio de verificação da condição de refugiado.

Assim, de acordo com a doutrina majoritária, adotou-se a posição de que o temor subjetivo deve ser presumido e que se deve proceder à verificação das condições objetivas do Estado do qual provém o solicitante em relação a ele para se chegar à conclusão de que esse temor é fundado.

O terceiro elemento essencial da definição de refúgio é o fato de o solicitante se encontrar fora de seu país de origem ou residência, o que se pode denominar extraterritorialidade. Tal elemento é essencial também ao asilo territorial e vem a ser um reflexo do princípio de não intervenção, consagrado pela Ordem Internacional de Vestfália e positivado no artigo 2º e 7º da Carta da ONU.

Além de ter os elementos essenciais da definição de refugiado, o solicitante deve ser merecedor da proteção, isto é, não ser abrangido pelas hipóteses de vedação da concessão. Uma vez comprovado o fundado temor de perseguição de um solicitante de refúgio que se encontre fora de seu Estado de origem e/ou residência habitual e que seja merecedor e carecedor, o status de refugiado é reconhecido por meio de uma decisão declaratória.

Diante de todo o exposto, tem-se que os dois institutos, apesar de terem diferenças que os tornam institutos distintos, apresentam o mesmo objetivo e a mesma base de atuação que é livrar seres humanos de perseguições por meio de sua acolhida em outro Estado no qual poderão gozar de seus direitos mais fundamentais e manter sua dignidade.

2. REFUGIADOS AMBIENTAIS

No contexto do debate sobre as mudanças climáticas, o tema dos deslocamentos humanos forçados em virtude de desastres ambientais surge como situação jurídica nova, não contemplada pelo Direito Internacional, uma vez que os chamados “refugiados ambientais” não se enquadram nas categorias tradicionais existentes, bem como não estão compreendidos nos demais grupos de migrantes reconhecidos em tratados e convenções internacionais vigentes.

Diante disso, necessário se faz analisar como essa temática vem sendo tratada dentro da literatura jurídica internacional, buscando identificar as bases para a construção de um sistema de proteção específico para essa nova categoria de refugiado, reconhecendo formalmente um status jurídico para as pessoas que se encontram nessa condição, sobretudo no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Contextualização e conceituação

A migração motivada por fatores ambientais é um fenômeno recorrente na história da humanidade desde os seus primórdios. Pode-se dizer que estas migrações foram determinantes para o povoamento da Terra, uma vez que permitiram a descoberta, ocupação e exploração de novas áreas do globo.

Vislumbra-se que existe uma correlação estatisticamente significativa entre migrações e a degradação ambiental, incluindo mudanças climáticas, conforme entendimento de Afifi e Warner (2007).

Nesse sentido, segundo o Relatório Mundial de Desastres de 2001, publicado pela Cruz Vermelha Internacional, atualmente mais pessoas são forçadas a abandonar suas casas em virtude de desastres ambientais do que guerras. A Cruz Vermelha estima que aproximadamente 25 milhões de pessoas poderiam ser consideradas, atualmente, refugiados ambientais.

Fenômenos ambientais que influenciam as migrações humanas têm sido registrados com maior frequência nas últimas décadas, sobretudo em razão das alterações climáticas que, de alguma forma, tornam imprópria a vida humana em determinado espaço geográfico (WARNER et. al., 2009).

Com base nisso, segundo estimativa do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), apresentada em 2008, aproximadamente 250

milhões de pessoas serão levadas a se deslocar no curso deste século, em razão das mudanças climáticas, das condições meteorológicas extremas, da diminuição das reservas de água e da degradação das terras agrícolas, eventos esses resultantes do aquecimento global e da ação antrópica.

Dessa maneira, a análise da vulnerabilidade socioambiental e dos desastres ambientais são maneiras pelas quais se podem buscar compreender como os efeitos humanos sobre a natureza e aqueles produzidos independentemente da ação humana têm o potencial de afetar a vida de milhões de pessoas por todo o mundo (BIRKMANN, 2006).

Após as considerações iniciais acerca da relação existente entre as mudanças climáticas e o aumento do número de deslocamentos humanos forçados em decorrência dessas mudanças, faz-se necessário analisar o conceito de refugiado.

Inicialmente, tem-se que à luz do Direito Internacional dos Refugiados, no regime internacional de proteção consagrado na Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, emendada pelo Protocolo de 1967, considera-se refugiado:

Art. 1º. Toda a pessoa que, em razão de fundados temores de perseguição devido à sua raça, religião, nacionalidade, associação a determinado grupo social ou opinião política, encontra-se fora de seu país de origem e que, por causa dos ditos temores, não pode ou não quer fazer uso da proteção desse país ou, não tendo uma nacionalidade e estando fora do país em que residia como resultado daqueles eventos, não pode ou, em razão daqueles temores, não quer regressar ao mesmo.

Contudo, alguns autores, a exemplo do renomado jurista francês Michel Prieur (2014), defendem que o dispositivo legal supramencionado não inclui os chamados “refugiados ambientais”, expressão que foi cunhada na década de 1970 por Lester Brown (BLACK, 2001).

Tal entendimento se deve ao fato de que, nos termos da referida Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, “refugiado é a pessoa que teme ser perseguida em razão da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade,

do fato de pertencer a um determinado grupo social ou em função de suas opiniões políticas”.

Diante disso, segundo Prieur (2014), as situações previstas na referida Convenção de Genebra “não abrangem os refugiados climáticos e ambientais. Daí se falar, também, em “deslocados” climáticos e ambientais” (PRIEUR, 2014, p. 998-1000).

No mesmo sentido é o entendimento de Essam El-Hinnawi (1985), divulgado em relatório apresentado ao Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), o qual afirma que:

Os refugiados ou deslocados ambientais, em termos gerais, são as pessoas forçadas a deixar o lugar em que vivem, de maneira temporária ou permanente, em virtude de eventos climáticos e ambientais, de origem natural ou humana, que colocam em perigo a sua existência ou afetam seriamente a sua condição de vida. (SILVA, 2009, p. 46);

Diante do exposto, vislumbra-se que os refugiados ou deslocados climáticos são as pessoas que deixaram ou estão na iminência de deixar em um futuro próximo o lugar em que vivem em razão de uma súbita ou gradual alteração do meio natural causada pelos impactos das mudanças climáticas (MIRRA, 2017).

Por fim, merece destaque o conceito apresentado pela Organização Internacional para a Migração (OIM), que estabelece que:

Migrantes ambientais são pessoas ou grupos de pessoas que, por razões prementes de mudanças repentinas ou progressivas no meio ambiente que afetam adversamente suas vidas ou condições de vidas, são obrigados a deixar suas moradias habituais, ou escolhem fazê-lo, seja temporariamente ou permanentemente, e que se movem seja dentro de seu país ou para o exterior (INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, 2007).

Todavia, vislumbra-se que ainda não é possível determinar, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, uma definição clara e universalmente aceita da expressão “migrantes ambientais”, embora diversos autores ofereçam definições

próprias, por vezes criando subcategorias mais específicas de migrantes para cada situação de adversidade ambiental (MCCUE, 1993; KING, 2006).

Por fim, para Jane McAdam (2009), a imprecisão do conceito de migrantes ambientais não impede a tomada de medidas relativas a esse grupo; ao contrário, possibilita que essas medidas sejam mais flexíveis.

Nesse sentido, em que pese todos os conceitos apresentados, bem como todas as críticas doutrinárias sobre as tentativas de se chegar a um consenso, o mais importante é que se tenha em mente o fato de que em ambos os casos, o fator primordial para a migração ou deslocamento se deve às mudanças climáticas que vêm se intensificando, e por este motivo, independentemente do nome ou conceito, devem ser garantidos a essas pessoas seus direitos fundamentais.

3. PROTEÇÃO JURÍDICA DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS NO BRASIL

No Brasil, o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), órgão de deliberação coletiva, ligado ao Ministério da Justiça e com composição multidisciplinar (inclusive por entidades religiosas) que trata dos refugiados lato sensu.

O CONARE tem como função principal “analisar os pedidos e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado, bem como por orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados”.

Além disso, ressalta-se que “o elevado grau de institucionalização da matéria atingido no Brasil com a criação do CONARE evidencia os avanços promovidos nessa matéria pelo Governo, em parceria com a sociedade civil brasileira” (ITAMARATY, 2016).

Cumprir registrar que o Brasil adotou um conceito mais amplo de refugiado, fundamentado na Convenção de Genebra de 1951 e, principalmente, na Declaração de Cartagena de 1984.

Vislumbra-se que o instituto jurídico do refúgio no Brasil é regulado pela Lei 9.474/1997 que define os mecanismos para implementação do Estatuto dos

Refugiados de 1951 no Brasil, sobretudo, em relação ao “devido processo legal do refugiado”. A referida lei dispõe que:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país. (grifei)

Com base nisso, a Lei 9.474/97 concede aos refugiados direitos e deveres específicos, diferenciando dos direitos relativos aos demais estrangeiros e trata da questão da entrada, do pedido de refúgio, das proibições ao rechaço, à deportação e à expulsão e ainda regula a questão da extradição dos refugiados.

Atenta à dimensão dinâmica dos direitos humanos, a legislação brasileira deu uma importante contribuição à redefinição do conceito de refugiado, acrescentando ao lado da figura do “perseguido político” também a figura da vítima de violação de direitos humanos em geral.

De acordo com a legislação brasileira, portanto, paralelo ao refugiado de guerra ou aquele perseguido por motivos políticos, étnicos ou religiosos, encontra-se o refugiado de grave e generalizada violação de direitos humanos. Vislumbra-se que essa redefinição confere uma condição mais abrangente e adequada à proteção de direitos humanos no Brasil.

Sendo assim, segundo Ramos (2011), na situação anterior, as “vítimas de violação de direitos civis e políticos poderiam, sob certas circunstâncias, ser abrigadas sob o estatuto do refugiado, mas as vítimas de violação de direitos básicos, como direito à saúde, moradia, educação e até alimentação, não”.

Todavia, com o novo parâmetro jurídico, de acordo com a Lei 9.474/97, a situação se modificou.

Ademais, a respeito da questão ambiental, a própria Constituição Federal de 1988 prevê no caput do artigo 225 que “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” (BRASIL, 1988).

Com base nisso, ante à grave violação dos direitos humanos fundamentais sofrida pelos deslocados decorrentes de desastres naturais, bem como a garantia constitucional do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mister se faz que o ordenamento jurídico pátrio reconheça o status de refugiado a esses indivíduos, garantindo assim a sua proteção legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo geral a análise da existência de mecanismos de proteção jurídica para os refugiados ambientais dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Com relação aos objetivos específicos, buscou-se analisar como se dá o processo de acolhimento, assistência e efetivação dos direitos dos refugiados no âmbito nacional, tanto na esfera pública quanto por intermédio de instituições do terceiro setor.

Em suma, foi analisado como essa temática dos refugiados ambientais vem sendo tratada dentro da literatura jurídica internacional e pátria, buscando identificar também as bases para a construção de um sistema de proteção específico para essa nova categoria de refugiado, reconhecendo formalmente um status jurídico para as pessoas que se encontram nessa condição, sobretudo no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, esta monografia fundamentou-se em um conjunto de autores e dispositivos legais que apresentam reflexões acerca do problema objeto da pesquisa, principalmente com relação ao conceito de refugiado ambiental e suas controvérsias.

Ademais, ressalta-se que esta temática, dotada de relevância jurídica e socioambiental, em que pese sua grande importância e atualidade, encontra-se ainda em um estágio embrionário de produção acadêmica e científica, vez que há uma escassez de fontes e materiais relacionados ao tema, o que justifica a necessidade de realização desta pesquisa.

Dessa forma, vislumbra-se que o presente trabalho fornecerá elementos que poderão contribuir para o entendimento da problemática que envolve a questão dos refugiados ambientais, principalmente no âmbito da realidade brasileira, servindo como fonte para futuras pesquisas e trabalhos acadêmicos nesta importante área do Direito Internacional Ambiental, a qual está diretamente relacionada também com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Em que pese todos os conceitos apresentados, bem como todas as críticas doutrinárias sobre as tentativas de se chegar a um consenso, o mais importante é que se tenha em mente o fato de que em ambos os casos, o fator primordial para a migração ou deslocamento se deve às mudanças climáticas que vêm se intensificando, e por este motivo independentemente do nome ou conceito devem ser garantidos a essas pessoas os direitos fundamentais.

Sendo assim, com o objetivo de incluir os refugiados ambientais no sistema de proteção internacional, vislumbra-se que uma das alternativas seria a modificação dos instrumentos convencionais internacionais já existentes, como a aludida Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (Convenção de Genebra de 1951), para incluir, em seus textos respectivos e em protocolos adicionais, a proteção dos refugiados ambientais.

Nesse sentido, cumpre registrar que a legislação brasileira está na vanguarda da proteção jurídica dos refugiados ambientais, uma vez que ampliou o conceito de refugiado com a inclusão das vítimas de grave e generalizada violação de direitos humanos em seu país de origem, o que tem possibilitado uma interpretação analógica por parte da jurisprudência, conferindo uma condição aberta e adequada à proteção ampla de direitos humanos no Brasil, inclusive reconhecendo os indivíduos deslocados em decorrência de desastres naturais como refugiados propriamente ditos.

Com isso, se faz necessário manter o sistema de proteção internacional e nacional dos refugiados em constante aprimoramento para que se tenha uma maior eficácia diante dos novos desafios enfrentados pela comunidade internacional, sobretudo de caráter ambiental e humanitário.

Por fim, ressalta-se que o tema em questão apresenta reflexões que podem possibilitar uma maior conscientização tanto a respeito da questão da necessidade de preservação do meio ambiente a fim de diminuir os efeitos das mudanças climáticas, bem como no que tange ao respeito às diferenças étnicas e culturais dos indivíduos em situação de refúgio recém-chegados no país, o que poderia facilitar o processo de adaptação e inclusão social dos mesmos.

REFERÊNCIAS

AFIFI, Tamer; JÄGER, Jill (Eds.). **Environment, Forced Migration and Social Vulnerability**. Heidelberg: Springer, 2010.

BANKOFF, Greg; FRERKS, Georg; HILHORST, Dorothea. **Mapping Vulnerability: disasters, development, and people**. London: Earthscan, 2004.

BIRKMANN, Jörn. **Measuring Vulnerability to Natural Hazards: towards disaster resilient societies**. Tokyo: United Nations University Press, 2006.

BLACK, Richard. **Environmental Refugees: myth or reality?** Working Paper n. 34, Geneva, March, 2001.

BRASIL. **Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. D.O.U. de 23 de julho de 1997.

COURNIL, Christel, op. cit., p. 347; SILVA, Solange Teles da. **O Direito Internacional do Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 46).

COURNIL, Christel, op. cit., p. 347-350; PRIEUR, Michel. **Droit de L'environnement, Droit Durable**. Bruxelles: Bruylant, 2014, p. 998-1000.

EL-HINNAWI, Essam. **Environmental Refugees**. Nairobi: UNEP, 1985.

HARDIN, Garrett. **The Tragedy of the Commons**. Science, vol. 162, 13 December 1968, p.1243-1248.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Participação, Processo Civil e Defesa do Meio Ambiente**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 104-105.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio-Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 115 e 122.

UNITED NATIONS. **Convention Relating to the Status of Refugees**. Geneva, July 25, 1951.

UNITED NATIONS. **Protocol on the Convention Relating to the Status of Refugees**. New York, October 4, 1967.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO ANTE A MOROSIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

KAYO RIBEIRO ANGELINO: Acadêmico de Direito na instituição Faculdade Católica do Tocantins - FACTO.

VINÍCIUS PINHEIRO MARQUES^[1]

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como finalidade analisar a responsabilidade civil do Estado ante a delonga na prestação judicial. Para tanto, fundamentou-se no que preceitua o artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal, o qual garante a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Além disso, propõe-se a identificar, embasados no ordenamento jurídico brasileiro, sobre as possibilidades e os limites da responsabilidade civil estatal diante de atuações judiciais que promovam a lentidão e a ineficácia da prestação jurisdicional, ocasionando assim, a impunidade daqueles que se amparam na ausência de responsabilização. Os preceitos constitucionais, doutrinas, jurisprudências, além de artigos científicos relativos ao tema são a base fundamental da metodologia aplicada.

Palavras-chave: Morosidade; Prestação Jurisdicional; Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: The present work has the purpose of analyzing the civil responsibility of the State before the deluge in the judicial provision. For that, it was based on what is stipulated in Article 5, LXXVIII of the Federal Constitution, which guarantees to all the reasonable length of the process and the means that guarantee the speed of its procedure. In addition, it proposes to identify, based on the Brazilian legal system, the possibilities and limits of state civil liability in the face of judicial proceedings that promote the slowness and inefficiency of the jurisdictional provision, thus causing impunity for those who rely on lack of accountability. Constitutional precepts, doctrines, jurisprudence, and scientific articles on the subject are the fundamental basis of the applied methodology.

Keywords: Slowness; Judicial action; Civil repairs.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Prestação Jurisdicional como Direito Fundamental. 2. A Garantia Constitucional quanto a Razoável Duração do Processo e a Celeridade Processual. 2.1. O prazo razoável e a celeridade processual. 3. Morosidade Processual. 4. Responsabilidade Civil. 4.1. Responsabilidade Civil do Estado. 4.2. A Responsabilidade Civil do Estado pelos Atos Jurisdicionais. 4.3. A morosidade processual e a Responsabilidade Civil do Estado. 5. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Em regra, a responsabilidade civil do Estado, prevista no ordenamento jurídico brasileiro, é objetiva, isto é, caso haja a prática advinda de um ato ilícito ou de uma violação ao direito de outrem não há a necessidade da aferição da culpa para que esta possa ser pleiteada em juízo. Entretanto, há que se questionar quanto à responsabilidade civil do Estado pelos atos jurisdicionais, será que ela deve ser objetiva? E quanto aos danos gerados aos litigantes em virtude da morosidade judicial, o Estado pode exonerar-se de tal responsabilidade? Qual tem sido o posicionamento dos tribunais superiores quanto a este tema?

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º, LXXVIII que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, ou seja, o Estado-juiz deverá fornecer ao indivíduo a prestação da tutela jurisdicional de modo efetivo, tempestivo e adequado, satisfazendo assim as pretensões dos seus jurisdicionados.

Todavia, a aplicação desse princípio constitucional nem sempre tem sido efetiva, visto que, a insatisfação social a respeito do serviço prestado pelo Poder Judiciário tem tomado proporções significativas. Isto decorre de vários fatores, dentre eles o sistema moroso, ou seja, uma estrutura que não consegue atender às demandas da justiça dentro do ritmo necessário, gerando apenas descontentamento nos litigantes e conseqüentemente o descrédito em um dos Poderes do Estado.

Em virtude desse contexto social, esta pesquisa desenvolveu-se com a finalidade de analisar os aspectos pertinentes a tal comportamento, bem como, a responsabilidade civil estatal, visto que, tal delonga tem causado violações aos

direitos fundamentais e ainda assim o Estado não tem se posicionado de modo proativo na solução desse imbróglio.

1. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O artigo 5º, XXXV da Constituição Federal prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ou seja, todo indivíduo que julga ter o seu direito violado tem como garantia constitucional o acesso a justiça de forma ampla e justa.

A partir de tal garantia constitucional, constata-se, portanto, que sendo a jurisdição um direito subjetivo do indivíduo, é dever do Estado proporcionar esse acesso de modo efetivo e com eficiência, sob pena de ser responsabilizado pela sua displicência na função.

De acordo com Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão do processo, ou possibilidade de ingresso em juízo (...) para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defenderem-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais (2013 p. 106).

Embora o acesso amplo à justiça seja uma garantia prevista na Constituição Federal, faz-se necessário que esta jurisdição seja ágil e efetiva, com enfoque na busca por cumprir integralmente toda a sua função social-política-jurídica, isto é, a efetivação do processo como meio de realização da justiça e o restabelecimento da paz social, promovendo o bem comum.

2. A GARANTIA CONSTITUCIONAL QUANTO A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A CELERIDADE PROCESSUAL

Influenciada pelo pacto europeu sobre os direitos fundamentais, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) foi uma das primeiras convenções a estabelecer em suas resoluções acerca dessa garantia processual. Ao estabelecer seu Decreto nº 678/1992 evidenciou em seu artigo 8º que:

Art. 8º- Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

A temática em questão tem relevância e por esta razão tem sido debatida em diversos tribunais internacionais, dentre eles, o da Corte Americana dos Direitos Humanos. Segundo reportagens publicadas no site jurídico Jusbrasil, a referida Corte internacional condenou no ano de 2002, o Estado de Trinidad e Tobago por inúmeras transgressões ao Pacto de San José dentre eles a violação ao devido processo legal.

De acordo com o artigo 8º da Convenção "todo indivíduo tem direito de ser julgado dentro de um prazo razoável", entretanto, não houve respeito a este dispositivo no caso supracitado, tendo em vista a demora injustificada em submeter os acusados a julgamento, encarcerados desde 1980 e julgado em meados de 1998.

No ano de 2012, a condenada a indenizar um inspetor de polícia foi a Itália. Neste caso, o agente teve que esperar dez anos para conclusão do processo contra ele. O motivo da condenação não foi em razão dos dez anos, mas a espera de cinco anos no litígio movido pelo agente contra o Estado justamente pela demora judicial. A Corte analisou a reclamação e julgou que a demora beneficiou o acusado, tendo em vista a prescrição processual. Em relação à espera de quase cinco anos no pedido de indenização foi considerado inaceitável pelos juízes, que decidiram reparação pela demora judicial deve ser concluído em dois anos e meio, no máximo.

Todo indivíduo tem direito a ser ouvido, com as devidas garantias impostas pela legislação e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente,

independente e imparcial, seja para apurar qualquer acusação, que porventura tenha sido formulada, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Embora a Constituição Brasileira de 1988 não englobasse de forma expressa, em seu texto originário, acerca do que preceitua o artigo supracitado, já havia a previsão de aplicação desse princípio no ordenamento jurídico, visto que o Brasil já era signatário da Convenção Americana e o tratado proposto já previa e continua em vigência quanto a absorção e aplicação das resoluções ali estabelecidas.

O próprio artigo 5º, § 2º da Constituição Federal corrobora com tal entendimento, isto porque, dispõe que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

A partir do que já previa o acordo internacional, a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004 inseriu, de modo expresso, no rol do artigo 5º, o inciso LXXVIII determinando que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Tal inserção teve como objetivo principal a celeridade processual, além de ampliar rol dos dispositivos relativos aos direitos fundamentais.

Embora os princípios da celeridade processual e da duração razoável do processo tenham ampliado a listagem relativa às garantias constitucionais, os mesmos devem ser aplicados mediante a observação do que estabelece os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, assegurando que o processo não prolongue além do prazo razoável e sequer comprometa a plena defesa e o contraditório.

Tal equilíbrio visa preservar a harmonia existente entre os princípios constitucionais de modo que alcance a efetividade e celeridade sem prejuízo à segurança jurídica, isto porque, um processo que se estende por um lapso temporal além do normal provoca efeitos nocivos para pelo menos uma das partes.

Para o jurista Ricardo Quass Duarte:

O tempo realmente figura como um dos poderosos inimigos no processo, na medida em que, quando a demanda leva muito tempo para terminar, direitos são

percidos, acordos desfavoráveis são realizados, transações comerciais deixam de ser concretizadas, as angústias e frustrações das partes aumentam, assim como aumenta o descrédito da população na Justiça. (DUARTE, 2009, p.15).

O que se observa a partir dessa alusão, é que a morosidade processual apresenta-se como uma das principais causas de descrédito na justiça brasileira, visto que, muitos cidadãos que buscam a tutela jurisdicional aguardam, às vezes, por décadas, a resolução dos seus conflitos. Tal espera, não pacifica a sociedade, apenas estimula a crença de que suas mazelas não merecem o devido respeito e atenção estatal.

Segundo Alexandre Freitas Câmara:

É preciso ter claro, porém, que a mera afirmação constitucional de que todos têm direito a um processo com a razoável duração não resolve todos os problemas da morosidade processual, sendo necessário promover-se uma reforma estrutural no sistema judicial brasileiro. Fique registrado meu entendimento segundo o qual a crise do processo não é a crise das leis do processo. Não é reformando leis processuais que serão resolvidos os problemas da morosidade do Poder Judiciário. É preciso, isso sim, promover-se uma reforma estrutural, que dê ao Poder Judiciário meios efetivos para bem prestar a tutela jurisdicional, o que exige vontade política para mudar o atual estado das coisas. (CÂMARA, 2011 p.124)

Verifica-se, portanto, que há atualmente, uma crise não apenas em relação às leis processuais vigentes, mas agrega-se a isto a falta de uma estrutura organizacional efetiva do Poder Judiciário. Para muitos doutrinadores, após a consolidação da nova constituinte ocorrida em 1988, houve um aumento significativo das demandas judiciais, em contrapartida a isto, não houve qualquer reestruturação dos tribunais para garantir o bom andamento dessas ações. Assim, os números de recursos materiais e humanos tornaram-se insignificantes diante do excessivo número de ações em trâmite.

Esta percepção só é acentuada no instante em que fica evidenciado que a respeitabilidade e a confiabilidade na justiça estão ligadas a uma solução célere e eficaz em face das lides que são ajuizadas. Para Humberto Theodoro Júnior (2011, p. 62) “a primeira grande conquista do Estado democrático é justamente a de oferecer a todos uma justiça confiável, independente, imparcial e dotada de meios que a faça respeitada e acatada pela sociedade”.

Isto porque gera nos cidadãos a essência daquilo que se conceitua como segurança jurídica, ou seja, ao indivíduo é assegurada a estabilidade das relações já consolidadas ante a evolução do direito.

2.1. O prazo razoável e a celeridade processual

A Constituição Federal estabeleceu em seus dispositivos acerca das garantias individuais relativas ao acesso à justiça, bem como, a razoável duração do processo e sua celeridade. Todavia, não determinou de forma expressa qual seria exatamente esse prazo de duração processual.

Para alguns doutrinadores a duração razoável do processo é um conceito vago e para tanto, depende da análise de determinados critérios, tais como: a complexidade da causa; o comportamento das partes; a atuação dos órgãos jurisdicionados; além das próprias circunstâncias de cada caso concreto. Fabiano Carvalho preceitua que, “por ser um conceito jurídico indeterminado ou aberto, e de caráter dinâmico, o prazo razoável requer um processo intelectual, individual, de acordo com a natureza de cada caso” (CARVALHO, 2012 p.218).

Em contrapartida a este, Danielle Annoni estabelece que:

A expressão prazo razoável, que visa regular a garantia do demandante de obter do Poder Judiciário uma resposta pronta e efetiva, ou seja, o direito de que seu processo termine logo e lhe forneça uma resposta condizente com o pedido formulado, encontra no direito internacional diversos sinônimos. A expressão prazo razoável tem origem na Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950) que trata do tema no seu artigo 6º. A Convenção Americana (1969) reproduziu a expressão em seu artigo 8º também fazendo referência expressa ao prazo razoável (ANNONI, 2006 p.178).

Independente da estipulação expressa ou não acerca do prazo processual, o que se faz necessário evidenciar é que a razoável duração do processo deve ser pautada no tempo suficiente para que haja a instrução processual de modo adequado, proferindo sempre decisões seguras e eficazes.

Todavia, é necessário ressaltar que existem fatores que podem dificultar o atendimento da razoável duração do processo. Segundo Alessandra Spalding:

Diante do caso concreto, inúmeras variáveis externas podem contribuir para que tal prazo seja estendido, como a demora na publicação das intimações pela imprensa oficial, a necessidade de produção de prova pericial, a oitiva de diversas testemunhas domiciliadas em comarcas distintas daquela onde tramita o feito, a arguição de incidentes processuais com efeito suspensivo, a ocorrência de outras causas suspensivas do processo, a presença de mais de um réu com procuradores distintos, a presença num dos polos da ação da Fazenda Pública, dentre outros (SPALDING, 2010 p.38).

Para tanto, faz-se necessário que os responsáveis por dar prosseguimento ao processo, o conduzam da melhor forma, possibilitando um processamento ágil e eficaz, evitando que haja no procedimento submissões a institutos não compatíveis com a sistematização da lide, bem como, intervindo e preenchendo todas as obscuridades existentes no processo, impedindo assim, que a utilização de artifícios prejudiciais pelas partes gere ainda mais morosidade pelo excesso legal.

Importante salientar ainda, que as variáveis externas citadas acima existem para oportunizar o desfecho da lide de modo seguro, concedendo a possibilidade às partes de apresentarem todas as defesas e recursos previstos em lei, a fim de proteger os interesses mútuos.

Ademais, não é apenas uma prestação jurisdicional célere que vai fazer com que as necessidades do cidadão sejam supridas pelo Poder Judiciário, mas que sejam proferidas decisões céleres julgadas de modo condizente com os pedidos formulados.

3. MOROSIDADE PROCESSUAL

O Poder Judiciário é componente essencial do sistema político brasileiro. É ele o responsável por aplicar e julgar a partir das leis vigentes no país contribuindo com a promoção da paz social. Entretanto, esta importante instituição tem atravessado inúmeros obstáculos no exercício de suas atribuições, dentre eles, a morosidade processual.

Um dos grandes obstáculos a ser superado pelo Poder Judiciário Brasileiro, é o de promover um processo que tenha efetividade, seja célere e que não afaste a aplicação das garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal, visto que, a presença de um judiciário sólido é critério essencial na formação de um Estado democrático.

A insatisfação social a respeito do serviço prestado pelo Poder Judiciário decorre de vários fatores, dentre eles, o sistema moroso, isto é, uma estrutura que não consegue atender às demandas da justiça dentro do ritmo necessário, gerando apenas descontentamento na vida do indivíduo.

A ampliação do problema enfrentado pelo Poder Judiciário e o anseio da sociedade por resultados céleres e eficazes foram reconhecidos pelo ministro Nelson Jobim em discurso de posse na presidência do Supremo Tribunal Federal no ano de 2004. Para ele:

A questão judiciária passou a ser tema urgente da nação. O tema foi arrancado do restrito círculo dos magistrados, promotores e advogados. Não mais se trata de discutir e resolver o conflito entre esses atores. Não mais se trata do espaço de cada um nesse poder da república. O tema chegou à rua. A cidadania quer resultados. Quer um sistema judiciário sem donos e feitores. Quer um sistema que sirva à nação e não a seus membros. A nação quer e precisa de um sistema judiciário que responda a três exigências: - acessibilidade a todos; - previsibilidade de suas decisões; - e decisões em tempo social e economicamente tolerável. Essa é a necessidade. Temos que atender a essas exigências. O poder judiciário não é fim em si mesmo. Não é espaço para biografias individuais. Não é uma academia para a afirmação de teses abstratas. É isto sim, um instrumento da nação. Tem papel a cumprir no

desenvolvimento do país. Tem que ser parceiro dos demais poderes. Tem que prestar contas à nação. É tempo de transparência e de cobranças. (Artigos e Discursos do Supremo Tribunal Federal).

Os anos se passaram e os discursos advindos da Suprema Corte se intensificaram ainda mais acerca deste assunto. Em palestra ministrada no Fórum Nacional, no ano de 2016, acerca de como melhorar a governança no Poder Judiciário, a então ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia foi enfática ao dizer que “a morosidade da justiça interessa a alguém, e por isso é um problema que vem de longa data”.

A ministra ainda criticou o fato de um recurso poder ser apresentado ao Supremo Tribunal diversas vezes, mesmo que a decisão do tribunal seja reiterada. Segundo ela:

Estamos maquiando um Estado que já morreu que não dá conta de responder a sociedade de maneira eficiente. Sem o Estado, no entanto, instala-se a barbárie. A morosidade custa caro ao Poder Judiciário, é preciso acabar com a hipocrisia. Um processo que tem oito recursos no Supremo vai ser demorado (O Estadão, 2015).

Todo esse contexto demonstra a importância das organizações, de uma maneira geral, no processo de mudanças sociais e evolução dessa sociedade. As organizações, além de se constituírem em instrumentos de controle social, também assumem o papel de agentes da sua modernização. Nesse sentido, o Poder Judiciário está interligado, pois, como instituição pública, sua missão constitucional torna evidente seu importante papel na construção do Estado, no que diz respeito à manutenção do Estado de Direito democrático.

A morosidade nas soluções das lides causa transtornos para o usuário da justiça, para o seu serventário e ainda gera gasto demasiado para o Estado. Examinar a infinidade de processos que transborda o judiciário não é uma incumbência simples, e é exatamente por não ser um procedimento fácil, é que a cada dia aumenta o número de reclamações por parte dos litigantes, gerando descrédito no sistema e abalando consequentemente um dos Poderes do Estado.

De acordo com dados do CNJ, Conselho Nacional de Justiça, o número de processos sem solução em todo o judiciário brasileiro atingiu a marca de 80,1 milhões de casos, no ano de 2018. Segundo o conselho, o número exorbitante se deve ao fato de que vários processos que outrora tinham sido arquivados foram reativados e retornaram à tramitação.

Para o relatório Justiça em Números (CNJ), a despesa total que o Estado teve com o judiciário em 2018 foi de R\$: 90,8 bilhões, desse total R\$: 82,2 bilhões foi usado para pagamento dos servidores, incluindo neste valor os salários, encargos e benefícios. Necessário se faz ressaltar ainda, que a despesa média gasta pelo judiciário com os magistrados, de acordo com dados do mesmo relatório, chegando a aproximadamente R\$: 48,5 mil. Tal quantia não inclui o salário do magistrado, apenas dispêndios com encargos sociais, previdenciários, viagens a serviço, entre outros.

Segundo Rui Stoco, outro motivo que gera a prestação jurisdicional intempestiva é o fato de que:

Inúmeras são as causas, em extremo, na legislação ultrapassada, anacrônica e extremamente formal; passando pela penúria imposta a este Poder, diante da quase inexistência de verba orçamentária para sua dinamização, modernização e crescimento; encontrando justificção no excessivo número de recursos previstos na legislação processual e nas inúmeras medidas protelatórias postas à disposição das partes e terminando no outro extremo, qual seja a conhecida inexistência de magistrados, membros do Ministério Público, Procuradores da República e do Estado para atender a enorme quantidade de feitos em andamento (STOCO, 2010 p.1080).

Embora este argumento para justificar a morosidade judicial seja plausível, ele já não encontra mais aceitação tácita por parte dos jurisdicionados, visto que, o Estado ao incumbir-se do poder/dever de jurisdição deve exercê-lo de forma efetiva, célere e eficiente, não podendo jamais eximir-se dos seus deveres.

Excesso de demandas, somado a má estruturação do Poder Judiciário, aumento dos processos em tramitação, número insuficiente de servidores para dar prosseguimento aos mesmos, corrobora com a ineficiência da prestação judicial. De acordo com Luiz Umpierre de Mello Serra:

Em princípio, as críticas relativas à morosidade formuladas ao Poder Judiciário pareciam injustas, se

analisadas do ponto de vista do próprio Poder, pois tinham conhecimento das dificuldades encontradas por seus integrantes. A atuação do Judiciário como prestador de serviços era deficiente e deixava de apontar que não eram aplicadas técnicas de gestão. Destacava-se que a maior parte das serventias atuavam acima dos limites de suas capacidades produtivas, sofriam de uma sistemática carência de investimentos em organização, layout e de informática, e as estatísticas exibiam números grandiosos de demanda. Após alguma análise diagnóstica, pôde-se perceber que ocorria manifesta a ausência de uma política pública, clara, transparente, objetiva, de contratação e movimentação de pessoal, de treinamento específico dos servidores para o desempenho de suas atividades, de treinamento para o atendimento ao público, que levasse ao aprimoramento dos serviços prestados, visando torná-los mais simplificados, ao alcance e de fácil compreensão por aqueles de menor preparação técnica ou intelectual. (SERRA, 2013, p.7/8)

A prestação jurisdicional intempestiva que aflige a administração judicial evidencia a ineficiência do Estado brasileiro em concretizar uma das principais funções do Estado de Direito, o de proteger os litígios dos jurisdicionados e promover a ordem, mantendo a paz social.

De acordo com Nelson Nery Júnior:

A duração razoável do processo e a efetividade da prestação jurisdicional dependem não apenas do Poder Judiciário e de seus magistrados, mas sim, majoritariamente, dos Poderes Executivo e Legislativo, visto que, o cumprimento dos direitos garantidos na Constituição é capaz de evitar a judicialização de políticas públicas que tanto abarrotam e dificultam o trabalho dos juízes de primeira instância e os tribunais brasileiros. (NERY JÚNIOR, 2013 p.325).

O despreparo de magistrados e servidores para lidar com a sobrecarga de trabalho, a ineficácia por parte dos tribunais na distribuição e na utilização de recursos materiais, e a falta de cultura de gestão administrativa para enfrentar os desafios da modernidade, são fatores que direcionam o Poder Judiciário a uma lentidão na sua atuação, o que compromete sua participação na realização dos fins do Estado democrático preceituado pela Constituição Brasileira.

Objetivando auxiliar os mecanismos que promovam a desobstrução processual o novo Código de Processo Civil estabeleceu em seu artigo 3º, § 3º que:

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. (BRASIL, 2015, s.p.)

Estabeleceu ainda, na seção V do CPC, acerca dos aspectos procedimentais que envolvem os institutos da conciliação e mediação processual. Este incentivo a meios alternativos de solução de conflitos em qualquer momento processual tem a finalidade de proporcionar o acordo entre os litigantes na fase inicial do processo, possibilitando a resolução da lide de forma pacífica e conseqüentemente promovendo a antecipação do trânsito em julgado.

Para Fredie Didier Júnior:

O estímulo à autocomposição poder ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder, no caso, o poder de solução de litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático. O propósito evidente é tentar dar início a uma transformação cultural da sentença para a cultura da paz (DIDIER JÚNIOR, 2018, p.319).

A mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, melhor solução para o problema. Em sua maioria, é utilizada em conflitos que possua maior complexidade. Esta é um procedimento estruturado, que não tem um prazo definido, e pode ensejar ou não

em acordo, tendo em vista que, as partes possuem autonomia para perseguir soluções que compatibilizam seus interesses e necessidades.

Em contrapartida e esta, tem-se a conciliação, que é um instrumento de pacificação utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito. Trata-se de um processo consensual, com breve duração, que busca uma efetiva harmonização social e restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes.

Corroborando ainda mais com tais preceitos, o artigo 6º do mesmo código estabelece que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, determinando assim o poder e dever de todos em colaborar com a prestação jurisdicional célere e efetiva.

Além disso, a alteração na contagem dos prazos processuais é outro fator evidenciado pelo novo Código de Processo Civil que tem o propósito de estabelecer celeridade aos processos. O cômputo dos prazos anteriormente calculado de forma contínua é atualmente computado apenas os dias úteis, suspendendo o curso dos prazos processuais entre os dias 20 de dezembro e 20 de janeiro.

Outro aspecto relevante do novo Código de Processo Civil é o chamado Incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no artigo 976. Tal ferramenta objetiva conceder a mesma decisão a milhares de ações iguais, dando mais celeridade aos processos em primeira instância, além de amenizar os problemas decorrentes das burocracias desnecessárias, que por vezes ferem os preceitos constitucionais.

Notório se faz salientar, que há doutrinadores que asseguram que a disfunção da morosidade jurisdicional não é fator que possa ser solucionado apenas com alterações legislativas, pelo contrário, vai muito, além disso. Para Alexandre Freitas Câmara:

É preciso ter claro, porém, que a mera afirmação constitucional de que todos têm direito a um processo com a razoável duração não resolve todos os problemas da

morosidade processual, sendo necessário promover-se uma reforma estrutural no sistema judicial brasileiro. Fique registrado meu entendimento segundo o qual a crise do processo não é a crise das leis do processo. Não é reformando leis processuais que serão resolvidos os problemas da morosidade do Poder Judiciário. É preciso, isso sim, promover-se uma reforma estrutural, que dê ao Poder Judiciário meios efetivos para bem prestar a tutela jurisdicional, o que exige vontade política para mudar o atual estado das coisas (CÂMARA, 2011 p.124).

Verifica-se, portanto, que há atualmente, uma crise não apenas em relação às leis processuais vigentes, mas agrega-se a isto a estrutura do Poder Judiciário.

Na busca por mecanismos que promova a celeridade do processo brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça está desenvolvendo o sistema de mediação digital. O intuito é “desenvolver e apresentar um sistema de Mediação Digital para permitir a realização de acordos pré-processuais entre consumidores, empresas e instituições financeiras” (CNJ, 2016 s.p.). Tal instrumento visa retirar da tutela do Judiciário, conflito que podem ser resolvidos através do diálogo entre as partes, nesse caso seria efetuado de maneira virtual, sem que as partes necessitassem até mesmo sair de casa. Uma vez encontrada a solução da lide, o juiz apenas homologaria.

Este serviço seria ofertado ao público de forma gratuita, sendo um meio subjetivo de alcançar a celeridade processual, já que evitaria que o Poder Judiciário se ocupasse de pequenas causas, podendo dar atenção e efetividade àquelas que envolvam bens jurídicos mais consideráveis.

Embora as mudanças advindas do novo Código de Processo Civil sejam úteis, em se tratando da excedida duração do processo, estão longe de solucionar de imediato os problemas inerentes ao âmbito judicial. Mas há que considerar que o excesso de formalismo contido no código anterior foi amenizado com o novo Código de Processo Civil tornando a norma mais acessível, além de auxiliar na construção de decisões legítimas, em tempo razoável.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL

Compreende-se como reponsabilidade civil o dever que o indivíduo tem de reparar os danos, sejam eles morais ou materiais, causados a terceiros. Tais danos podem ser em decorrência de atos praticados por este indivíduo, por pessoas das quais ele seja responsável ou advindo da lei. De acordo com o artigo 186 do Código Civil Brasileiro, o agente que “por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral”, comete ato ilícito; além disso, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (art.187 Código Civil).

Para Sérgio Cavalieri Filho (2016, p. 2), responsabilidade civil é o “dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico.” Dessa forma, toda conduta humana violadora de dever jurídico originário, que causar prejuízo a outrem, é fonte geradora de responsabilidade civil.

O instituto da responsabilidade tem por elemento nuclear uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, este pode se configurar de forma direta, quando o dever de reparação do dano causado recai sobre quem efetivamente tenha praticado o ato, ou indireta, quando a responsabilidade recai sobre quem tenha o dever de guarda sobre o agente do ato danoso.

Será aplicado o instituto da responsabilidade civil subjetiva, sempre que houver a necessidade de comprovação da culpa do agente, isto é, deverá ser aferida a conduta culposa ou dolosa, em virtude de negligência, imprudência ou imperícia, para que a partir de tal constatação possa responsabilizar o agente causador.

Por outro lado, a responsabilidade civil objetiva será aplicada independente de aferição de culpa, visto que esta é presumida, ou seja, dispensa sua análise e demonstração. Esta é fundamentada na Teoria do Risco, a qual preceitua que aquele que por meio de sua atividade, criar certo risco de dano a terceiros, deve ser responsabilizado, respondendo pela reparação, ainda que isento de culpa. Para Hely Lopes Meirelles:

A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano só do ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do

serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração (MEIRELLES, 2016 p. 611).

Assim, percebe-se que tal teoria baseia-se no risco que a atividade pública gera para aqueles que são administrados, além da possibilidade de acarretar dano a certos indivíduos da sociedade, impondo assim um ônus, não suportado pelos demais.

4.1. Responsabilidade Civil do Estado

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece em seus dispositivos, dentre outros aspectos, direitos e deveres pertinentes ao cidadão. Dentre esses, há o dever que o indivíduo tem de reparar prejuízo causado a outrem, decorrente da violação de um dever jurídico preexistente. Para tanto, faz-se necessário que haja a junção dos pressupostos que caracterizam a responsabilidade civil, dentre eles, tem-se o fato antijurídico causador do dano, isto é, fato contrário à lei e a seus princípios norteadores.

Nestes termos, a artigo 37, § 6º da Constituição Federal dispõe que:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O que se observa a partir do dispositivo supracitado, é que o Estado, enquanto ente constituído para disciplinar as condutas sociais, bem como, promover a harmonia na sociedade, também se submete às normas previstas no ordenamento jurídico, ou seja, o poder estatal pode ser responsabilizado nos casos em que lesar o particular.

De acordo com Hely Lopes Meirelles:

A responsabilidade civil da Administração Pública é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las (MEIRELLES, 2016 p. 656).

O desejo de compelir o causador do dano a repará-lo, é proveniente do elemento senso de justiça inerente ao indivíduo, por esta razão o Estado não pode negá-lo nem tampouco ignorá-lo. Assim, o dano provocado, seja por ato lícito ou ilícito, por um de seus agentes rompe o equilíbrio jurídico-econômico outrora existente, gerando a necessidade de restabelecê-lo. Este se fará, quando houver a fixação de um montante proporcional ao bem lesionado.

Configura-se como pressupostos da responsabilidade civil, o dano, a culpa do agente, e o nexo de causalidade existente entre o fato e dano. Dentre esses componentes caracterizadores, o sujeito é o elemento essencial para a aplicação da responsabilidade estatal, visto que, a conduta desempenhada pelo agente público no exercício do poder de Estado, gera a obrigação de reparar os danos causados a terceiros.

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é objetiva. Esta se fundamenta na Teoria do Risco Administrativo, isto é, a administração pública tem a obrigação de indenizar a vítima pelo ato sofrido, independente da aferição da culpa dos seus agentes ou pela falta de serviço, bastando apenas demonstração do dano sofrido e que este fora injusto. Todavia, se o Poder Público constatar a culpa do terceiro nesta relação, a indenização será amenizada ou até mesmo excluída.

Faz-se necessário ressaltar ainda que não haverá responsabilidade civil estatal quando se fizer presente hipóteses capazes de excluir o nexo causal entre a conduta do Estado e o dano causado ao terceiro, sendo estes institutos a força maior, o caso fortuito, o estado de necessidade e a culpa exclusiva da vítima.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho:

Há uma grande divergência doutrinária quanto à caracterização dos institutos caso fortuito e força maior. Alguns autores entendem que a força maior é o

acontecimento originário da vontade do homem, como é o caso da greve, por exemplo, sendo o caso fortuito o evento produzido pela natureza, como os terremotos, as tempestades, os raios, e trovões (CARVALHO FILHO, 2011 p.514).

Em se tratando de responsabilidade civil estatal, há que se contestar se este era ou não responsável pela conservação, manutenção, ou segurança do fato ou serviço. Caso seja a administração pública a responsável, não haverá a aplicação de excludente de culpabilidade, isto é, o Estado será totalmente responsabilizado pelos danos sofridos pelos particulares provocados por eventos inevitáveis da natureza, desde que, haja a omissão ou deficiência em sua atuação.

Todavia, se o dano sofrido for decorrente de eventos inevitáveis, com ausência de participação concorrente da administração pública com o resultado lesivo, ou que este deveria ter utilizado mecanismos que pudessem evitar amenizar o prejuízo sofrido pelo particular, haverá a aplicação dos institutos supracitados, visto que, não haverá como exigir que tais procedimentos sejam serviços essenciais à função estatal.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, o estado de necessidade:

Consiste na situação de agressão a um direito alheio, de valor jurídico igual ou inferior àquele que se pretende proteger, para remover perigo iminente, quando as circunstâncias do fato não autorize outra forma de atuação (STOLZE e PAMPLONA FILHO, 2017 p.913).

Tal instituto será aplicado sempre que as circunstâncias se tornarem absolutamente necessárias e indispensáveis para a remoção do perigo, ressaltando que caso haja excessos no proceder, o agente será responsabilizado.

O direito administrativo determina que a responsabilidade da Administração Pública seja embasada nos interesses coletivos em face dos interesses particulares, assim, o Estado não será responsabilizado pelos prejuízos decorrentes de atividade pública, desde que, esta seja executada visando a predominância de interesses gerais, em detrimentos de direito de particulares.

Compreende-se como culpa exclusiva da vítima quando somente esta der causa ao evento danoso, inexistindo assim, culpa estatal e conseqüentemente o dever de responsabilidade. Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 920) isto ocorre porque "a exclusiva atuação culposa da vítima tem também o condão de quebrar o nexo de causalidade, eximindo o agente da responsabilidade civil".

Convém destacar que, havendo casos em que se comprove a existência de concorrência de culpas ou causas, a indenização resultante do ajuizamento será mitigada, isto é, haverá a divisão na proporção da atuação de cada sujeito.

4.2. A Responsabilidade do Estado pelos Atos Jurisdicionais

Nas civilizações antigas, os indivíduos que porventura viessem a deflagrar conflito entre si eram eles mesmo os responsáveis pela resolução deste, inexistindo para tanto o poder de um ente estatal capaz de dirimir tais tensões.

Com a evolução histórica fez-se necessário à presença de um terceiro capaz de intermediar as relações conflitantes que surgiam no âmbito da sociedade. Este terceiro foi denominado Estado, detentor total da jurisdição com a prerrogativa de aplicação da lei nos litígios advindo da violação dos direitos previstos no ordenamento jurídico.

Compreende-se como atividade jurisdicional aquela realizada pelo Poder Judiciário, com a finalidade de aplicar a lei a uma hipótese controvertida. Esta se fará mediante processo regular, que produzirá ao final, uma decisão proveniente do poder estatal. Desse modo, ao proferir tal veredito, o magistrado age na função de agente público, gerando ao Estado o dever de reparar eventuais danos decorrentes da prestação do serviço judiciário.

Todavia, alguns doutrinadores não compactuam com a premissa de que há responsabilização civil objetiva do Estado por atos jurisdicionais. Para Hely Lopes Meirelles:

O ato judicial, que é a sentença ou decisão, enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, nas hipóteses do artigo 5º, LXXV, da CF/88. Nos demais casos ela não se aplica aos atos do Poder Judiciário e de que o erro judiciário não ocorre quando a decisão judicial está suficientemente

fundamentada e obediente aos pressupostos que a autorizam (MEIRELLES, 2016 p.665).

Ao mencionar o artigo 5º, LXXV da Constituição Federal o autor faz referência ao argumento de que o Estado apenas indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença. Mas, em se tratando da responsabilidade civil objetiva do Estado ante a morosidade jurisdicional, será aplicada ou não a este caso?

4.3. A morosidade processual e a Responsabilidade do Estado

Embora o artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal assegure como direito fundamental “a duração razoável do processo”, bem como, a “celeridade de sua tramitação”, o que se observa é delonga na prestação jurisdicional, ocasionando conseqüentemente a insatisfação dos litigantes.

A morosidade processual tem se tornado um dos principais fatores que impedem a efetiva garantia dos direitos pleiteados pelos cidadãos. Fundamentado nesta conjuntura há questionamentos quanto à responsabilização do Estado pela ineficiência na prestação jurisdicional. Seria ou não o Poder Estatal responsabilizado no dever de recompor os prejuízos acarretados a terceiros, em virtude de condutas infringentes da lei?

De acordo com Marçal Justen Filho, “a responsabilidade civil do Estado depende de uma conduta estatal, que seja comissiva, seja omissiva, que produza efeito danoso à terceiro” (2016, p. 1196). Considera-se conduta comissiva aquela que o dever de diligência especial requer que o agente aja com cautela, evitando lesão a terceiros. Em contrapartida a esta conduta, ocorrerá ação omissiva sempre que o Estado deixar de atuar em situação que era juridicamente obrigado a fazer. Tais atos dividem-se em atos omissivos genéricos, que são aqueles em que é exigido prova de culpa da Administração Pública, e atos omissivos específicos, sendo aqueles em que há a violação de dever individualizado de agir.

Assim, se o indivíduo é furtado em uma praça deserta, o Estado não poderá ser responsabilizado objetivamente, ainda que tenha o dever de proporcionar segurança pública, tem-se, portanto, uma conduta omissiva genérica. Entretanto, se o indivíduo é furtado diante de um policial e este agente nada faz, incidirá a responsabilidade civil objetiva estatal, visto que se trata de uma conduta omissiva específica.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

A responsabilidade civil subjetiva incidirá sobre os atos omissivos genéricos do Estado, fundamentada na teoria da falta de serviço, a qual consiste na falha, seja porque não funcionou quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou funcionou tardiamente” (MELLO, 2013 p.1024).

Ante a essa explicitação, o que se presume é que se a justiça funcionar tardiamente o litigante terá que provar a culpa dos agentes públicos causador do dano, para que haja a responsabilidade da Administração Pública.

Corroborando com esse entendimento a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é majoritária em considerar que para efeitos de responsabilização civil do Estado ante a morosidade do judiciário, necessário se faz evidenciar o dano sofrido, e a relação existente entre o prejuízo e a atuação estatal omissiva ou comissivamente, não bastando apenas, a mera alegação de delonga da lide.

O que se percebe, é que acarretar ao particular o ônus de provar o comportamento lesivo dos agentes públicos causadores da morosidade judicial é um tanto quanto desrespeitoso. A simples demonstração de que o Estado não proveu um processo em tempo razoável, descumprindo o dever imposto pela Constituição Federal, sendo esse descumprimento doloso ou não, ensejaria por si só o dever de indenizar do Estado.

Responsabilizá-lo objetivamente pelo dano decorrente da morosidade judicial é ato imprescindível para fazer com que as garantias constitucionais vigentes no país sejam respeitadas, além de pressionar o Estado de modo efetivo, para que promova melhorias na estrutura judiciária, bem como, na eficiência de seus serventuários.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dessa pesquisa, demonstrou-se que a sociedade manifesta pleno inconformismo e incapacidade de continuar se sujeitando a uma prestação jurisdicional ineficiente. Há muito tempo esse tem sido o cenário exibido pelo Poder Judiciário, entretanto não é essa a sua atribuição, mas a de uma jurisdição

capaz de dirimir conflitos alicerçados na aplicação dos direitos fundamentais presentes na Constituição Federal Brasileira.

Assim, assegurar a duração razoável do processo, além de cumprir um os requisitos pertinentes ao procedimento judicial, é, portanto, critério imprescindível para a preservação do Estado Democrático de Direito, isto é, um Estado pautado na proteção ao indivíduo.

Nesse sentido, necessário se faz viabilizar a revisão/reformulação quanto aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais daqueles que ainda se opõe quanto à responsabilização da Fazenda Pública pela morosidade judicial, visto que, ao litigante não pode ser imputado tal ineficiência.

Ressaltando ainda que de nada adianta ter um ordenamento jurídico repleto de normas que enalteça o bem-estar e a dignidade da pessoa humana, se o instrumento que proporciona o acesso a este, está viciado. A relevância do Direito Processual vai muito além do fim em si mesmo, visto que, ele é o alicerce de todo o ordenamento jurídico, é por intermédio dele que o Princípio do Devido Processo Legal se materializa, que o direito líquido cria seus efeitos e atribuições, estabelecendo diretrizes acerca do bem-estar social, além de possibilitar uma atuação íntegra e imparcial do Estado.

REFERÊNCIAS

ANNONI, Danielle. **O direito humano de acesso à justiça em um prazo razoável processo.** UFSC: 2006. Disponível em <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/89512>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

_____. Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

_____. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil.** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105>. Acesso em: 29 mar. 2019.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** Rio de Janeiro: Atlas, 2011.

CARVALHO, Fabiano. **Garantia da Razoável Duração do Processo.** Editora RT, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Atlas, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Malheiros, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: Juspodvum, 2018.

DUARTE, Ricardo Quass. **O Tempo Inimigo no Processo Civil Brasileiro.** São Paulo: LTr, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2017.

JOBIM, Nelson. **Discurso de Posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal.**

Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100094&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEAL, Luciana Nunes. **Morosidade da justiça interessa a alguém, diz ministra do STF**. Estadão, São Paulo, 13 de maio de 2015. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,morosidade-da-justica-interessa-a-alguem-diz-ministra-do-stf,1686748>. Acesso em: 25 mar. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RAMALHO, Renan. **Processos sem solução na justiça crescem em ritmo menor, mas atingem 80 milhões em 2017, aponta relatório do CNJ**. G1, Brasília, 27 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/08/27/processos-sem-solucao-na-justica-crescem-em-ritmo-menor-mas-atingem-80-milhoes-em-2017-aponta-levantamento-do-cnj.ghtml>>. Acesso em: 25 mar. 2019

SERRA, Luiz Umpierre de Mello. **Gestão de Serventias**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SPALDING, Alessandra Mendes. **Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC N. 45/2004**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Reforma do judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora RT, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Forense, 2011.

NOTA:

[1] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito da Faculdade Católica do Tocantins. Advogado. E-mail: vinicius.marques@catolica-to.edu.br.

ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA LEI DO FEMINICÍDIO COMO INSTRUMENTO DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL

LEANDRO BRITO DA SILVA:

Graduando em Direito pela Universidade Brasil.

ANDRÉ DE PAULA VIANA^[1]

(Orientador)

RESUMO: A presente pesquisa, a fim de elucidar a violência contra a mulher no Brasil, em especial, sua forma de materialização máxima, o feminicídio, utilizou-se do método dedutivo, com pesquisa em livros, artigos e materiais relativos ao tema para demonstrar o histórico social e jurídico da violência contra a mulher no Brasil, demonstrando a árdua luta percorrida pelas mulheres na conquista de seus direitos, bem como deixar evidente que tais direitos são muito recentes no ordenamento jurídico pátrio. Ademais, analisa-se a Lei do Feminicídio e suas peculiaridades e contribuições à luta contra a discriminação de gênero e ao ordenamento jurídico brasileiro pois, como se vê, a Lei específica que trata da questão demorou a ser criada no Brasil e representou um marco histórico importantíssimo na luta pela igualdade de gênero. Por fim, fala-se sobre a situação atual do Brasil com relação ao homicídio de mulheres, as razões pelas quais essa ainda é a realidade experienciada pela mulher brasileira e faz considerações sobre os desafios e as contribuições trazidas pela Lei do Feminicídio ao combate da violência contra a mulher, bem como à mudança da realidade cultural do país.

Palavras-Chave: Feminicídio. Violência contra a mulher. Gênero. Cultura patriarcal.

ABSTRACT: The present research was carried out with the objective of elucidating violence against women in Brazil, especially its form of maximum materialization, femicide. For that, the deductive method was used, with research on books, articles and materials related to the theme. The research examines the social and legal history of violence against women in Brazil, demonstrating the arduous struggle of women in the conquest of their rights, as well as showing that these rights are very recent in the country's legal order. In addition, the research focuses

on the Law of Femicide and its peculiarities and contributions to the fight against gender discrimination and the Brazilian legal system, since, as we can see, the specific Law dealing with the issue took a long time to be created in Brazil and represented a important milestone in the struggle for gender equality. Finally, we talk about the current situation in Brazil with regard to the murder of women, the reasons why this is still the reality experienced by Brazilian women and makes considerations about the challenges and contributions brought by the Law of Femicide to combat violence against women, as well as to change the country's cultural reality.

Keywords: Femicide. Violence against women. Genre. Patriarchal culture.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 BREVE HISTÓRICO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL. 3 TRATAMENTO TÉCNICO DA LEI DO FEMINICÍDIO NO BRASIL – O FEMINICÍDIO COMO QUALIFICADORA. 4 CONTEXTUALIZANDO A REALIDADE DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL – DADOS PREOCUPANTES E DESAFIOS DE APLICAÇÃO DA LEI. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é situação recorrente na sociedade brasileira desde seu descobrimento. O patriarcalismo, o machismo, a desigualdade de gênero sempre existiram e muito pouco se discutiu isso durante os séculos e décadas. Muito custou para que as agressões contra as mulheres fossem vistas como hoje são vistas: um fenômeno social complexo, que acomete as mulheres sem distinção de raça, classe social, religião ou etnia, e causa efeitos negativos não só às vítimas, mas a toda a sociedade em que essas mulheres estão inseridas.

A presente pesquisa trata de explicar algumas questões sobre a violência contra a mulher no Brasil, bem como trata de discorrer, de maneira crítica, acerca da Lei do Femicídio, Lei n. 13104/15, buscando analisar sua contribuição e eficácia no combate à violência de gênero.

Assim, no primeiro capítulo, faz-se um apanhado geral sobre gênero e violência, tratando do papel exercido pela cultura patriarcal no cometimento desse tipo tão especial de violência, comentando um breve histórico da violência contra a mulher no Brasil.

No segundo capítulo, por sua vez, trata-se de forma mais aprofundada a respeito das questões técnicas da Lei do Feminicídio, explanando sobre o tratamento penal dado à questão no ordenamento jurídico brasileiro e quais as mudanças e contribuições trazidas por esse diploma legal ao enfrentamento da violência contra a mulher.

No último capítulo, por fim, trata-se da violência contra a mulher na atual sociedade brasileira e os reflexos de aplicação da Lei do Feminicídio, trazendo dados e discussões sobre a efetividade dessa Lei no combate à violência de gênero e abrindo espaço ao questionamento para compreender se o referido diploma legal consegue se manter cumprindo com sua função.

2 BREVE HISTÓRICO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL

O primeiro diploma que merece ser mencionado trata-se das Ordenações Filipinas, um compilado de Livros por ordem de D. Felipe I que continha, em seu conteúdo, as mais diversas normas patriarcais e que reforçavam a desigualdade de gênero e a violência contra a mulher de forma legítima, e que vigorou no Brasil durante 350 anos.

Na parte Criminal deste Código, no Livro V, Título 36, parágrafo 1º, conta Rodrigues (2003, p. 76) que existia norma que isentava de pena aqueles que ferissem as mulheres com pau ou pedra ou que as castigassem de qualquer outra forma, desde que o fizessem moderadamente. Na mesma parte do Código, também se encontrava normativa que permitia aos homens o direito de matar suas mulheres quando estas se encontrassem em adultério, sendo desnecessária qualquer prova austera, bastando a existência de rumores públicos (RODRIGUES, 2003).

Tais normas só foram afastadas quando do advento do Código Criminal de 1830. Com esse diploma legal, normas como aquelas que autorizavam o castigo e

assassinato de mulheres foram extintas, seguindo a tendência mundial de substituição da vingança privada pela mediação do Estado (CORREIA, 1981).

No entanto, a cultura patriarcal não se extinguiu juntamente com o novo Código Criminal e suas tendências. Esse mesmo Código dispôs de forma desigual tratamento à homens e mulheres, por exemplo, ao tipificar o crime de adultério. Observe-se o dispositivo:

Art. 250. A mulher casada, que commetter adulterio, será punida com a pena de prisão com trabalho por um a tres annos.

A mesma pena se imporá neste caso ao adultero.

Art. 251. O homem casado, que tiver concubina, teúda, e manteúda, será punido com as penas do artigo antecedente.

Como visto no texto legal dos arts. 250 e 251, se a acusada de adultério fosse a mulher, este constituiria crime em quaisquer circunstancias, em contrapartida, se o adúltero fosse o homem, só seria considerado crime se o relacionamento adulterino fosse estável e público (ILB, 2017).

Os próprios juristas da época defendiam que a justificativa para tal desigualdade era o óbvio caráter de maior gravidade e maior reprovabilidade da conduta adulterina de uma mulher, seja na esfera penal ou cível (ILB, 2017). Na esfera cível, ainda, independentemente de haverem relatos de maus-tratos, tentativa de assassinato ou outras violências, ensina Pereira (1918, p. 96) que os Tribunais sempre prezavam pela manutenção do casamento a qualquer custo.

Além disso, na esfera penal, após o Código Criminal de 1830 sobrevieram dois outros diplomas importantes: o Código Penal de 1890 e o Código Penal de 1940 – vigente até hoje. O Código de 1890 trouxe uma brecha na legislação que permitiu que se desenvolve-se, na retórica da defesa do uxoricidas – nome dado aos noivos, namorados, maridos e amantes acusados de matar suas companheiras – a tese dos “crimes de paixão”, que visava atenuar ou, mesmo, absolver por completo os acusados que assassinassem suas mulheres (ILB, 2017).

Essa brecha se trata do disposto no art. 27 do referido diploma legal:

Art. 27. Não são criminosos: [...]

§ os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e inteligência no ato de cometer o crime.

Analisando o supracitado dispositivo, compreende-se que, alegando transtorno por conta da raiva e da emoção, os uxoricidas encontraram ali um “pote de ouro”: não poderiam responder pelo crime pois estavam “fora de si” quando do cometimento deste. Essa questão jurídica permissiva, aliada à cultura extremamente patriarcal e machista da época que, impunha à mulher a obrigação da castidade e do resguardo, teve encaixe perfeito no cometimento das injustiças de se abrandar ou absolver esses sujeitos.

A cultura machista e patriarcal influía diretamente na aplicação da Lei pelos Tribunais. A exemplo, tem-se o ensinamento de Pereira (1918, p. 96) a respeito do interesse social na preservação do casamento à qualquer custo – mesmo que esse custo seja, para a mulher, uma vida de violência:

Tanto a respeito de excessos (tentativa de assassinato) como a respeito das injúrias (maus-tratos) cabe ao juízo dos Tribunais decidir se os fatos alegados merecem uma ou outra qualificação. Devem antes de tudo ter em conta o interesse dos cônjuges que exige de um lado que não os separe por questões leves e passageiras e de outro que não os force a prolongar uma comunidade de vida insuportável, e o interesse da sociedade exige ao mesmo tempo que se mantenha quanto seja possível tal comunidade entre os cônjuges e que se ponha termo às discussões e escândalos domésticos (texto adaptado por nós ao português mais recente).

Por entendimentos do próprio órgão judiciário, como esse acima descrito, possibilitou-se a morte de muitas mulheres, que se viam sem opções pois, o próprio Estado, permanecia sendo negligente com a situação de violência por elas vividas.

É interessante, contudo, lembrar que esses teses não tinham absoluta aceitação da sociedade. Os movimentos feministas já estavam acesos e alertas no

final do século XIX e início do século XX, e a própria mídia que dava total atenção aos casos dos “crimes de paixão”, ao mesmo tempo que apavorava as mulheres, revoltava muitas delas (CORREIA, 1981).

As indignações eram tamanhas e cresceram tanto que os juristas decidiram “fechar” essa “porta aberta” da lei e, no Código Penal de 1940, trouxeram no art. 28, inciso I, a seguinte disposição:

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão;

Assim, a tese de defesa dos uxoricidas finalmente foi deslegitimada e deixou de ser aplicada. Isso, no entanto, não impediu que nova tese de defesa se desenvolvesse à margem do Código de 1940 e completamente embasada na sociedade preconceituosa e patriarcal: a figura da “legítima defesa da honra” (CORREIA, 1981).

Como agora não se tratava mais de uma “brecha legislativa”, pois não havia qualquer culpa no texto da Lei para a aplicação dessa tese, a situação revelou a face machista da sociedade – e do judiciário, que acatava a tese. Sobre isso, ensina Correia (1981, p. 61):

O período romântico acabara e, lançado o novo argumento, a absolvição tornar-se-á um pouco mais complicada, parecendo passar a ser, de fato, privilégio de poucos, já que será preciso “demonstrar” não só a infidelidade da companheira, mas também a honorabilidade de seu assassino. A dupla definição desta honorabilidade, através do trabalho, do valor social do homem e da necessária fidelidade de sua companheira, passar a estar ligada de forma permanente na argumentação da legítima defesa da honra.

Essa tese se pautava na legítima defesa da honra do acusado para justificar e atenuar ou absolver este do crime de assassinato de sua companheira, e por um longo período da história, ela foi acolhida pelos Tribunais (ILB, 2017). Inacreditavelmente, apenas em 1991, ou seja, há menos de 30 anos atrás, essa tese foi definitivamente afastada por decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que

considerou que honra seria um atributo pessoal e que, no caso, a honra ferida seria da mulher quem cometeu a conduta tida por reprovável, e não do homem, que tinha outras soluções alternativas na esfera cível (STJ, 1991, online).

Ao analisar a história das legislações brasileiras, percebe-se que o tratamento desigual dado para homens e mulheres, tanto na esfera penal quanto na esfera jurídica, vai mudando ao longo dos anos com as paradigmas sociais sendo desconstruídos e reconstruídos a partir das resistências de mulheres aos abusos e opressões das quais estas tomam ciência (ILB, 2017).

Inclusive, uma das estratégias eleitas pelos movimentos de mulheres foi, justamente, o pleito no campo das reformas legais. Assim, a partir dessa estratégia foi que se afastaram diversas leis discriminatórias e criaram-se outras legislações de apoio e concessão de direitos às mulheres (ILB, 2017).

Dentre a criação de normas de apoio ao combate à violência de gênero, a Constituição Federal de 1988, tem papel importantíssimo, pois trouxe em seu bojo de existência e como base sólida a "igualdade de direitos perante a lei para homens e mulheres", conforme art. 5º, inciso I.

Da mesma forma, esse diploma legal dispôs, em seu art. 226, parágrafo 8º que o Estado seria obrigado a criar mecanismos para coibir a violência doméstica, passo muito significativo para que se fosse criada a Lei Maria da Penha, em 2006.

Uma outra norma de apoio ao combate à violência contra a mulher que foi criada após o advento da Constituição Federal de 1988 é, justamente, a Lei do Femicídio, criada em 2015, objeto de estudo da presente pesquisa. A criação dessa Lei foi um passo de extrema importância para o enfrentamento da violência de gênero, e demonstra o reflexo de uma evolução de pensamento cultural na sociedade brasileira. Sobre essa Lei, estuda-se melhor a seguir.

3 TRATAMENTO TÉCNICO DA LEI DO FEMINICÍDIO NO BRASIL – O

FEMINICÍDIO COMO QUALIFICADORA

Essa Lei surgiu, considerando todo o contexto abordado no capítulo anterior, com a pressão crescente da sociedade civil que vinha, há tempos, denunciando a negligência do Estado com relação ao homicídio de mulheres.

Os movimentos feministas reivindicavam leis especiais em diversos países dos cinco continentes e, nos anos 2000, após a tomada de consciência do número crescente de morte de mulheres, reivindicou-se o reconhecimento das razões de gênero como motivações desses crimes e, portanto, percebeu-se absolutamente necessário a criação de leis especiais (VÍLCHEZ, 2012).

Foi por conta dessa pressão dos movimentos feministas dos anos 2000 que muitos países latino-americanos começaram a incluir, em suas legislações, o feminicídio (GALVÃO, 2017). Alguns adotaram, em suas leis especiais, o feminicídio como novos tipos penais, outros, como o Brasil, o incorporaram como uma qualificadora.

Mas independentemente da política criminal que foi aplicada em cada país, o objetivo era o mesmo: identificar as mortes de mulheres em cada um dos países para conseguir dimensionar aquelas cometidas intencionalmente pro razões de gênero, de forma a tirar esse fenômeno tão prejudicial e corriqueiro da invisibilidade, para que se pudesse estabelecer, finalmente, um verdadeiro combate à violência contra a mulher por razões de gênero (PASINATO et. al., 2016).

Vílchez (2012, p. 87) classifica esses movimentos de mulheres que cobravam medidas legislativas no combate à violência de gênero em duas fases. A primeira delas, se deu entre 1994 e 2002, que ocorreu e reivindicou a aprovação das primeiras leis sobre violência doméstica e familiar nas legislações dos países. Essa fase aprovou as “leis de primeira geração”, que não se tratavam, necessariamente, de leis penais, mas sim, coercitivas.

A segunda, por sua vez, ocorreu após 2005 e reivindicou a aprovação das “leis de segunda geração”, que expandiram a proteção em relação à violência contra a mulher para os espaços públicos e privados, bem como ampliou as modalidades de violência e incorporou, de fato, medidas penais (VÍLCHEZ, 2012).

Com relação à criação das “leis de segunda geração”, percebeu-se três modalidades de mudanças legislativas: alguns países adotaram o feminicídio como tipo autônomo, outros adotaram como agravante do homicídio simples e outros, como a modificação do crime de parricídio (VÍLCHEZ, 2012).

O Brasil demorou a aprovar ambas as leis, de primeira e segunda geração, tendo vigorado, aqui, a Lei Maria da Penha, apenas em 2006, enquanto a Lei do Feminicídio só sobreveio em 2015. Com relação à Lei do Feminicídio, o Brasil adotou a medida legislativa que incluiu o crime como qualificadora do homicídio simples, conforme se verá a seguir.

Desde o advento da Lei Maria da Penha, já se tomava ciência, nas legislações, que as mortes violentas de mulheres são a expressão máxima e mais grave da violência por razões de gênero. Assim, a própria Lei Maria da Penha e toda a política de enfrentamento à violência contra a mulher já sobreveio com objetivo enfático de prevenir que essa expressão grave da discriminação de gênero (PASINATO et. al., 2016).

A Lei do Feminicídio vem, portanto, para complementar as diretrizes de enfrentamento à violência contra a mulher já expostas na Lei Maria da Penha e, claro, para ampliar o âmbito de proteção para fora do ambiente doméstico e familiar, bem como para promover a caracterização de um tipo penal específico de combate a esse fenômeno.

Assim, a Lei do Feminicídio veio para impedir a impunidade pela violência contra a mulher:

A impunidade pela violência contra a mulher agrava os efeitos de dita violência como mecanismo de controle dos homens sobre as mulheres. Quando o Estado não responsabiliza os autores de atos de violência e a sociedade tolera, expressa ou tacitamente, tal violência, a impunidade não só estimula novos abusos, como também transmite a

mensagem de que a violência masculina contra a mulher é aceitável, ou normal. O resultado dessa impunidade não consiste unicamente na denegação da justiça às diferentes vítimas/sobreviventes, mas também no fortalecimento das relações de gênero reinantes, e reproduz, além disso, as desigualdades que afetam as demais mulheres e meninas (ONU, 2006).

No Brasil, o Femicídio só veio a ocupar previsão legal com a Lei 13.104/2015, que tratou da criminalização do delito como uma qualificadora do crime de homicídio simples. Assim, de acordo com a nova legislação, o crime de homicídio qualificado por Femicídio passou a vigor conforme a seguinte disposição:

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

[...]

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

[...]

Femicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

[...]

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Assim, tem-se que a Lei vigente considera o femicídio como a morte de uma mulher por razões de sua "condição de sexo feminino". Essa expressão tem sua explicação prevista no parágrafo segundo do mesmo artigo supracitado:

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Portanto, tem-se que o feminicídio é, na legislação brasileira, a morte de uma mulher por conta de sua condição de sexo feminino, sendo esta condição considerada, pela própria legislação, como o crime que envolve a violência doméstica e familiar ou o menosprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima.

Finalmente viu-se, com a Lei do Feminicídio, a concessão de devida proteção da mulher contra a violência advinda da discriminação de gênero em qualquer que seja o âmbito em que esta se encontre.

Isto porque, até então, com a Lei Maria da Penha, apesar de se ter a previsão de diversas formas de violência que as mulheres sofrem e toda uma política de enfrentamento dessa violência, se deu a total atenção ao fenômeno que ocorre dentro do âmbito doméstico e familiar, deixando à mercê da sociedade patriarcal e sem o justo tratamento, todas as mulheres que sofrem violências e que resultam em morte cujos agressores não estão em seu âmbito doméstico.

Como bem ensina Galvão (2017, p. 13), para muito além do agravo de pena trazido pela Lei, o aspecto mais importante da previsão do tipo no ordenamento penal é chamar a atenção para o fenômeno e promover profundo conhecimento e compreensão popular mais apurada sobre a dimensão do problema.

É importante focar nas características das diferentes realidades vividas pelas mulheres dentro das diversidades socioculturais dentro do Brasil, permitindo, assim, o aprimoramento de políticas públicas que combatam essa realidade tão triste e severa vivida por essas mulheres (GALVÃO, 2017).

A Lei n. 13.104/2015, além de prever o feminicídio com uma qualificadora do homicídio simples e agravar, portanto, a pena prevista para o cometimento do delito específico em face do delito simples, também previu causas de aumento de pena.

Essas causas estão presentes no art. 121, no parágrafo sétimo, nas palavras dos seguintes incisos:

Art. 121. [§ 7º](#) A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima." (NR)

De acordo com o parágrafo sétimo do artigo supracitado, portanto, tem-se que a pena prevista para o crime qualificado de homicídio pelo feminicídio, que é de doze a trinta anos, será aumentada de 1/3 até a metade se o crime for cometido com a presença de uma das situações a seguir elucidadas.

O inciso primeiro traz que haverá o aumento de pena se a vítima for morta, em razão de sua condição do sexo feminino, quando estava grávida ou, então, até três meses após o parto.

A razão para a existência do aumento desse inciso está no fato de ser a mulher mais frágil e sensível psicologicamente nesse período que vai desde a gravidez até, aproximadamente, três meses após o parto do filho (PETRUCCI, 2018).

Assim, o feminicídio praticado contra a mulher que se encontra nessas situações revela-se cometido em um caráter mais reprovável da conduta do agente e, portanto, justificaria o aumento de pena segundo o caso concreto.

O inciso II, por sua vez, traz que a mulher morta por razão de sua condição do sexo feminino e que seja menor de 14 anos de idade, maior de 60 anos de idade ou deficiente também fará jus ao aumento de pena ao agressor.

Nesses três casos expostos pela Lei, percebe-se uma maior fragilidade das vítimas do crime. Tem-se a vítima menor de idade, que é amplamente protegida pelo ordenamento jurídico em diversos diplomas legais, bem como aquela vítima considerada idosa, que também possui proteção especial do ordenamento, bem como a vítima tida como deficiente, que independentemente da concepção de

deficiência, também se apresenta protegida de maneira especial pelo ordenamento.

Assim, é latente o grau de maior reprovabilidade da conduta do agente nesses casos, vez que se trata de crime terrível praticado a vítimas especialmente protegidas pelo ordenamento jurídico em razão de suas características de maior fragilidade e vulnerabilidade diante do meio social (PETRUCCI, 2018).

Por fim, o inciso III prevê o aumento de pena ao crime de feminicídio praticado quando algum descendente ou ascendente da vítima morta esteja presenciando todo o ocorrido.

A razão do aumento, aqui, é óbvia. Se trata do dano causado não só à vítima do feminicídio, mas também, ao intenso dano psicológico, ao enorme sofrimento que o agressor causa ao familiar da vítima, que esteve obrigado a presenciar a terrível cena de ver um ente querido ser assassinado (PETRUCCI, 2018).

Essa situação à qual está submetido o familiar da vítima, sem qualquer sombra de dúvidas, gerará danos gravíssimos ao psicológico do indivíduo, gerando transtornos, talvez irreversíveis, o que justifica a maior reprovabilidade da conduta do agente e o consequente aumento de pena previsto na Lei.

A Lei n. 13.104/2015, ainda, alterou a Lei n. 8.072/1990 que dispõe sobre os crimes considerados hediondos no ordenamento brasileiro, passando a vigorar, junto ao art. 1º da referida Lei, a seguinte disposição:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal](#), consumados ou tentados:

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII);

Como se vê, portanto, a Lei do Feminicídio incluiu a hipótese do crime de feminicídio como crime hediondo perante a legislação brasileira atualmente vigente. A palavra “hediondo” diz respeito à conduta de maior reprovabilidade,

conduta sórdida, depravada, que provoca grande indignação moral e causa horror e repulsa social (CNJ, 2018).

No campo jurídico, isso significa dizer que o crime de feminicídio, ao ser enquadrado como crime hediondo, tornar o autor do crime insuscetível de receber anistia, graça, indulto ou fiança, tenha sido o crime de fato consumado ou, mesmo, apenas tentado (CNJ, 2018).

Assim, corretamente agindo o legislador, o crime de feminicídio conquistou um pouco do espaço e da atenção que merece ao ser incluído na Lei dos Crimes Hediondos, pois fica latente seu caráter de conduta absolutamente desprezível perante a sociedade.

A simples criminalização do feminicídio, no entanto, não é suficiente para dar conta da complexidade do tema. Esta é só a ponta do iceberg, e é necessário se reconhecer todas as violências que se antecipam ao feminicídio, que é a expressão máxima da violência de gênero, realidade discriminatória que vivem as mulheres de todo o país – e do mundo.

Como bem explica Galvão (2017, p. 13), quando o feminicídio acontece, é sinal de que várias outras medidas que deveriam ter sido aplicadas, falharam. E é essa consciência que se deve adquirir para combater, de forma correta, a violência contra a mulher.

4 CONTEXTUALIZANDO A REALIDADE DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL – DADOS PREOCUPANTES E DESAFIOS DE APLICAÇÃO DA LEI

Apesar de todo o caminho percorrido para que, finalmente, a violência contra a mulher fosse considerada como um problema grave e para que, finalmente, o ordenamento jurídico brasileiro adotasse uma lei própria para tratar dos casos de feminicídio, a violência contra a mulher e, especificamente, o homicídio de mulheres por razões de gênero ainda é uma realidade no Brasil.

Atualmente, a realidade brasileira suporta elevadas taxas de violência contra a mulher. As estatísticas de violência são tão alarmantes que o Brasil conquistou uma colocação desesperadora no ranking mundial: ocupa o quinto lugar como país com mais taxa de homicídio de mulheres.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), o número de assassinatos de mulheres no Brasil chega a ser de 4,8 para cada 100 mil mulheres. Da mesma forma, o Mapa da Violência de 2015, o mais recente até o presente momento, aponta que entre os anos de 1980 a 2013, 106.093 mulheres morreram única e exclusivamente por sua condição de sexo feminino.

Esse número, segundo Galvão (2017, p. 34), é 2,4 vezes mais que a taxa média observada no ranking que inclui 83 nações, que apontam uma média de 2 assassinatos a cada 100 mil habitantes. Os países para os quais o Brasil perde são, somente, El Salvador, Colômbia, Guatemala – três países latino-americanos, como se percebe – e a Rússia.

Além disso, a Fundação Perseu Abramo destacou que em 2010 haviam registros de, pelo menos cinco espancamentos de mulheres a cada dois minutos. O 9º Anuário da Segurança Pública de 2015, por sua vez, apontou a ocorrência de um estupro a cada onze minutos.

Em 2013, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) revelou que, segundo suas pesquisas, haviam registros que evidenciavam um caso de feminicídio a cada noventa minutos. Enquanto isso, em 2015, haviam registros da ocorrência de 179 relatos de agressão por dia no serviço de denúncia Ligue 180, segundo o Mapa da Violência de 2015.

De acordo com esses dados, não se pode ter certeza em afirmar que o feminicídio diminuiu, apesar das conquistas de direitos das mulheres e das legislações que passaram a vigor no Brasil. Os números apresentados são impactantes e se tornam ainda mais graves se levar-se em consideração que apenas representam uma parcela da realidade, vez que grande parte dos casos sequer chegam a ser denunciados e, alguns, mesmo quando o são, nem sempre são reconhecidos e registrados como casos de violência de gênero (GALVÃO, 2017).

O desequilíbrio perpetrado culturalmente e que reside até hoje na sociedade brasileira é responsável pela realidade de violência contra a mulher que se mantém em prática no país. As concepções rígidas e desiguais quanto aos papéis de gênero da cultura machista que ainda impera no Brasil são responsáveis por essa realidade. Construções que determinam o comportamento como feminino ou masculino, entendidos como “socialmente adequados” dentro da sociedade brasileira é o viés mais tóxico de todas as influências que mantém a violência de gênero acontecendo (GALVÃO, 2017).

Bem ensina Galvão (2017, p. 56) que:

Além de gerar um desequilíbrio estrutural de poder entre masculino e femininos, a naturalização dessas expectativas sociais abre margem para que a violência aconteça quando uma mulher não cumpre o esperado. No caso do feminicídio cometido por parceiros ou ex, muitas vezes eles matam a mulher em casa, no bairro ou no trabalho, na frente de outras pessoas. São comuns os casos em que o autor não faz questão de ocultar o crime de testemunhas, o que significa que exibir aquilo reforça sua masculinidade, ele se sente autorizado pela sociedade a ter o controle de vida e morte sobre a mulher [...].

É por isso que, mesmo casos que podem ser facilmente identificados como feminicídios, tal como o estupro associado à morte ou o feminicídio no âmbito doméstico, seguem se repetindo diariamente no país. Eles acontecem pois, são, ainda hoje, banalizados. A sociedade, apesar de todo o já tratado no presente trabalho, ainda não aprendeu a dar a devida atenção a esse crime hediondo.

Essa banalização tem como principal questão a permanência do tratamento desses crimes, por parte da população, por parte da mídia e, até mesmo, por parte das instituições de segurança e justiça como “crimes passionais” em que mais vale como justificativa o ciúmes ou o inconformismo do agressor do que o sentimento de posse e violação da autonomia experimentado pela mulher vítima (GALVÃO, 2017).

Os dados, como visto, reforçam a necessidade de uma mudança cultural urgente no Brasil. É necessário que haja orientação à população de que a violência contra a mulher não é tolerável ou banal, e que o simples fato de as mulheres quererem igualdade e tomarem suas próprias decisões, jamais poderá justificar qualquer tipo de violência.

Vê-se que, apesar de se considerar, por óbvio, a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro da Lei do Feminicídio como uma grandiosa conquista das mulheres pelo direito de viver sem violência, acompanhada de outras políticas públicas e legislações implantadas no últimos anos no país, a realidade da violência contra a mulher se manteve e ainda é assustadora.

Dentre as razões da perpetuação dessa realidade, encontram-se diversos fatores, dentre eles, o já acima explanado: a cultura de desigualdade de gênero e do machismo. Contudo, aliados à tal fator que pode-se afirmar ser, talvez, o dominante, encontram-se diversas questões relacionadas à aplicação prática das leis que propõem o combate à violência contra a mulher e a proteção das mulheres.

Primeiramente que já com relação à denúncia, as mulheres encontram diversas dificuldades. Dentre elas, o medo da denúncia, a vergonha da humilhação, mas, para além disso, um problema institucional: a falta de agentes públicos preparados e sensibilizados para receberem essa denúncia e, também, a falta de órgãos especializados, como as delegacias da mulher, na grande maioria das cidades brasileiras (OLIVEIRA, OLIVEIRA, 2018).

Além disso, faltam políticas públicas que lidem com esse tipo especial de crime, pois como já visto anteriormente, sua causa está enraizada na cultura, e a realidade só vai, de fato, apresentar mudanças significativas, quando os paradigmas e preconceitos dessa cultura forem desconstruídos.

Os números alarmantes do cometimento do crime de feminicídio demonstram que não basta punir. É preciso, para além da existência de uma lei criminal, aumentar significativamente a rede de proteção à mulher e dar especial atenção para provar a mudança "cultural" do agressor (OLIVEIRA, OLIVEIRA, 2018).

É preciso conscientizar o agressor, e já existem programas e políticas públicas nesse sentido. O problema é que estes programas são poucos, em áreas

específicas de país e geralmente concentrados em grandes centros, motivos pelos quais, é óbvio, não resolvem a situação do país.

O que deve ser feito, portanto, é focar na construção de uma cultura de prevenção da violência contra a mulher. E a Lei do Feminicídio, no entanto, só ataca o resultado dessa violência, não promovendo esse papel que é fundamental para a mudança da realidade brasileira.

Há, também, muitas críticas à Lei do Feminicídio que a expõem como um registro simbólico do problema, com ganhos significativos, porém, apenas representativos (MACHADO, ELIAS, 2018).

Contudo, como bem ensina Machado e Elias (2018, p. 291), deixar a existência da Lei como registro meramente simbólico compromete os movimentos concretos que esse passo pode alcançar. Considerá-la apenas como tal, coloca-a no campo da alegoria e da crença vazia.

Não se deve deixar de levar em consideração de a vigência de Leis como a Lei do Feminicídio possuem profunda contribuição à sociedade brasileira, e não somente porque, por meio dela, se ganha ao menos uma ideia de aplicação mais rigorosa da justiça à casos especiais, como bem são os casos de feminicídio, mas também, porque a existência dessa lei constitui na tradução política da vivência das mulheres brasileiras, e contribui para gerar novas estatísticas, novos discursos jurídicos, mudanças no imaginário social e novas demandas por igualdade (MACHADO, ELIAS, 2018)

De forma a resumir a situação:

Falamos de ELOÁ, Eliza, Mércia, Isabella, Michelle, Sandra, Daniella, Maristela, Ângela e tantas outras mulheres que foram mortas por não aceitarem permanecer em uma relação violenta, por não aceitarem cumprir as regras ou expectativas de seus companheiros ou da sociedade, por serem vistas como objetos sexuais, por terem sido invisíveis ao Estado e ao sistema de justiça que, na maioria dos casos, não foram capazes de ouvi-las e, portanto, de prevenir tais mortes (YAMAMOTO, COLARES, 2015).

Portanto, vê-se que a Lei do Feminicídio, por si só, nem em conjunto com as demais legislações e políticas públicas até aqui propostas, não foi capaz de modificar a realidade de violência contra a mulher existente no Brasil.

Contudo, ainda que muita coisa precise ser melhorada e, de fato, aplicada, a Lei do Feminicídio significa importante passo no combate à violência de gênero, e contribui das mais diversas formas na desconstrução da cultura que, hoje, alimenta a desigualdade de gênero e permanece abastecendo a ocorrência da violência contra a mulher.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebeu-se, pelo presente trabalho, que a violência contra a mulher não é assunto novo. É uma das realidades mais antigas do mundo, e sua história evidencia muita crueldade e desigualdade de direitos, onde as mulheres, nem sempre, foram sujeitos de direito – em especial, o direito à vida e a viver sem violência.

Ainda, foi possível compreender que a conquista dos direitos das mulheres pela igualdade de gênero e pela vida sem violência, são conquistas extremamente recentes, cuja luta foi árdua e ainda está longe de terminar. A desigualdade de gênero ainda é uma realidade fatal e precisa ser combatida diariamente.

A presente pesquisa concluiu, portanto, que a realidade atual do Brasil com relação à violência contra a mulher e, em especial, ao feminicídio, é alarmante e extremamente grave. No Brasil encontra-se, de fato, uma sociedade culturalmente atrasada e que permanece prejudicando as mulheres nas mais diversas áreas – e em especial, em seu direito mais genuíno, que é o seu direito à vida – por conta da discriminação de gênero.

A discriminação de gênero proveniente da cultura patriarcal e machista é o combustível da violência contra a mulher e do feminicídio no Brasil. Ela é o fator determinante e responsável pela permanência do país em 5º lugar no ranking mundial de maior taxa de homicídio de mulheres.

Contudo, por óbvio, essa cultura não se desmancha sozinha, e o Estado tem a obrigação de prover os meios necessários para que se promova a desconstrução

cultural. Contudo, em primeiro lugar, deve prover minimamente a proteção das mulheres em situação de violência e garantir a efetiva aplicação das leis de combate já existentes, bem como das políticas públicas já criadas.

A falta de serviço especializado nas diversas áreas do país, a falta de pessoal sensibilizado no recebimento das vítimas, as dificuldades de aplicação da efetiva punição prevista na Lei, dentre outras questões, contribuem para que a cultura de discriminação e a violência contra a mulher permaneçam acontecendo.

A Lei do Feminicídio é um passo importante no combate à violência contra a mulher, não apenas por garantir no ordenamento jurídico uma punição mais severa à um crime especial como é o feminicídio mas, também, por promover o debate e a geração de novos discursos e mudanças culturais que apontam a compreensão de que a violência contra a mulher é um absurdo e não deve ser tolerada em hipótese alguma.

Contudo, a Lei do Feminicídio, assim como as outras legislações e políticas públicas que tratam da temática no Brasil, é falha em sua aplicação prática – e consideravelmente simples demais, o que pode torna-la omissa –, e para que seja eficaz, deve contar com a efetiva atenção do Estado, que deve dispender todo o orçamento e tempo necessário para que se faça a justiça e a mudança sociocultural que o Brasil necessita.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015. **Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 15 de abril de 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 15 de abril de 2019.

BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. **Promulga o Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em: 15 de abril de 2019.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. **Manda executar o Código Criminal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 15 de abril de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 de abril de 2019.

BRASIL. **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I.** Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

BRASIL. Lei n. 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, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 16 de abril de 2019.

BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em: 16 de abril de 2019.

CORREIA, Mariza. **Os crimes da Paixão.** Coleção Tudo é História. Vol. 33. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **O que são crimes hediondos?** Publicado em: 29 de janeiro de 2018. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86048-cnj-servico-o-que-sao-crimes-hediondos>. Acesso em: 16 de abril de 2019.

COPPELLO, Patrícia Laurenzo. **Apuntes sobre el Femicídio**. Revista de Derecho Penal y Criminologia 3. Época, n. 8, julho de 2012, p. 119-143. Disponível em: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2012-8-5030&dsID=Documento.pdf>. Acesso em: 26 de abril de 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário de Segurança Pública**. São Paulo, ano 9, 2015. Disponível em: https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/wp-content/uploads/2015/10/9-Anuario-Brasileiro-de-Seguranca-Publica-FSB_2015.pdf. Acesso em: 16 de abril de 2019.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Violência Doméstica e Violência de Gênero**. Pesquisa Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado 2010. Disponível em: <http://csbh.fpabramo.org.br/node/7244>. Acesso em: 16 de abril de 2019.

GALVÃO, Patrícia. **Femicídio – Invisibilidade Mata**. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, 2017. Disponível em: https://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2017/03/LivroFemicidio_InvisibilidadeMata.pdf. Acesso em: 16 de abril de 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Ipea revela dados inéditos sobre a violência contra a mulher**. Publicado em: 19 de setembro de 2013. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=19873. Acesso em: 16 de abril de 2019.

INSTITUTO LEGISLATIVO BRASILEIRO (ILB). Senado Federal. **Dialogando sobre a Lei Maria da Penha**. Cadernos EAD. ILB: Brasília, 2017. Disponível em: <http://saberes.senado.leg.br/>. Acessado em: 8 de abril de 2019.

MACHADO, Isadora Vier; ELIAS, Maria Lígia G. G. Rodrigues. **Femicídio em Cena: da dimensão simbólica à política**. Tempo Social, Revista de Sociologia da

USP, v. 30, n.1, abril de 2018, p. 238-304. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v30n1/1809-4554-ts-30-01-0283.pdf>. Acesso em: 16 de abril de 2019.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **Balanço – 180**. Disponível em: https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/wp-content/uploads/2015/10/9-Anuario-Brasileiro-de-Seguranca-Publica-FSB_2015.pdf. Acesso em: 16 de abril de 2019.

OLIVEIRA, Guilherme; OLIVEIRA Nelson. **Três anos depois de aprovada, Lei do Femicídio tem avanços e desafios**. Jornal do Senado. Brasília. Publicado em 27 de março de 2018. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/540202/Cidadania_627.pdf?sequence=1. Acesso em: 16 de abril de 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, suas causas e consequências, integração dos direitos humanos da mulher e da perspectiva de gênero: violência contra a mulher. **A norma de devida diligência como instrumento para a eliminação da violência contra a mulher**, E/CN.4/2006/61, 20 de janeiro de 2006.

PASINATO, Wânia, *coordenadora*. **Diretrizes Nacionais Femicídio – Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres**. Brasília – DF: Imprensa Nacional, 2016.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Coleção História do Direito Brasileiro – Direito Civil. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496212>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

PETRUCCI, Gabriela. **Lei do Femicídio e reconhecimento: Discussão crítica em torno dos remédios afirmativos para a violência de gênero**. Revista Estudos em Comunicação, n. 26, vol. 1, maio de 2018, p. 311-322.

RODRIGUES, Maria Alice. **A mulher no espaço privado: da incapacidade à igualdade de direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Recurso Especial 1517 PR 1989/0012160-0**. Relator: Ministro José Candido de Carvalho Filho. Data de Julgamento: 11/03/1991. Sexta Turma. Data de Publicação: DJ 15.04.1991 p. 4309 JTS, vol. 24, p. 64 RJM, vol. 114, p. 192 RSTJ, vol. 20, p. 175.

VÍLCHEZ, Ana Isabel Garita. **La Regulación del Delito de Femicidio/Feminicidio em America Latina y el Caribe**. Panamá: Secretariado de la Campaña del Secretariado General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres, 2012.

YAMAMOTO, Aline; COLARES, Elisa Sardão. **Por que falar em Femicídio?** Boletim Observa Gênero. Observatório Brasil da Igualdade de Gênero. Edição n. 47, ano 7, maio de 2015.

[1] Professor orientador pela Universidade Brasil; Lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/4428702481856069>.

A PRESCRIÇÃO NAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UM COTEJO JURISPRUDENCIAL, DOUTRINÁRIO E PRINCIPIOLÓGICO

ANDERSON FERREIRA DE LIMA:

Bacharelando do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

WELLINGTON GOMES MIRANDA^[1]

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar os entendimentos jurisprudenciais recorrentes no tocante à aplicação do instituto prescricional às ações de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa, confrontando-os com as disposições doutrinárias e os princípios basilares que regem o ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, utilizou-se de método exploratório para se fazer um apanhado holístico de como o tema vem sendo tratado no ordenamento jurídico brasileiro, consultando-se a bibliografia de juristas consagrados, bem como decisões proferidas em sede judicial e legislação pertinente, numa abordagem qualitativa.

Palavras-chaves: Prescrição. Ressarcimento ao erário. Improbidade Administrativa.

Resumen: El presente trabajo pretende analizar los entendimientos jurisprudenciales recurrentes en lo referente a la aplicación del instituto prescricional a las acciones de resarcimiento al erario por acto de improbidad administrativa, confrontándolos con las disposiciones doctrinales y los principios basilares que rigen el ordenamiento jurídico brasileño. Para ello, por medio de investigación bibliográfica y documental, se utilizó de método exploratorio para hacer un recuento holístico de cómo el tema viene siendo tratado en el ordenamiento jurídico brasileño, consultando la bibliografía de juristas consagrados, así como decisiones dictadas en sede judicial y legislación pertinente, en un enfoque cualitativo.

Palabras clave: Prescripción. Resarcimiento al erario. Improvisación administrativa

Sumário: 1. Introdução 2. Prescrição: conceito 2.1 Ilícitos da lei de improbidade x ressarcimento ao erário 2.2 Disposições constitucionais 2.3 Histórico

jurisprudencial 2.4 Tese da imprescritibilidade 2.5 Tese da prescritibilidade 3. Considerações finais 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A prescrição é instituto jurídico aplicado a diversos ramos da Ciência do Direito com o objetivo de estabelecer limite temporal à pretensão de se reparar um direito violado, sendo expressão clara do princípio da segurança jurídica.

Quando aplicada ao Direito Administrativo, a Prescrição regula, dentre outras situações, a prerrogativa a qual detém o Estado de cobrar eventuais danos causados ao seu erário em decorrência da prática de ato de improbidade administrativa.

Nesse contexto, tendo em vista o não consenso entre os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da aplicação da Prescrição às ações que visem a reparação de danos ao erário por ato de improbidade administrativa, esse trabalho pretende trazer à baila a discussão existente sobre o tema, confrontando as disposições doutrinárias, os entendimentos jurisprudenciais e a carga principiológica constitucional vigente em nosso ordenamento jurídico.

2. PRESCRIÇÃO: CONCEITO

O Instituto Prescricional, de forma simples e didática, revela a perda do exercício de um direito pelo titular em virtude de sua inércia. Significa o término do decurso de um lapso temporal sem que o titular de um direito realize alguma atitude para exercê-lo. Sobre o tema Miranda bem pondera que:

Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o

direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrendo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade (MIRANDA, 1974, p. 101).

Dessa forma, falar em prescrição nas ações de ressarcimento ao erário importa analisar a existência ou não de um prazo para que o Estado busque reaver danos causados ao seu patrimônio tendo em vista a prática de conduta ímproba.

2.1 ILÍCITOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA X RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

Para melhor esclarecer a referida análise, cumpre diferenciar a aplicação da prescrição aos ilícitos tipificados na Lei 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa –, em contrapartida à aplicação às ações de ressarcimento ao erário que se fundarem na prática de atos ímprobos.

A prática de ilícitos tipificados na Lei de Improbidade Administrativa que ocasionam danos ao erário pode ser perseguida pelo Estado nas esferas administrativa, penal e cível conforme redação do artigo 12 da referida lei (PLANALTO, 1992). A reprovação dessas condutas impõe a necessidade de punição daqueles que as praticam. Punição essa materializada nas penas previstas no Capítulo III da Lei de Improbidade, *in verbis*:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016) (PLANALTO, 1992).

Sendo assim, ao se falar em prescrição para a busca de punição de condutas consideradas ímprobas, há de se reconhecer a existência de lapso temporal para que o Estado tome providências para que se faça cumprir as penas previstas no supracitado dispositivo legal. Esse lapso temporal está previsto no artigo 23 da Lei 8.429/92 (PLANALTO, 1992). O reconhecimento da prescritibilidade dessa pretensão punitiva é questão pacífica em nosso ordenamento por força do referido dispositivo legal que assim dispõe:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei (PLANALTO, 1992).

Em contrapartida à clareza legislativa no que se refere aos prazos prescricionais para a punição de ilícitos administrativos, a controvérsia se instala quando da análise da prescritibilidade das ações que visem o ressarcimento

financeiro dos danos causados, afinal o Estado não deve restringir suas ações à busca de punição das condutas ímprobas, mas, igualmente, deve desejar que sejam reavidos os prejuízos financeiros causados em decorrência de sua prática.

Ou seja: a aplicação do instituto prescricional no contexto desta pesquisa se refere a dois objetos: a punição pela prática de atos de improbidade administrativa, sendo estes prescritíveis nos termos da já aludida Lei de Improbidade Administrativa; e a busca pelo ressarcimento patrimonial dos danos causados ao erário em virtude da prática desses atos considerados ímprobos, estando nesse último toda a controvérsia objeto desta pesquisa.

2.2 DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS

O norte inicial da discussão é a Constituição da República Federativa do Brasil que, em seu artigo 37, § 5º, (BRASIL¹, 2015), estabelece que cabe à legislação infraconstitucional dispor acerca dos prazos de prescrição aplicáveis à ilícitos que causem danos ao erário.

Conforme já constatado, a legislação infraconstitucional aludida pela Magna Carta já existe e consubstancia-se no artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa (PLANALTO, 1992). A polêmica surge em virtude da parte derradeira do referido dispositivo constitucional que faz ressalva à sua aplicabilidade às ações que visem o ressarcimento financeiro devido: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” (BRASIL¹, 2015, p. 21).

Uma interpretação literal desse dispositivo restaria por reconhecer a imprescritibilidade das ações que visem o ressarcimento financeiro por danos causados ao erário, em virtude da ressalva final. Mas seria essa a interpretação mais condizente com todo o sistema constitucional vigente?

2.3 HISTÓRICO JURISPRUDENCIAL

Em virtude da ressalva prevista na parte final do artigo 37, § 5º da Constituição Federal (BRASIL¹, 2015, p. 21), o Superior Tribunal de Justiça aplicava o entendimento de que as ações de ressarcimento, nos casos de atos de improbidade, não estariam amparadas pelo manto da prescrição, podendo o Estado a qualquer momento perseguir o devido prejuízo financeiro causado, conforme decidiu no julgamento do Recurso Especial 1292531 SP, cuja ementa assim estabelece:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RESSARCIMENTO DE
DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. IMPRESCRITIBILIDADE.

1. A ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário é imprescritível, mesmo se cumulada com a ação de improbidade administrativa (art. 37, § 5º, da CF).

2. Recurso especial não provido. (BRASIL², 2013).

Em contrapartida, no ano de 2016, houve o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário 669069 (BRASIL³, 2016) em que se reconheceu a prescritibilidade das ações de reparação de danos à Fazenda Pública quando fundadas na prática de ilícito civil.

Em que pese tal entendimento não se aplicar às ações de ressarcimento decorrentes de atos de improbidade ou ilícitos penais, a partir de então houve uma importante ruptura com o entendimento até então estabelecido em sede jurisprudencial; entendimento esse fundado na mera interpretação literal das disposições constitucionais. O referido julgamento indicava uma análise mais juridicamente madura do controvertido tema, tendo em vista as inconsistências argumentativas e interpretativas já apontadas por parcela da doutrina pátria e que serão oportunamente demonstradas.

Ademais, em agosto de 2018, o Supremo Tribunal Federal apreciou o Recurso Extraordinário 852475 (BRASIL⁴, 2018). O recurso teve sua repercussão geral reconhecida e finalmente seria realizada a análise sobre a prescritibilidade ou não das ações de ressarcimento ao erário decorrentes de atos de improbidade.

O julgamento do RE 852475 (BRASIL⁴, 2018) aconteceu em duas partes. No primeiro momento, decidiu-se pelo reconhecimento da prescrição do dano ao erário pela prática de ato de improbidade, importando, por consequência, no reconhecimento de que as ações de ressarcimento não seriam imprescritíveis como até então se havia entendido.

No entanto, em segundo momento, numa reviravolta de interpretações, o voto reformulado do Ministro Luis Roberto Barroso abriu caminho para que os demais ministros também reformulassem seus votos e ficasse consignado o entendimento de que apenas as ações de ressarcimento ao erário fundadas em atos de improbidade culposos seriam objeto de prescrição.

As ações de ressarcimento decorrentes de atos de improbidade dolosos permaneceriam imprescritíveis, conforme tese firmada: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa” (BRASIL⁴, 2018).

Desse apanhado de entendimentos jurisprudenciais não fica forçoso reconhecer que o tema não guarda uma linearidade de tratamento pelos Tribunais Superiores, em que pese os entendimentos mais recentes reforçarem a tese da imprescritibilidade de forma mitigada, como se evidencia do aludido entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Nessa linha de inteligência, depreende-se que a controvérsia instalada reflete também a falta de unanimidade da doutrina pátria acerca da questão, conforme será a seguir exposto, contrapondo-se os defensores das teses da imprescritibilidade e prescritibilidade.

2.4 TESE DA IMPRESCRITIBILIDADE

Como já identificado, as Cortes Superiores brasileiras possuem entendimento, embora controversos e não unânimes, de que as ações de ressarcimento ao erário decorrentes da prática de atos tipificados na Lei 8.429/92 são imprescritíveis, com ressalva ao entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal que, de certa forma, relativizou a imprescritibilidade, reconhecendo que nas ações ressarcitivas decorrentes de atos ímprobos culposos há o decurso de prazo prescricional. Em se tratando de atos ímprobos dolosos há a manutenção do reconhecimento da imprescritibilidade.

Existe uma parcela de juristas brasileiros que também defende a não existência de prescrição nas pretensões de ressarcimento por atos de improbidade, a exemplo do importante administrativista Carvalho Filho que sobre o tema assevera:

De início, deve-se registrar que a prescrição não atinge o direito das pessoas públicas (erário) de reivindicar o ressarcimento de danos que lhe foram causados por seus agentes. A ação, nessa hipótese, é imprescritível, como enuncia o art. 37, § 5º, da CF: Conquanto a imprescritibilidade seja objeto de intensas críticas, em função da permanente instabilidade das relações jurídicas, justifica-se a sua adoção quando se trata de recompor o erário, relevante componente do patrimônio público e

tesouro da própria sociedade. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 1015).

Ou seja, para o autor, a recomposição do erário demonstra-se categoricamente superior a qualquer outro interesse. Podemos dizer, portanto, que o autor privilegia a aplicação do macro princípio de Direito Administrativo, qual seja, supremacia do interesse público sobre o privado. Princípio este vetor do Direito Administrativo, significando que o interesse público deve prevalecer aos interesses dos particulares.

Em contrapartida, das palavras do autor fica fácil depreender que, em que pese ele defenda a tese da imprescritibilidade, há o reconhecimento da existência de ponto crítico: o entendimento pela imprescritibilidade ocasiona instabilidade jurídica, conforme será oportunamente evidenciado.

Outra importante jurista do direito administrativo, Pietro, ao comentar o artigo 37, §5º, da Constituição Federal defende que o texto constitucional reconhece a imprescritibilidade da pretensão ressarcitiva:

Esse dispositivo determina que “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Assim, ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento dos danos. (PIETRO, 2018, p. 1037).

Ao confrontar o posicionamento de Bandeira de Mello, que será oportunamente trazido à baila, Pietro (2018, p. 1037), assim como Carvalho Filho, admite o prejuízo à segurança jurídica ao se reconhecer a tese da imprescritibilidade, embora a autora pondere que o interesse público existente deva prevalecer.

Outro jurista que defende a tese da imprescritibilidade é Gasparine. O autor não se aprofunda na discussão da temática, mas apenas interpreta a parte final do artigo 37, § 5º da Constituição de forma literal, concluindo categoricamente que as ações de ressarcimento fundadas em atos ímprobos são imprescritíveis, a saber:

Nos termos do art. 37, § 5, da Constituição, caberá à lei estabelecer os prazos de prescrição para os ilícitos praticados pelos agentes públicos que causem prejuízos ao

erário, salvo no que se respeita às ações de ressarcimento. Estas são imprescritíveis. (GASPARINI, 2003, p. 207)

Infere-se, portanto, que grande parcela da doutrina defende a imprescritibilidade da pretensão de reaver danos causados ao erário quando se trata de condutas tipificadas na Lei de Improbidade Administrativa, aludindo-se sempre à parte final do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, por entenderem que a ressalva estabelecida deixa implícita a imprescritibilidade das ações ressarcitivas.

Com as disposições doutrinárias até o momento trazidas, verifica-se que os defensores da tese da imprescritibilidade reconhecem a instabilidade jurídica proporcionada pelo não estabelecimento de lapso temporal para que o Estado tome providências com o objetivo de reaver prejuízos financeiros.

E não poderia ser diferente. O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Lewandowski, no julgamento do Recurso Extraordinário 669069, em 2016, asseverou que “os professores costumam lembrar que a prescrição visa exatamente a impedir que o cidadão viva permanentemente com uma espada de Dâmocles na cabeça” (BRASIL³, 2016).

No entanto, prevalece entre os defensores da tese da imprescritibilidade o entendimento de que o ressarcimento ao erário materializa a necessidade de se ver prevalecer o interesse público, razão pela qual justificaria-se a relativização do princípio da segurança jurídica. Em contrapartida, Nassar citada por Grinover, bem pontua que:

Não é defensável anular-se os princípios basilares do Estado de Direito quais sejam o princípio da segurança e da estabilidade das relações jurídicas. Nesta linha de raciocínio, acentuamos que o princípio da segurança jurídica, no caso, sobrepõe-se aos demais (GRINOVER, 2007, p.43).

Das palavras da autora infere-se que há um conflito entre princípios de ordem constitucional e seu descontentamento revela que a técnica resolutive de conflitos dessa natureza levaria à uma conclusão diversa daquela que boa parte da doutrina jurídica pátria considera como mais acertada.

Em nosso ordenamento, quando verificada a existência de conflito entre princípios constitucionais, a técnica a ser utilizada para dirimir esse conflito é conhecida como ponderação de interesses.

Sobre essa técnica, Barcellos esclarece que “a ponderação é a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (BARCELLOS, 2005, p.23), cabendo destacar que a referida técnica não se restringe aos conflitos entre princípios constitucionais. Ou seja, há situações em que a utilização dos métodos clássicos de interpretação de normas não satisfaz determinadas situações fáticas.

Nesse sentido, utilizar da ponderação de interesses significa colocar numa balança as duas normas em conflito, no presente caso os princípios basilares da segurança jurídica, contraditório e ampla defesa em contrapartida ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, para saber qual dessas vertentes principiológicas deve prevalecer no caso concreto. Citado por Benavides, Alexy assim aduz sobre o tema:

Antes, quer dizer — elucida Alexy — que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária. Com isso — afirma Alexy, cujos conceitos estamos literalmente reproduzindo — se quer dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera. (BONAVIDES, 2008, p. 279-280).

Ademais, as palavras de Nassar citada por Grinover (2007, p.43) evidenciam que a segurança jurídica possui uma maior relevância fática se contraposta ao interesse público. O reconhecimento disso se impõe ainda em virtude de toda carga valorativa que o sistema constitucional privilegia.

Em conformidade, Oliveira (2018, p. 45) bem assevera que o interesse público pode ser dividido em interesse público primário e interesse público secundário. O primeiro engloba a necessidade da satisfação de interesses considerados essenciais à sociedade como um todo, a exemplo de justiça, bem-estar e segurança. Já o interesse público secundário engloba necessidades do próprio Estado

enquanto sujeito de direitos e obrigações, ligando-se fundamentalmente à noção de interesse do erário, implementado por meio de atividades administrativas instrumentais necessárias para o atendimento do interesse público primário, tais como as relacionadas ao orçamento,

aos agentes públicos e ao patrimônio público (OLIVEIRA, 2018, p. 45).

Dessa forma, a pretensão de reaver o prejuízo financeiro advindo da prática de atos ímprobos não poderia ser considerada um interesse público primário, sendo que “a doutrina tradicional sempre apontou para a superioridade do interesse público primário (e não do secundário) sobre o interesse privado” (OLIVEIRA, 2018, p. 45). Embora o autor pondere que essa divisão dicotômica já esteja superada.

Ademais, Oliveira (2018, p. 45) também assevera que existe uma parcela de juristas que defende a não existência de supremacia abstrata do interesse público sobre o privado, corroborando a necessidade da aplicação da técnica de ponderação de interesses para que, no caso concreto, escolha-se pela norma que deve prevalecer.

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana é alçado como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme estabelece o art. 1º, III, da Constituição Federal (BRASIL, p.9) e, em última análise, reconhecer a prevalência de princípios basilares como a segurança jurídica é também respeitar a dignidade do administrado que não pode se ver refém *ad eternum* da indecisão por parte do Estado em propor ou não uma ação de ressarcimento.

2.5 TESE DA PRESCRITIBILIDADE

Existe outra parcela da doutrina que não está convencida pela mera interpretação literal do artigo 37, § 5, da Constituição Federal. Entre os defensores da tese da prescritibilidade estão Bandeira de Mello e Grinover. Os argumentos são consistentes e refletem uma necessária interpretação sistemática das disposições constitucionais.

O jurista Bandeira de Mello (2011) em sua obra intitulada Curso de Direito Administrativo, 29ª edição, assevera sua mudança de entendimento quanto a prescritibilidade ou não das ações de ressarcimento ao erário fundadas em atos ímprobos.

O autor pondera que, apesar de sempre ter defendido a tese da imprescritibilidade, reconhece que o fazia com certo receio e desconforto por entender desacertada a solução jurisprudencial dada à questão, qual seja, a de interpretar que a ressalva estabelecida constitucionalmente implicaria no necessário reconhecimento de que as ações de ressarcimento por atos ímprobos seriam imprescritíveis.

Essa interpretação literal, em suas palavras, é definida como um “desparate, ante o teor desatado da linguagem constitucional” (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 1081). O uso dessas expressões pelo autor indica um descontentamento pela não visualização, por grande parte da doutrina, de atecnia na redação do texto constitucional. Ou seja: faltou ao constituinte clareza quanto aos limites de aplicação da ressalva prevista na parte final do artigo 37, §5º da Constituição. Do mesmo modo, Nassar citada por Grinover, afirma que:

É notório princípio de exegese não presumir que disposições normativas novas infirmam as precedentes sobretudo quando implicam rompimento com larga tradição legislativa anterior, a menos que isto resulte clara e indubitavelmente dos termos do regramento superveniente. (GRINOVER, 2007, p.43).

A autora bem pondera que não se deve tirar conclusões precipitadas de dispositivos que possuem um certo grau de obscuridade, ainda mais se essas conclusões resultarem num rompimento abrupto com toda tradição e logicidade do sistema jurídico.

A conclusão pela imprescritibilidade é precipitada na medida em que o dispositivo constitucional possa ser interpretado de maneira dúbia: podendo significar a escolha pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por atos ímprobos, como também pode significar uma escolha pela diferenciação entre os prazos prescricionais aplicáveis aos ilícitos de improbidade e os prazos prescricionais aplicáveis especificamente ao ressarcimento patrimonial dos danos causados.

Portanto, poderia o Constituinte apenas ter almejado que os prazos de prescrição referentes ao ressarcimento fossem tratados de forma diferenciada em relação aos prazos prescricionais dos ilícitos.

Nessa linha de intelecção, citada por Grinover, Nassar aduz ainda que “se a regra é de prescricibilidade das ações condenatórias, não se pode afirmar derogada essa regra em face do disposto no §5º do art. 37 da Constituição da República” (GRINOVER, 2007, p.43).

Assim, tem se que a sistemática jurídica brasileira, por tradição, sempre reconheceu a existência de lapso temporal para a proposição de ações de cunho condenatório. Dessa forma, não se demonstraria razoável interpretar um dispositivo constitucional obscuro de forma literal com o objetivo de embasar uma inovação jurídica um tanto controversa.

Conforme já evidenciado, há situações em que não há razoabilidade em interpretar as normas jurídicas utilizando-se de métodos tradicionais. No presente caso, há um nítido conflito entre princípios de ordem constitucional. Conflito esse que deve ser resolvido pela técnica de ponderação de interesses como uma forma de mitigar controvérsias. A interpretação simplista daqueles que defendem a tese da imprescritibilidade acaba por rechaçar princípios tidos como pilares do Estado Democrático de Direito.

Nesse diapasão, Bandeira de Mello, argumentando contra a imprescritibilidade, se opõe a já demonstrada insegurança jurídica que o seu reconhecimento implica. A título de exemplo, o autor assevera que eventuais herdeiros, caso se entenda pela imprescritibilidade, “poderiam ser acionados pelo Estado mesmo decorridas algumas gerações, o que geraria a mais radical insegurança jurídica” (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 1080).

No exemplo trazido pelo autor verifica-se que eventuais herdeiros se veriam na iminência de terem seu patrimônio violado, mesmo após o decurso de prazo razoável em que o Estado poderia ter tomado as providências cabíveis para que o ressarcimento fosse efetivado. Naturalizar tal possibilidade seria atacar frontalmente direitos fundamentais que privilegiam a dignidade humana, a exemplo da necessidade de haver segurança jurídica nas relações entre Estado e administrado.

Além da insegurança jurídica causada, Bandeira de Mello se viu convencido por outro forte argumento: o de que a imprescritibilidade limita o direito de defesa em virtude da dificuldade de se produzir meios de prova depois de transcorrido lapso temporal considerável, tendo em vista que a Administração poderia a qualquer momento propor a ação de ressarcimento.

O autor traz à baila o referido argumento após exposição no Congresso Mineiro de Direito Administrativo do ano de 2009, onde o professor Emerson Gabardo argumenta que com reconhecimento da imprescritibilidade

[...] restaria consagrada a minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além do prazo razoável, de regra não demasiadamente longo. De fato, o Poder Público pode manter em seus arquivos, por período de tempo longuíssimo, elementos prestantes para brandir suas increpações contra terceiros, mas o mesmo não sucede com estes, que terminariam inermes perante arguições

desfavoráveis que se lhe fizessem. (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p.1081).

De maneira convergente à argumentação trazida por Emerson Gabardo, o jurista Bruno citado por Cordeiro bem pontua que o transcorrer do tempo altera a realidade de maneira tão significativa que o administrado se veria em uma situação de esvaziamento de sua capacidade de produzir provas, *in verbis*.

O tempo que passa, contínuo, vai alterando os fatos e com estes, as relações jurídicas que neles se apoiam. E o direito, com o seu senso realista, não pode deixar de atender a essa natural transmutação de coisas [...]. Além disso, o fato cometido foi-se perdendo no passado, apagando-se os seus sinais físicos e as suas circunstâncias na memória dos homens; escasseiam-se e tomam-se incertas as provas materiais e os testemunhos e assim crescem os riscos de que o juízo que se venha a emitir sobre ele se extravie, com grave perigo para a segurança do direito. Umas e outras razões fazem da prescrição um fato de reconhecimento jurídico legítimo e necessário. Em todo caso, um fato que um motivo de interesse público justifica. (CORDEIRO, 1997, p. 105-120).

Dessa forma, tem-se que reconhecer a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por atos de improbidade seria subverter a sistemática constitucional que consagra a Ampla Defesa como direito fundamental e necessário ao cumprimento do devido processo legal em prol da prevalência do interesse público que, nessa situação, lesionaria de forma categórica toda uma carga principiológica constitucional que prevê instrumentos de respeito à dignidade humana.

Em acréscimo, o reconhecimento da imprescritibilidade também resultaria no reconhecimento de que a atividade estatal de perseguição do ressarcimento restaria ineficiente, a ponto de não haver o estabelecimento de lapso temporal para que o Estado tome as providências devidas.

No mesmo sentido, Bandeira de Mello pondera ainda que “não é crível que a Constituição possa abonar resultados tão radicalmente adversos aos princípios que adota no que concerne ao direito de defesa” (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 1081), demonstrando, mais uma vez, seu descontentamento com a solução majoritariamente tida como mais certa.

Em continuidade, outro argumento utilizado pelos defensores da tese da prescritibilidade é o de que a Constituição Federal prevê expressamente os casos de imprescritibilidade, a exemplo do crime de racismo previsto como imprescritível no artigo 5º, XLII, da Constituição Federal (BRASIL¹, p.10).

Nessa mesma linha argumentativa, Moraes, relator do Recurso Extraordinário 852475, em seu voto aduz que “as exceções à prescritibilidade estão única e exclusivamente previstas na Constituição Federal, no campo punitivo penal, nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º” (BRASIL⁴, 2018). Igualmente, Bandeira de Mello também defende esse argumento nos seguintes termos:

[...] quando quis estabelecer a imprescritibilidade a Constituição o fez expressamente como no art. 5º, incs. LII e LXIV (crimes de racismo e ação armada contra a ordem constitucional – e sempre em matéria penal que, bem por isto, não se terniza, pois não ultrapassa uma vida - , ainda mais se robustece a tese adversa à imprescritibilidade. (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p.1081).

Ademais, além de haver em nosso ordenamento previsão expressa das situações em que a prescritibilidade não é aplicada, há também a previsão de prazos prescricionais para a proposição de ações com o objetivo de punir lesões a bens jurídicos de elevada importância como o é a vida, fazendo-se questionar a falta de razoabilidade ao se propor a imprescritibilidade de ações ressarcitivas. Assim, Rocha e Tourinho, respectivamente asseveram que:

Se até no Direito Penal, que tutela os bens jurídicos mais caros ao corpo social, os efeitos do tempo também fulminam a pretensão estatal de punir os delitos mais graves, qual a justificativa para perpetuar o direito de a administração pública desconstituir os seus atos? De fato, quando a ordem jurídica pretende não prescrever algum direito, o diz de maneira expressa (CF, arts. 5º, XLII; 182, § 3º e 191, parágrafo único). Quer dizer, a prescritibilidade é a regra, e a imprescritibilidade, a exceção. (ROCHA, 2006, p. 160).

Como vimos, os prazos prescricionais estão a serviço da paz social e da segurança jurídica, valores primordiais à coletividade, que não podem ser suplantados por interesses de cunho patrimonial, mesmo que este pertença ao Estado. Observe-se que a preocupação com tais valores é tamanha em nosso ordenamento jurídico que até o crime de

homicídio, que atenta contra a vida — bem maior, passível de proteção — prescreve em 20 anos. (TOURINHO, 2007).

Há, portanto, um nítido descontentamento dos autores pela falta de visão sistêmica por parte dos defensores da tese da imprescritibilidade, afinal um dispositivo legal está inserido em um sistema jurídico em que seus elementos devem se relacionar de forma lógica e coesa.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De exposto tem-se que, por mais que a prescritibilidade não seja a corrente majoritária, verifica-se a consistência dos argumentos de seus defensores que, na interpretação do artigo 37, § 5º da Constituição Federal, privilegiaram o respeito aos princípios basilares da ordem constitucional brasileira. Reconhecer a prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas em atos ímprobo é, em última análise, preservar a logicidade do ordenamento jurídico brasileiro.

4 REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros Editores. 29. ed. São Paulo: 2011;

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23;

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1977;

BRASIL¹, República Federativa. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal. Biênio 2015/2016. Brasília: 2015;

BRASIL². Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.292.531**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24200975/recurso-especial-resp-1292531-sp-2011-0246765-0-stj/inteiro-teor-24200976?ref=amp>>. Acesso em: 10 de Setembro de 2018;

BRASIL³. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 669.069**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25137294/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-re-669069-mg-stf/inteiro-teor-124629207?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 de Setembro de 2018;

BRASIL⁴. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 852475**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897>>. Acesso em: 22 de Setembro de 2018;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Lumen Juris. 24. ed. Rio de Janeiro: 2011;

CORDEIRO, Renato Sobrosa. Prescrição administrativa. **Revista de Direito Administrativo**.

n.207. Rio de Janeiro: 1997.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. Saraiva. 8. ed. São Paulo: 2003;

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de improbidade administrativa: decadência e prescrição. **Interesse Público**. Método. São Paulo: 2007;

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. Revista dos Tribunais. Tomo VI. 4. ed. São Paulo: 1974;

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. Método. 6 ed. São Paulo: 2018;

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. Editora Forense. 31 ed. Rio de Janeiro: 2018;

PLANALTO. **Lei Nº 8.429, de 2 de Junho de 1992**. Disponível em: . Acesso em: 10 de Setembro de 2018.

ROCHA, Daniel Machado da. O princípio da segurança jurídica e a decadência do direito de revisão do ato de concessão de benefício previdenciário. **Revista da AJUFERGS**. Rio Grande do Sul: 2006. Disponível em: < https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18182/O_princ%C3%ADpio_da_Seguran%C3%A7a_Jur%C3%ADdica_e_a_decad%C3%A2ncia_do_Direito_de_Revis%C3%A3o_do_Ato_de_Concess%C3%A3o_de_Benef%C3%ADcio_Previdenci%C3%A1rio.pdf >. Acesso em: 20 de Setembro de 2018;

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. **A prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: . Acesso em: 22 de Setembro de 2018.

NOTA:

[1] Pós-Graduação em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus - DF, mestre em prestação jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins em parceria com Escola Tocantinense da Magistratura

EPÍTOMES PRINCIPIOLÓGICAS RELATIVAS À SEGURIDADE SOCIAL E PREVIDÊNCIA

WILMAR BORGES LEAL JUNIOR: Professor do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Tocantins - IFTO; Mestrando em Modelagem Computacional de Sistemas, Universidade Federal do Tocantins - UFT; Graduado em Licenciatura em Computação; UNIVERSO/GO; Acadêmico do curso de Direito na Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS. Especialista em desenvolvimento de aplicações web, usando tecnologia Java; Especialista em arquitetura e gestão de infraestrutura em TI. Instrutor na Cisco Network Academy.

RESUMO: O presente artigo tem como proposta analisar alguns pontos sobre a previdência, bem como, sobre a seguridade social, destacando assim os princípios norteadores do artigo 194 da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, servindo de guia para esses dois institutos legais, e que, atualmente, vem tomando uma discussão em larga escala por toda a sociedade. Não é nossa pretensão esgotar o tema, o trabalho é parte basilar para o entendimento dos princípios, partindo de uma reflexão sobre princípios e normas acerca da seguridade e previdência, em resumo, com destaque para alguns pontos, que servirão de norte para novas reflexões.

Palavras-chave: Seguridade social, previdência, INSS, Princípios.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze some points on social security and social security, thus highlighting the guiding principles of article 194 of the Federal Constitution of 1988. In this way, serving as a guide for these two legal institutes, currently, has been taking a large-scale discussion throughout society. It is not our intention to exhaust the theme, the work is a basic part for the understanding of the principles, starting from a reflection on principles and norms about the security and social security, in summary, with emphasis on some points, that will serve as the north for new reflections.

Key words: Social security, social security, INSS, Principles.

SUMÁRIO: 1. Princípios constitucionais norteadores da previdência social; 2. Universalidade da cobertura e do atendimento; 3. Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; 4. Seletividade e Distributividade na prestação dos benefícios e serviços; 5. Finalidade da tríplice forma de custeio; 6. Formas de interpretação da norma previdenciária; 7. Irredutibilidade de valor dos benefícios; 8. Características da assistência; 9. Equidade na forma de participação no custeio; 10. Diversidade da base de financiamento; 11. Considerações; Referências.

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

É fundamental destacar a diferença entre normas e princípios, segundo Alexy, (2008), em seu livro Teoria dos Direitos Fundamentais, destaca:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão é da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízes concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios e, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. (Alexy, 2008, p. 87)

Existe assim, diversos critérios para distinguir regras de princípios, aquele que é utilizado com mais frequência é a generalidade, nos ensina Alex. Convém ressaltar que as regras são apenas preliminares decisivas, isso significa que não são decisivas na medida em que podem ter suas condições de aplicabilidade preenchidas e, ainda assim, não se aplicáveis. (Ávila, 2010, p. 77). Assim, as regras são normas imediatamente descritivas, já os princípios são normas imediatamente finalísticas, nos ensina Ávila (2010).

Após definições em comento, os princípios basilares que fundamentam o Direito Previdenciário, dessa forma, contribuindo para a manutenção do sistema. Inseridos na Constituição Federal de 1988, os princípios de Direito previdenciário,

destacados no Título VIII Da Ordem Social, no Capítulo II Da seguridade Social, em seu Art. 194, parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: (BRASIL, 1988)

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

2. UNIVERSALIDADE DA COBERTURA E DO ATENDIMENTO

O Princípio da universalidade da cobertura e do atendimento é aqui relativo a igualdade material e não formal, de natureza objetiva, visa atender as contingências sociais, acontecimentos que colocam as pessoas em um estado de necessidade, seja temporário ou permanente.

A previdência social é espécie da seguridade social, assim, destacada no artigo 201 da nossa Carta Política, "*organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial*". Nos ensina Kertzman (2015):

[..] a seletividade serve de contrapeso ao princípio da universalidade da cobertura, pois, se de um lado a previdência precisa cobrir todos os riscos sociais existentes, por outro os recursos não são ilimitados, impondo à administração pública a seleção dos benefícios e serviços a serem prestados, com base na relevância dos riscos sociais. É o chamado princípio da reserva do possível. (Kertzman, 2015, p. 55)

De acordo com o Anuário Estatístico da Previdência Social (2017), em 2015 foram concedidos 1.692.867 auxílios, já em 2016 chegaram a 2.015.968 e em 2017 fechando com 1.825.332 auxílios, assim, podemos destacar a importância do princípio da universalidade.

Destaca-se que, a previdência social está diretamente ligada ao princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, de filiação obrigatória e de caráter contributivo, com a finalidade de atender a demanda social.

3.UNIFORMIDADE E EQUIVALÊNCIA DOS BENEFÍCIOS E SERVIÇOS ÀS POPULAÇÕES URBANAS E RURAIS;

A uniformidade dos benefícios e serviços significa que as prestações da seguridade social serão idênticas para toda a população, independentemente do local onde residam ou trabalhem as pessoas. Vale destacar que o regulamento da previdência social, Decreto n. 3.048/1999, em seu Art. 9º, I, a)

Art. 9º São segurados **obrigatórios da previdência social** as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

a) aquele que presta serviço de natureza **urbana ou rural** empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado; (BRASIL, 1999) *grifos nossos*

Dessa forma, o decreto colocou igualdade formal de sua obrigatoriedade e equivalência, corroborando assim com nossa carta política de 1988, em seu Art. 6º. Onde destaca:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, **a previdência social**, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988). *grifos nossos*

E por fim, o princípio em estudo, constitui corolário do princípio da igualdade entre as pessoas, evitando assim, que haja discriminação entre pessoas que vivem no meio urbano ou rural, como bem destaca o nosso artigo 5º *caput*, "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza"

4. SELETIVIDADE E DISTRIBUTIVIDADE NA PRESTAÇÃO DOS BENEFÍCIOS E SERVIÇOS

Destaca Torres (2012) que princípio da seletividade é a orientação para que o legislador, quando da elaboração da lei referente à área da Seguridade Social, tenha a sensibilidade de elencar (pela lei) as prestações que cobrirão as contingências sociais que mais assolam a população. Já o princípio da distributividade é a forma pela qual o legislador tem, como orientação, o resguardo ao editar normas sobre a seguridade social, assistir o maior numero de pessoas.

Fica evidente que os princípios aqui estudados, contribuem sobremaneira, cada um de forma integrativa umbilicalmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua maior necessidade de proteção, nesse diapasão, nos ensina Kertzman (2015, p. 55), "*a seletividade implica que as prestações sejam fornecidas apenas a quem realmente necessitar, desde que se enquadre nas situações que a lei definir*".

5. FINALIDADE DA TRÍPLICE FORMA DE CUSTEIO

A Lei 8.212/1991, em seu Art. 1º é fonte formal para entendermos o estudo sobre a tríplice forma de custeio, onde: A Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência social.

Traçando breves disposições sobre o tema, destaca-se as contribuições sociais previdenciárias, que são aquelas destinadas exclusivamente ao seu custeio. O art. 10 da referida lei traz em seu bojo com fulcro no artigo 195 da CF/88, que a Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta. As fontes diretas previstas são que são cobrados diretamente do trabalhador e empregador, já as indiretas são os impostos, que, também são pagos por toda a sociedade, vemos a forma direta de contribuição no artigo 195; *in verbis*.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (BRASIL, 1988).

Frisa-se o destaque para §4 do artigo 195 que diz: "A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I." dessa forma, podendo, caso necessário e para garantia de manutenção ou expansão da seguridade social, instituir novas fontes de recursos.

6.FORMAS DE INTERPRETAÇÃO DA NORMA PREVIDENCIÁRIA.

Para a interpretação das leis, faz-se necessário o entendimento da hermenêutica jurídica, não obstante aplicado ao poder direito previdenciário. nesse sentido, compreender o sentido e o alcance de uma norma jurídica não é tarefa fácil é extrair do texto o que o legislador quis dizer naquele contexto histórico-social, ou, o que mais parece indicar, é extrair da norma o espírito da sua criação, Rousseau, em seu livro Tratado Social, observando a necessidade do legislador escreveu:

De que maneira uma multidão cega, que em geral não sabe o que quer porque raramente o sabe o que lhe convém, executará por si mesma um empreendimento tão grande, tão difícil, quando um sistema de legislação. O povo, por sim mesmo que sempre o bem, mas, nem sempre o percebe por si mesmo, a vontade geral é sempre reta, porém, o julgamento que o guia nem sempre é esclarecido. (Rousseau, 2007, p. 55).

Rousseau, finaliza o texto dizendo "Eis que nasce a necessidade de um Legislado". Nesse ponto, podemos concluir que a lei feita para casos futuros e pessoas incertas. Isso exposto, no direito previdenciário as formas de interpretação, a Hermenêutica, as normas e sua essência, bem como seu conteúdo e alcance, no sentido amplo, restrito e nas hipóteses do caso concreto.

A observância aos direitos fundamentais, os enunciados e normas constitucionais, que possam condicionar melhor condição de vida ao desvalido. Em todo caso, qualquer que seja a lide que verse sobre os beneficiários da previdência social, deve ser solucionada de acordo com os princípios constitucionais, ara que se extraiam destes, o verdadeiro significado do texto, adequando-o ao caso concreto. (REIS, 2011).

7. IRREDUTIBILIDADE DE VALOR DOS BENEFÍCIOS

Esse princípio é trazido pelo artigo 194, § único, IV da Constituição Federal, combinado com a preservação do valor real dos benefícios previsto no § 4º da CF/88, "§ 4º " *É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.*

A Lei que leciona a matéria é a lei 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social, aduz em seu artigo em seu artigo 2º, V, " *irredutibilidade do valor dos benefícios de forma a preservar-lhes o poder aquisitivo*".

8. CARACTERÍSTICAS DA ASSISTÊNCIA

A assistência social encontra fundamento nos Arts. 203 e 204, da CF/88, bem como na Lei n. 8.742/93, denominada Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS),

Art. 2º A assistência social tem por objetivos:

I - a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente

a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice

b) o amparo às crianças e aos adolescentes carentes

c) a promoção da integração ao mercado de trabalho;

d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família

II - a vigilância socioassistencial, que visa a analisar territorialmente a capacidade protetiva das famílias e nela a ocorrência de vulnerabilidades, de ameaças, de vitimizações e danos

III - a defesa de direitos, que visa a garantir o pleno acesso aos direitos no conjunto das provisões socioassistenciais.

Parágrafo único. Para o enfrentamento da pobreza, a assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e provimento de

condições para atender contingências sociais e promovendo a universalização dos direitos sociais. (BRASIL, 1993)

Ao observarmos o artigo supra, destacamos, que o objetivo da assistência social é a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e a velhice, grupo esse que tem o maior desamparo social, dentre outros elencados nas alíneas seguintes. Esse trabalho teve como disposição, destacar breves explicações acerca da seguridade e previdência social.

9.EQUIDADE NA FORMA DE PARTICIPAÇÃO NO CUSTEIO

Disposto no artigo 5º caput da Constituição Federal, “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”. Nesse sentido, nos ensina Castro e Lazzari (2018, p. 107):

Com a adoção deste princípio, busca-se garantir que aos hipossuficientes seja garantida a proteção social, exigindo-se dos mesmos, quando possível, contribuição equivalente a seu poder aquisitivo, enquanto a contribuição empresarial tende a ter maior importância em termos de valores e percentuais na receita da seguridade social, por ter a classe empregadora maior capacidade contributiva, adotando-se, em termos, o princípio da progressividade, existente no Direito Tributário, no tocante ao Imposto sobre Renda e Proventos de Qualquer Natureza (art. 153, § 2º, da CF). (Castro e Lazzari, 2018)

Em outras palavras, significa dizer que, todos tem a obrigação de contribuir para a seguridade social, contribuição essa que deve ser na medida de suas possibilidades. Quem tem maior poder econômico contribui mais, mas, todos devem custear.

10.DIVERSIDADE DA BASE DE FINANCIAMENTO

As fontes de custeio da seguridade social, o artigo 195 da Constituição Federal prevê a diversidade dessas fontes de custeio, onde:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

Assim, nos ensina Castro e Lazzari (2018, p. 59), que "*os legisladores devem buscar diversas bases de financiamento ao instituir as contribuições para a seguridade social*". Objetivando diminuir o risco financeiro do sistema protetivo, dessa forma, com a diversidade de fontes de recursos, menor será o risco de um colapso financeiro no sistema. Assim, o legislador originário, definiu como fontes de recursos a contribuição do governo, das empresas e dos segurados.

11. CONSIDERAÇÕES

Insto exposto é importante ressaltar que os princípios aqui anunciados esgotam a matéria, a análise feita apenas sobre o artigo 194 da Constituição Federal e seus incisos. Os princípios e garantias que versam sobre a Seguridade Social estão dispersas em vários outros institutos.

Esse trabalho foi feito apenas sobre a CF/88, visto ser matéria de grande importância para o entendimento das normas infraconstitucionais, tendo a seguridade social a divisão quadripartite, contanto assim com a representantes dos grupos do Governo, que é o responsável direito pela administração do sistema.

Dos trabalhadores, maior interessado pelo sistema, visto ser o que se beneficia, ou se beneficiará. Os empregadores, que tem boa parte de suas receitas enviadas compulsoriamente para manutenção do sistema, e por último, os aposentados, que, mesmo aposentados continuam a contribuir, pois dele, provem boa parte de sua renda.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo, SP: Malheiros Ed, 2008.

ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11. ed. [s.l.] PC Editorial Ltda., 2010.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 13 mar. 2019.

___ **LEI Nº 8.212, DE 24 DE JULHO DE 1991.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8212compilado.htm>. Acesso em: 27

abr. 2019.

___ **LEI Nº 8.742, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1993.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm>. Acesso em: 27

abr. 2019.

___ **DECRETO No 3.048, DE 6 DE MAIO DE 1999.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 27 abr.

2019.

CASTRO, C. A. P. DE.; LAZZARI, J. B. **Manual de Direito Previdenciário**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

KERTZMAN, I. **Curso prático de Direito Previdenciário**. 12. ed. Salvador - BA: *JusPodivm*, 2015.

PREVIDÊNCIA. **Anuário Estatístico da Previdência Social - Ministério da Fazenda**. Brasília - DF: [s.n.]. Disponível em:

<<http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/AEPS-2017-abril.pdf>>. Acesso em: 27

abr. 2019.

REIS, A. H. S. DO. **A interpretação do Direito Previdenciário**. 2011.

ROUSSEAU, J.-J. **O Contrato Social**. Porto Alegre: v. 631

TORRES, F. CAMACHO D. A. **Princípios da seguridade social**. 2012.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À ESCOLHA DE REGIME DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS

TAINARA DE FÁTIMA GASPARINI:

Graduanda em Direito 9º Semestre e estagiária na empresa OAB - 45ª Subseção de Fernandópolis- SP.

THALITA TOFFOLI PÁEZ

(Orientadora)

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de discutir um importante tema do direito civil previsto no artigo 1.641, inciso II do Código Civil de 2002, a inconstitucionalidade na vedação de Escolha de Regime de Bens para maiores de 70 anos de idade. O legislador determina que os maiores de setenta anos, independentemente de sexo, obrigam-se ao regime de separação de bens pela simples completude de idade, sem analisar nenhum outro requisito ou circunstância quanto às pessoas dos cônjuges ou à situação em que se deu o casamento. Sendo assim, os maiores de 70 anos obrigam-se ao regime de separação de bens por conta de sua idade. O legislador assim entende que o idoso, possui uma incapacidade por conta de sua idade avançada. Essa determinação fere alguns princípios da constituição. Tem como preocupação maior, resguardar o direito de igualdade. Aquele maior de setenta anos tem seus direitos assim como qualquer outro cidadão, podendo também ter seu poder de escolha no regime de bens de seu casamento. A pesquisa foi realizada através de revisão bibliográfica, baseada na leitura e análises de doutrinas sobre o tema.

Palavras Chave: Casamento. Inconstitucionalidade. Idoso. Regime de bens. Código Civil.

Abstract: This article has the objective of discussing an important civil law issue provided for in article 1.641, item II of the Civil Code of 2002, the unconstitutionality in the fence of Choice of Regime of Goods for people over 70 years of age. The legislature stipulates that persons over seventy years of age, irrespective of sex, shall be bound by the separation of property for the simple completeness of age, without considering any other requirement or circumstance as to the persons of the spouses or to the situation in which the marriage took

place. Therefore, those over 70 years old are obliged to the separation of property on account of their age. The legislator thus understands that the elderly person has an incapacity due to his advanced age. This determination hurts some principles of the constitution. Its main concern is to safeguard the right to equality. This seventy-year-old has his rights as well as any other citizen, and may have his power of choice in the property regime of his marriage. The research was carried out through a bibliographical review, based on the reading and analysis of doctrines on the subject.

Keywords: Marriage. Unconstitutionality. Old man. Regime of goods. Civil Code.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DIREITOS ASSEGURADOS ÀS PESSOAS IDOSAS. 2. DA CAPACIDADE CIVIL. 3. O CASAMENTO E O REGIME DE BENS. 3.1 Regime de separação obrigatória de bens. 4. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 5. DA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. CONCLUSÃO. REFERENCIAS.

INTRODUÇÃO

A escolha do regime de bens, realizada durante a preparação do casamento, regerá a situação patrimonial do casal durante a vigência da união matrimonial e determinará como o casamento se resolverá se ocorrer dissolução, seja através da morte de um dos nubentes [ou através de sentença judicial transitada em julgado](#) decretando anulação [ou divórcio](#).

O Código Civil Brasileiro dispõe que os noivos possuem a liberdade e autonomia para escolher o regime de bens que melhor lhes aprouver ou, ainda, podem gerar um próprio, dentro dos limites legais, através de pacto antenupcial.

Os nubentes possuem cinco opções de escolha de regime de bens, que são: comunhão universal de bens; a comunhão parcial de bens; separação obrigatória de bens; separação total de bens e; participação final nos aquestos. Porém existem alguns casos em que a vontade dos nubentes não é respeitada, e é um destes casos que será abordado neste artigo.

O artigo 1.641, inciso II do Código Civil atualmente vigente, alterado pela Lei 12.344 de 09 de dezembro de 2010, determina que os maiores de setenta anos, independentemente de sexo, irão se casar obrigatoriamente no regime de separação absoluta de bens, simplesmente pela completude da idade, sem análise de qualquer requisito ou circunstância quanto às pessoas dos nubentes ou à situação em que será realizado o matrimônio.

A pessoa maior de setenta anos é como qualquer outro cidadão, possuidor de direitos e deveres. Possuindo ainda plena capacidade para prática de todos os outros atos da vida civil. O Código Civil Brasileiro não estabelece como absolutamente ou relativamente incapaz a pessoa maior de 70 anos, de forma que se encontram incluídos na regra geral que é a capacidade, possuindo aptidão para garantir seus direitos e praticar, por si só, atos da vida civil e negócios jurídicos sem a dependência ou impossibilidade de agir sozinho, respondendo assim por seus próprios atos.

Conforme será analisado e estudado neste artigo, existem doutrinadores que defendem a atual legislação e concordam com a medida adotada pelo Estado e existem aqueles que acreditam que a essa imposição é inconstitucional, pois viola alguns princípios constitucionais.

1. DIREITOS ASSEGURADOS ÀS PESSOAS IDOSAS

A Política Nacional do Idoso considera como pessoa idosa aquela que possuir idade igual ou superior a sessenta anos. Tal política tem como objetivo assegurar aos idosos seus direitos sociais, em especial a autonomia, participação e integração efetiva na sociedade. Esta política impulsionou a promoção da ideia de envelhecimento saudável como principal meta a se alcançar, destacando a importância da prevenção de doenças, a manutenção, melhoria e recuperação da capacidade funcional dos idosos e principalmente a garantia de permanecer no meio em que vivem. (NETO; RODRIGUES, 2016)

Os direitos da pessoa idosa estão previstos na [Lei nº 10.741](#), criada em 2003, chamada de Estatuto do Idoso. O Estatuto possui 118 artigos e regulamenta os direitos das pessoas idosas.

Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

O Estatuto estabelece a obrigação da família, da sociedade, da comunidade e do Poder Público em assegurar ao idoso, com prioridade, a efetivação do direito à vida, à liberdade, à cidadania, à dignidade, à alimentação, à saúde, à educação, ao trabalho, à cultura, ao lazer, ao esporte, ao respeito e à convivência comunitária e familiar.

No subcapítulo abaixo estão listados alguns dos principais direitos dos idosos, de acordo com o disposto no Estatuto do Idoso e no site do Conselho Nacional de Justiça.

1.1 Estatuto do Idoso

O Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003) determina que nenhum idoso poderá ser objeto de discriminação, negligência, violência, opressão ou crueldade. É considerado como violência qualquer ação ou omissão praticada em local público ou privado contra o idoso que venha lhe causar morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico. É crime punível com pena de reclusão de seis meses a um ano e multa, qualquer tipo de discriminação contra a pessoa idosa, impedindo ou dificultando que a mesma tenha acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, desde que motivado pela idade.

O idoso possui o direito de ser atendido de forma preferencial no Sistema Único de Saúde (SUS) e é vedado aos planos de saúde cobrar valores diferenciados em razão da idade. (CNJ, 2016)

Os idosos devem participar de comemorações de caráter cívico ou cultural, com objetivo de assegurar a transmissão de conhecimentos e vivências às demais gerações, no sentido da preservação da memória e da identidade culturais. (CNJ, 2016)

O Estatuto dispõe sobre a necessidade de se incluir conteúdos voltados ao processo de envelhecimento, bem como da valorização e do respeito ao idoso, nos currículos mínimos dos diversos níveis de ensino para combater o preconceito existente e produzir conhecimentos sobre a matéria. Dessa forma, o idoso possui direito a 50% de desconto no valor dos ingressos para eventos culturais, esportivos, artísticos e de lazer. (CNJ, 2016)

O artigo 12 do Estatuto (BRASIL, 2003) determina que a obrigação alimentar é solidária, ou seja, apesar de todos os filhos terem a obrigação alimentar, o idoso pode ingressar somente contra aquele que tenha melhor condição financeira. Se a pensão alimentícia já estiver fixada judicialmente ou por acordo extrajudicial, o idoso pode ingressar com ação de execução de pensão alimentícia contra o devedor. O parente inadimplente caso não pague os atrasados, pode sofrer punição passível de prisão.

O estatuto (BRASIL, 2003) determina em seu artigo 28 que o Poder Público criará programas de profissionalização especializada para idosos, bem como realizará a preparação dos trabalhadores para aposentaria e o incentivo às empresas privadas para admitir pessoas idosas ao trabalho. Sendo assim, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade na contratação de empregados ou para concursos, sendo passíveis de punição quem o fizer,

ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir. Para desempate em concurso público, o primeiro requisito a ser observado será a idade, dando-se preferência ao concorrente de idade mais elevada.

Nos termos do artigo 39, §2º do referido estatuto (BRASIL, 2003) os veículos de transporte coletivo deverão reservar 10% dos assentos para idosos, assim como os estacionamentos públicos e privados deverão destinar a reserva de 5% das vagas existentes aos idosos.

Abandonar o idoso em hospitais, entidades de longa permanência, casas de saúde, ou deixar de prover suas necessidades básicas, é crime punível com pena de detenção de seis meses a três anos e multa, conforme determinado no artigo 98 do estatuto do idoso (BRASIL, 2003).

Também é crime expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes, com previsão de pena de detenção de dois meses a um ano e multa. Aquele que privar o idoso de alimentos e cuidados indispensáveis, ou quando sujeitá-lo a trabalho excessivo ou inadequado, também incorre na mesma pena. Se houver lesão corporal de natureza grave, a pena poderá ser aumentada de um a quatro anos, e se o fato resultar em morte, a pena será de reclusão de quatro a doze anos. (CNJ, 2016)

Os idosos que após completarem os 60 anos e não tiverem condições de se sustentar e que também não possuam auxílio de parentes próximos terão direito a pensão alimentícia. (CNJ, 2016)

É o oferecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) um benefício assistencial ao idoso maior de 65 anos, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas, quando os filhos não tiverem condições financeiras de pagar pensão alimentícia ao idoso. De acordo com informações do Governo Federal, disponibilizadas no site [Portal Brasil](#), para requerer o Benefício Assistencial ao Idoso é preciso agendar o atendimento por meio da Central de Atendimento 135. O valor do benefício corresponde à um salário mínimo mensal, sendo devido apenas a pessoa idosa com 65 anos ou mais que comprovar não possuir meios de prover sua sobrevivência e também não possa ser sustentada por sua família. (CNJ, 2016)

2. DA CAPACIDADE CIVIL

A capacidade civil é definida como a aptidão para garantir seus direitos e praticar, por si só, atos da vida civil e negócios jurídicos sem a dependência ou impossibilidade de agir sozinho, podendo assim, responder por seus próprios

atos. Dessa forma, a incapacidade civil são as pessoas que não estão aptas ao exercício ou gozo de seus direitos.

A capacidade civil possui duas divisões em: capacidade de direito ou de gozo e capacidade de fato ou de exercício.

Desdobra-se em capacidade de direito, a qual decorre da personalidade jurídica e se adquire com esta, e consiste no grau de aptidão da pessoa para adquirir direitos; e na capacidade de fato, a qual consiste na aptidão da pessoa para praticar, pessoalmente, os atos da vida civil. Justamente por se referir à prática dos atos da vida civil, o conceito de capacidade de fato é o mais operacional. Sobre a capacidade de fato, a regra é no sentido de que toda pessoa que a lei não considere incapaz é capaz. (QUITELLA, 2016)

A incapacidade pode ser absoluta ou relativa.

De acordo com o artigo 3º do Código Civil:

“Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.”

Os absolutamente incapazes previstos no artigo 3º do Código Civil não podem praticar nenhum ato da vida civil sem que seja por intermédio de seu representante legal, sendo que os menores de dezesseis anos estão sujeitos à tutela e os demais casos de incapacidade estão sujeitos à curatela (NEGRÃO; GOUVÊA, 2007).

A legislação no artigo 4º do Código Civil prevê os considerados relativamente incapazes:

“Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.”

A incapacidade relativa diz respeito àqueles que podem praticar por si os atos da vida civil, desde que assistidos por quem o direito encarrega deste ofício, em razão de parentesco, relação de ordem civil ou designação judicial (CASSETTARI, 2006).

O [Código Civil](#) (BRASIL, 2002) como mencionado acima, não trás em seu texto de lei qualquer limitação quanto a incapacidade absoluta ou relativa a pessoa maior de 70 anos, de forma que se encontram incluídos na regra geral que é a capacidade.

Além do mais, Estatuto do Idoso assegura que o direito ao respeito à pessoa idosa compreende a inviolabilidade de sua autonomia.

Dessa forma, a capacidade dos idosos é presumida e a incapacidade deve ser provada nos casos em que a pessoa idosa não goza mais da faculdade de entender e de querer. Nesse caso, o critério para a relativização da capacidade da pessoa idosa não é a idade, mas sim a deficiência, que deverá seguir as formalidades fixadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência conforme Lei nº13.146/2015. (DUARTE, 2018)

Portanto, pode-se afirmar o idoso não está presente no rol taxativo de pessoas incapazes previstas no [Código Civil de 2002](#), podendo assim responder igualmente em relação as demais pessoas, de forma a qual seja melhor a ele, podendo sim escolher o regime de seu matrimônio.

3. O CASAMENTO E O REGIME DE BENS

O casamento é a celebração civil da união conjugal entre duas pessoas, que possuem o objetivo de construir uma família.

É definido como um ato de livre e espontânea vontade entre duas pessoas, que independentemente de opção sexual, que são livres para escolher, fazer e manifestar seus desejos de construção de uma família, desde que observado o previsto em lei.

O legislador buscou proteger o casamento e a Constituição Federal prevê o dever do Estado em proteger a família:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

Os cônjuges possuem a liberdade para escolherem qual regime de bens irão adotar para gerir o casamento.

O regime de bens é o conjunto de regras que os noivos devem escolher antes da celebração do casamento, para definir juridicamente como os bens do casal serão administrados durante o casamento.

O regime de bens deve ser escolhido quando os noivos fazem o pedido da habilitação do casamento.

Os regimes de bens existentes são: comunhão universal de bens; comunhão parcial de bens; separação obrigatória de bens; separação total de bens e; participação final nos aquestos.

O regime de bens pode ser modificado após o casamento, mediante alvará judicial e concordando ambos os cônjuges.

3.1 Regime de separação obrigatória de bens

O regime de separação obrigatória de bens é imposto pela lei no artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro, que prevê algumas situações em que os noivos não poderão durante a preparação do casamento, escolher o regime de bens que quiserem, por não cumprirem algumas condições.

“Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.”

Estão dispostas no artigo 1523 do Código Civil as causas suspensivas de celebração de casamento.

“Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV

deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.”

Quando forem cessadas as causas suspensivas ou a incapacidade que gerou a necessidade de suprimento judicial, há possibilidade de alteração de regime, devido ao princípio da mutabilidade justificada e dependente de suprimento judicial. Ou seja, é possível a alteração de regime legal nas hipóteses dos incisos I e III, desde que cessadas as causas que determinaram tal imposição.

Ocorre que o previsto no inciso II não é possível de cessação, uma vez que a condição prevista para os maiores de 70 anos, não se altera.

A intensão do legislador ao impor este tipo de regime de casamento aos maiores de 70 anos é de evitar que ocorra o casamento entre pessoas com uma diferença muito grande de idade, e que pudesse ter sido contraído apenas com intenção de a pessoa mais jovem perceber vantagem econômica do nubente idoso.

Deve-se observar que o fato da idade do nubente superar 70 anos, o mesmo continua possuindo capacidade plena, podendo praticar todos os outros atos da vida civil, não havendo nenhuma outra determinação legal que o impeça de decidir sobre o destino de seus bens.

No regime de separação obrigatória de bens, se houver divórcio, o mesmo deve ter regido conforme dispõe a Súmula 377 do STF, que diz: "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento".

Dessa forma, os bens que foram adquiridos durante o período de união matrimonial devem ser divididos pelos cônjuges, aqueles bens que foram adquiridos antes da união, pertencem exclusivamente àquele cônjuge que o adquiriu.

4. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A norma prevista no artigo 1641, II, do Código Civil de 2002, que estabelece o regime de separação absoluta de bens para os casamentos realizados por pessoas maiores de 70 anos, é objeto de severas críticas não apenas pelos doutrinadores brasileiros, mas também pelos poderes Judiciário e Legislativo.

A imposição do regime de separação legal de bens, devido a idade de um dos nubentes, foi prevista inicialmente no Código Civil de 1916, no artigo 1641 com a finalidade de proteger o patrimônio e não a felicidade conjugal. Porém, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a conseqüente instauração de uma nova ordem alinhada com o princípio da igualdade entre homens e mulheres, o projeto do novo Código Civilista teve que ser revisto. (CABRAL, 2016)

No ano de 2002 por meio da Lei 10.406 o novo Código Civil foi publicado, que manteve a imposição do regime de bens mediante critério etário, porém estabeleceu a idade de 60 anos tanto para os homens como para as mulheres, no artigo 1641, inciso II.

Monteiro (2012) afirma que o Senador Josaphat Marinho justificou a manutenção desse dispositivo no atual Código Civil como uma forma de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes.

Após a publicação do novo Código Civil, com a permanência da restrição aos sexagenários, novas críticas foram realizadas consubstanciando na apresentação de vários Projetos de Leis (PL) visando alterar o limite de 60 anos, entre eles: PL 4.944/2009 de autoria do Deputado Federal Osório Adriano pleiteando o aumento para 80 anos; o PL 6.594/2009 de autoria do Deputado Fernando Coruja sugerindo o limite de 70 anos; e o PL 108/2007 de autoria da Deputada Federal Solange Amaral, requerendo o aumento da idade mínima para 70 anos. (CABRAL, 2016)

Como resultado dessa movimentação legislativa, o Projeto de Lei 108/2007 foi aprovado e convertido na Lei 12.344/2010, modificando o artigo 1641, II do Código Civil de 2002 e determinando a obrigatoriedade do regime da separação de bens no casamento para as pessoas maiores de 70 anos. (CABRAL, 2016)

Apesar de ao longo dos anos o Poder Legislativo apenas ter realizado modificações no sentido de preservar essa limitação à liberdade de escolha do regime de bens por meio do aumento do limite etário, vários foram os projetos de leis apresentados no Congresso Nacional visando revogar esse dispositivo do Código Civil Brasileiro por estar em dissonância com a Constituição Federal e princípios existentes. (CABRAL, 2016)

Dessa forma, frisa-se o Projeto de lei nº 4.945/2005 elaborado pelo Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia, proposto ainda quando em vigor o limite de 60 anos e que atualmente encontra-se arquivado. O Deputado pleiteou

a revogação do artigo 1641, inciso II, com a justificativa de que o artigo era atentatório à dignidade humana das pessoas idosas, que ficaram impedidos de escolher livremente o regime de bens quando decidirem se casar.

A imposição é incompatível com o artigo 5º, incisos I, X e LIV da Constituição Federal.

“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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

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;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

O inciso II do artigo 1.641 do Código Civil é, de acordo com os autores Filho e Gagliano (2014), absurda e inconstitucional. Eles afirmam que não convence a justificativa do legislador de que a separação absoluta de bens imposta aos idosos visa protegê-los do famoso “golpe do baú”, ou seja, de casamentos interessados unicamente no patrimônio.

Os autores ainda afirmam que tal dispositivo representa um total desrespeito ao princípio da isonomia e que estabelece uma forma de interdição parcial do idoso sem o devido processo de interdição.

Os autores concluem pela completa inconstitucionalidade do dispositivo, ainda não pronunciada, em controle abstrato, infelizmente, pelo Supremo Tribunal Federal. (FILHO; GAGLIANO, 2014).

Não há razão científica que justifique a restrição estabelecida pelo artigo 1.641, inciso II, pois a plena capacidade mental deve ser verificada em cada caso concreto, não devendo legislador limitá-la com base em políticas fundadas na sociedade brasileira do início do século passado. (GONÇALVES, 2012)

Diniz (2010) afirma que juridicamente não há razão para impor aos septuagenários o regime de separação obrigatória de bens, pois estes são

plenamente capazes de exercer todos os atos da vida civil e possuem maturidade para decidir acerca do futuro de seus bens materiais. Além disso, a aludida doutrinadora assevera que a senilidade não é, por si só, uma causa de incapacidade.

Insta salientar, que há uma visão cultural patrimonialista da família na legislação infraconstitucional, que está acima de quaisquer valores morais, éticos e fundamentais que resguardam os indivíduos na sociedade brasileira amparados na Constituição Federal de 1988. Acarretando-se, assim, uma injustiça a imposição do regime obrigatório de separação de bens para os maiores de setenta anos de idade. (PRESTES, 2014)

5. DA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O Estado ao aplicar o artigo 1641, inciso II do Código Civil, referente ao casamento das pessoas com idade superior a 70 anos, não observa alguns princípios constitucionais, como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade; e o princípio da liberdade.

Está disposto no artigo 1º inciso III da Constituição Federal o princípio da dignidade da pessoa humana:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.”

Alexandre de Moraes menciona que:

“A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima

que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos". (MORAES, 2012, p.129)

Dessa forma, o Estado interfere de maneira arbitrária na manifestação de vontade da pessoa com idade maior que 70 anos, quando impõe o regime de separação obrigatória de bens, ferindo o estabelecido no princípio e desconsiderando o direito de escolha.

"Essa hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Consequentemente é inconstitucional esse ônus." (LOBO, 2009, p.302)

O princípio da igualdade veda qualquer tipo de distinção entre pessoas humanas. Este princípio está previsto no artigo 5º, caput da Constituição Federal.

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:"

O Estado ao privar o direito de escolha do idoso e impor a obrigatoriedade do regime de bens a ser adotado no casamento dos maiores de 70 anos, provoca a distinção vedada em lei, uma vez que a pessoa idosa é tratada de forma diferente das demais, sendo colocada como incapaz para escolher o regime de bens de seu próprio casamento.

Denota-se que o Estado ao impor o regime de separação obrigatória de bens aos idosos com idade superior a 70 anos, trata o mesmo de forma diferenciada as demais pessoas, e sendo tal atitude proibida pelo princípio da igualdade.

Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades. (NERY JUNIOR, 1999)

Também está previsto no dispositivo citado acima o princípio da liberdade e de acordo com este princípio, toda pessoa tem a liberdade para

escolher o que melhor lhe convier, desde respeitados os limites impostos por lei, exercendo assim o direito de autonomia da vontade.

A opção na escolha do regime de casamento deveria ser de livre e exclusiva escolha dos nubentes, sem qualquer interferência arbitrária por parte do Estado.

CONCLUSÃO

Assim, verificou-se, por meio do entendimento majoritário abordados neste artigo, que o regime de separação obrigatória de bens imposto aos casamentos realizados por pessoas maiores de setenta anos é inconstitucional, uma vez que afronta a Constituição Federal e o Estatuto do Idoso ao discriminar de forma a pessoa idosa, em razão da idade.

Referido artigo ainda desrespeita a igualdade formal ao estabelecer tratamento diferenciado para indivíduos iguais sem necessidade de discriminação no que se refere à idade. Dessa forma, o artigo é inconstitucional por limitar a liberdade pessoal do ser humano, no que se refere a escolha do regime matrimonial que regerá uma união matrimonial.

Pode se considerar que a intervenção do legislador é considerada abusiva, uma vez se envolve no âmbito privado das relações pessoais sem um motivo social relevante que realmente justifique essa ação, restringindo dessa maneira indevidamente o princípio constitucional de liberdade.

O regime de separação absoluta de bens que afeta os septuagenários deve ser considerado inconstitucional por desrespeitar o princípio da dignidade da pessoa humana. A violação pode ser constatada pela presunção de incapacidade que o legislador estabeleceu para as pessoas maiores de setenta anos, ao proibir que estes escolham livremente seu regime de bens em razão da idade, sem qualquer tipo de respaldo legal.

Por todo o exposto, conclui-se pela inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1641 do Código Civil, que deveria ser retirado do ordenamento jurídico brasileiro para que fosse garantida a livre escolha do regime de bens aos maiores de 70 anos que desejam se casar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ROSAS, Daniella Ribeiro de Andrade. **A inconstitucionalidade da imposição do regime de separação de bens por idade.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 126, jul 2014. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15057>. Acesso em fev 2019.

CABRAL, Leiliane Dias. **A inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens imposto aos maiores de 70 anos.** Disponível em: <http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/731/1/TCC%20.pdf>. Acesso em: 15 Fev. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** Parte Geral. 10 ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 5V.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 6v.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 Jan. 2019.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 24 Jan. 2019.

CASSETTARI, Christiano. **Direito Civil.** São Paulo: Premier Máxima, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: teoria geral do Direito Civil.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPOLHA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: parte geral.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil.** 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família.** 42. ed. Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2012. 2v

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 6v

BRASIL. **Estatuto do Idoso Lei 10.741 de 2003.** Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm. Acesso em: 14 Fev. 2019.

DUARTE, Livia. **A Inconstitucionalidade na vedação de escolha de regime de bens para maiores de 70 anos.** Disponível em:<https://liviaduarte.jusbrasil.com.br/artigos/611058803/a-inconstitucionalidade-na-vedacao-de-escolha-de-regime-de-bens-para-maiores-de-70-anos>. Acesso em: 05 Fev. 2019.

NERY JÚNIOR, Nélon. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002.

PRESTES, Eduardo. **A inconstitucionalidade do regime obrigatório de separação de bens para pessoas acima de 70 anos de idade.** Disponível em:<https://tconline.utp.br/media/tcc/2014/09/A-INCONSTITUCIONALIDADE-DO-REGIME-OBIGATORIO-DE-SEPARACAO-DE-BENS-PARA-PESSOAS-ACIMA-DE-70-ANOS-DE-IDADE.pdf>. Acesso em: 14 Mar. 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** São Paulo: Saraiva, 2009.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código Civil e legislação civil em vigor.** 26. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

QUINTELLA, Felipe. **Dica #2: Você sabe o que se entende por capacidade civil, capacidade de direito e capacidade de fato?.** Disponível em:<http://genjuridico.com.br/2016/08/11/dica-2-voce-sabe-o-que-se-entende-por-capacidade-civil-capacidade-de-direito-e-capacidade-de-fato/>. Acesso em: 27 Fev. 2019.

NETO, José Weidson Oliveira. RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **A obrigatoriedade do regime de separação de Bens para nubente com mais de 70 anos: Uma nova ótica constitucional.** Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:uagqERZStOYJ:periodicos.ufc.br/nomos/article/download/5988/4557+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 26 Fev. 2019.

AÇÃO DE INTERDIÇÃO: NATUREZA JURÍDICA DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO E NECESSIDADE DE NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ISABELA NÓBREGA DINIZ VALENÇA:
Bacharela em Direito, advogada, especialista em Direito Processual Civil.

RESUMO: Esta pesquisa visa apresentar uma breve abordagem, sem ter a pretensão de esgotar o tema, sobre as modificações no procedimento da tutela introduzidas pelo Novo Código de Processo Civil e pelo Estatuto da Pessoa com deficiência, bem como sobre a atuação do Ministério Público nesse procedimento. Além disso, visa expor os reflexos que essas mudanças causaram na polêmica existente quando da vigência do CPC/73 sobre a necessidade de nomeação de curador especial quando o Ministério Público atuar como autor da ação de interdição ou como Custos Iuris, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Pessoa com deficiência. 3. Ação de interdição. 3.1. Legitimados para requerer a interdição. 3.2. Atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica. 3.3. Atuação do Ministério Público como autor. 3.4. Curador especial. 4. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na vigência do CPC/73. 5. Conclusão .

1.INTRODUÇÃO:

Releva-nos mencionar, primeiramente, que o sistema legal brasileiro que trata sobre as incapacidades foi profundamente modificado com a edição da lei nº. 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Essa transformação teve como influência a incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.

Ademais, deve-se ressaltar que a referida Convenção foi ratificada em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, o que lhe conferiu caráter de emenda constitucional.

Não obstante, a proteção ao deficiente, como corolário da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), constitui-se como direito fundamental. Possui, com isso, aplicabilidade imediata nos termos do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal.

Conforme José Afonso da Silva (1998), o significado da aplicação imediata das normas constitucionais é de que “são dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam”

Assim, o sentido dessa regra que prevê que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata é de que “em primeiro lugar, são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes”. (Silva, José Afonso da. 1998)

2. Pessoa com deficiência

O conceito de pessoa com deficiência foi trazido pelo art. 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, conforme o qual “*Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas*”.

Ademais, o mesmo diploma legal estabeleceu, no §1º do art. 2º, que “a avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e

peçoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e?IV - a restrição de participação.

Com isso, diz-se que deixou de seguir um critério médico para a definição da pessoa com deficiência, para se adotar um critério biopsicossocial. Ou seja: "não devemos colocar a deficiência dentro de uma concepção puramente médica, ficando associada exclusivamente à doença. Se bem que a deficiência possa ser causada por uma doença, ela não se caracteriza como doença não devendo, portanto, ser confundida com uma das causas que a podem gerar, e que não a constitui de fato. Muito mais atual e dinâmica e? a compreensão da deficiência como parte da área de desenvolvimento social e de direitos humanos, conferindo-lhe uma dimensão mais personalizada e social. Esta concepção traduz a noção de que a pessoa, antes de sua deficiência, e? o principal foco a ser observado e valorizado, assim como sua real capacidade de ser o agente ativo de suas escolhas, decisões e determinações sobre sua própria vida. Portanto, a pessoa com deficiência, e?, antes de mais nada, uma pessoa com uma história de vida que lhe confere a realidade de possuir uma deficiência, além de outras experiências de vida, como estrutura familiar, contexto sociocultural e nível econômico" (Nogueira, Geraldo. 2008, p. 25).

A avaliação biopsicossocial e? aquela que considera aspectos sociais que circundam o deficiente, além, por óbvio, de dados médicos capazes de demonstrar sua incapacidade. Na avaliação biopsicossocial ha?, portanto, a junção desses dois aspectos na abordagem do deficiente, superando-se, nessa linha de raciocínio, o simples modelo biológico, para se considerar, em acréscimo, fatores sociais outros como nível de escolaridade, profissão, composição familiar, etc. (Farias, Cristiano Chaves. 2016)

Conforme o Art. 19 da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, que trata da vida independente e inclusão na comunidade, "Os Estados Partes desta Convenção reconhecem o igual direito de todas as pessoas com deficiência de viver na comunidade, com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas, e tomarão medidas efetivas e apropriadas para facilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo desse direito e sua plena inclusão e participação na comunidade".

Sobre o tema, Cristiano Chaves de Farias (2016) esclarece que “é certo - e isso não se põe em dúvida - que a *capacidade jurídica é a regra*, sendo a incapacidade, conseqüentemente, excepcional. O simples fato de uma pessoa humana ter algum tipo de deficiência (física, mental ou intelectual), por si só, não é bastante para caracterizar uma incapacidade jurídica. Um dos grandes méritos do Estatuto da Pessoa com Deficiência é o absoluto desatrelamento entre os conceitos de *incapacidade civil* e de *deficiência*. São ideias autônomas e independentes. Uma pessoa com deficiência, em regra, é plenamente capaz e, por outro lado, um ser humano pode ser reputado incapaz independentemente de qualquer deficiência. Bastaria pensar no exemplo de uma pessoa que esteja internada na UTI. Não podendo exprimir vontade, será considerada incapaz, mesmo não possuindo qualquer tipo de deficiência. De todo modo, um surdo-mudo que pode declarar sua vontade, malgrado a deficiência, é reputado plenamente capaz”. (Farias, Cristiano Chaves. 2016)

Seguindo a premissa estabelecida pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, o art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência previu que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Nesse mesmo sentido, no artigo 84, diz que “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Além disso, o referido estatuto modificou o Código Civil em seu artigo 3º para considerar absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos. Da mesma forma, modificou-se o artigo 4º do Código Civil, desvinculando a incapacidade relativa da existência de deficiência, para prever que “serão incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em

tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; e IV - os pródigos”.

Nada obstante seja assegurado, no art. 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, essa norma não se aplica de forma absoluta. Pode haver a adoção, pelo próprio deficiente, do processo de tomada de decisão apoiada (§2º) ou, quando necessário, sua submissão à curatela.

3. Ação de interdição

Tendo em vista as previsões nos arts. 3º e 4º do Código Civil, Cristiano Chaves (2016) explica que é possível “extrair a existência de dois diferentes critérios determinantes da incapacidade, um deles objetivo (o critério etário) e o outro subjetivo (o critério psicológico). Quando se trata de incapacidade decorrente de *critério cronológico (etário)*, a situação é facilmente demonstrável, porque submetida a um requisito objetivo, qual seja, a comprovação da idade da pessoa. Comprovada a idade, naturalmente, decorrem os efeitos jurídicos da incapacidade, vinculando todos *os* atos praticados pelo titular. No entanto, em se tratando de incapacidade (relativa) fundada em *critério subjetivo (psicológico)*, considerando que a incapacidade é excepcional, é exigível o reconhecimento judicial da causa geradora da incapacidade, através de uma decisão judicial a ser proferida em ação específica, por meio de um procedimento especial de jurisdição voluntária. (...) É o caso da incapacidade relativa das pessoas que, mesmo por causa transitória *não puderem exprimir sua vontade* (CC, art. 4º), cuja incapacidade precisa ser reconhecida pelo JUIZ”.

A submissão à curatela ocorrerá quando for necessária. Essa conclusão está em harmonia com a natureza excepcional que o processo de interdição passou a ter. Conforme o §3º do art. 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, “a definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível”.

Outrossim, conforme os artigos 755 do NCPC e 85, §2º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência “a curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado”.

Sobre a ação de interdição, Cássio Scarpinella Bueno (2018) esclarece que constitui-se como “procedimento especial de jurisdição voluntária que têm como finalidade o reconhecimento de causas que justificam a interdição e a nomeação de curador às pessoas indicadas no art. 1.767 do CC”.

Essa ação já era disciplinada no CPC/73 como “curatela dos interditos”. Com a edição da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (NCPC), houve modificações no seu tratamento, todavia, em que pese esse diploma legal seja posterior ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi utilizado o termo “interdição” que, conforme a doutrina, não está em harmonia com a normatização do tema. É que o estatuto da pessoa com deficiência chama de *ação de curatela* - e não mais *ação de interdição*, como consequência da filosofia implantada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Ademais, o caput do artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência dispõe que “a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”. Complementando, seu § 1º determina que “a definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto”.

Portanto, estabelecida a curatela, o interditando não estará totalmente privado de sua autonomia. Deve o juiz fixar, na sentença que decretar a interdição, os limites da curatela, segundo o estado e desenvolvimento mental do interdito, considerando as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências (art. 755, I e II, do CPC).

Interpretando essa disciplina, Cássio Scarpinella Bueno (2018), menciona que “as exigências, para estarem em plena harmonia com as inovações trazidas pelo art. 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, devem ser interpretadas também no sentido de que os limites da curatela são os do art. 1782 do CC, quais sejam: emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração”.

Em que pese vigente em nosso ordenamento jurídico a ação de interdição, vale mencionar que o Estatuto da pessoa com deficiência trouxe importante inovação através da previsão da tomada de decisão apoiada – procedimento que visa preservar a autonomia da pessoa com deficiência.

Conforme Cristiano Chaves de Farias (2016), as pessoas com deficiência (física, mental ou intelectual) que podem exprimir vontade - e que, por conseguinte, estão abrangidas pela plena capacidade - podem, eventualmente, precisar de cuidado, proteção. Exsurge, nessa arquitetura, a *tomada de decisão apoiada*, como um procedimento especial de jurisdição voluntária destinado à nomeação de dois apoiadores que assumem a missão de auxiliar a pessoa em seu cotidiano. Não se trata de incapacidade e, por isso, não são representantes ou assistentes. Apenas um *mero apoio* para auxiliar, cooperar, com as atividades cotidianas da pessoa. A tomada de decisão apoiada *não se confunde com a curatela*, partindo de uma premissa diametralmente oposta: inexistente incapacidade, mas mera necessidade de apoio a uma pessoa humana.

Ressalte-se que, detalhar o procedimento de curatela foge ao objetivo desse trabalho, que visa demonstrar apenas um aspecto específico de seu conteúdo. Por isso, limita-se a apresentar essas linhas basilares.

3.1. Legitimados para requerer a interdição

Como decorrência da sua natureza de medida extraordinária e harmonizando-se com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o artigo 747 prevê que somente algumas pessoas são legitimadas a requerer a interdição, quais sejam: o cônjuge ou companheiro; os parentes ou tutores; o representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; e o Ministério Público.

Quanto à legitimidade do Ministério Público, há, ainda, previsão específica no artigo 748 do NCPC, estabelecendo como requisitos adicionais que se trate de doença mental grave bem como que os demais legitimados não existam, não promovam a interdição ou, caso existam, sejam incapazes.

Na lição de Teresa Arruda Alvim Wambier (2016), o artigo 748 do Código de Processo Civil “dispõe ser específica e subsidiária a legitimação ativa do Ministério Público para a formulação do pedido de interdição (...). Ao assim disporem, parece-nos claro que tanto a lei civil quanto a novel legislação processual civil codificada atribuem à hipótese de enfermidade mental grave maior carga de interesse público, de modo a indicar a legitimação do Ministério Público apenas para essa situação.

3.2. Atuação do Ministério Público como parte

O Código de Processo Civil, em seu artigo 176, repete a norma expressa no artigo 127 da Constituição Federal que traz a função institucional do Ministério Público como sua atuação "na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais indisponíveis".

O artigo 177, por sua vez, trata da atuação do Ministério Público como parte. Assim, determina que essa instituição exercerá o seu direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais".

Essa disposição está em harmonia com o detalhamento constitucional da atuação do Ministério Público, sobretudo no artigo 129.

Conforme aquele dispositivo constitucional, destacam-se como funções institucionais relacionadas com o Processo civil: "II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas".

Devendo sempre se lembrar que o interesse público que o Ministério Público visa proteger através de sua atuação será sempre o interesse Público primário.

3.3. Atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica

O artigo 178 do Código de Processo Civil, por sua vez, regulamenta a participação do Ministério Público na qualidade de "fiscal da ordem jurídica".

Essa atuação se dá quando "a intervenção do Ministério Público justifica-se não para atuar em favor de uma das partes, mas para fazê-lo de forma reconhecidamente desvinculada do interesse individual, subjetivado, trazido ao processo. De uma forma imparcial ou, mais precisamente, para exercer uma

atuação processual que transcende o interesse subjetivado, próprio, de cada uma das partes que estão na relação processual perante o juiz". (Bueno, Cássio Scarpinella. 2018, p. 841)

Dentre os casos em que essa intervenção é obrigatória, está o interesse de incapaz (art. 178, II, do CPC). Mas, quanto ao processo de curatela, há previsão específica no § 1º do artigo 752 do Código de Processo Civil.

Considerando que há hipóteses em que a intervenção ministerial é justificada pelo objeto discutido no processo e outras em que se dá pela qualidade da parte, há quem defenda a divisão dessa intervenção do Ministério Público, respectivamente, como efetivo fiscal da ordem jurídica e como auxiliar da parte.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2018, p. 272) entende que, "quando fiscal da ordem jurídica, a atuação do Ministério Público será absolutamente imparcial, pois a sua atuação se dará na defesa da lei, ou do interesse público ou social que subjaz ao objeto do processo". Por outro lado, "no segundo caso, na intervenção em razão da qualidade da parte, a posição do Ministério Público é um pouco mais complicada. Cumpre-lhe verificar se o incapaz está sendo defendido adequadamente, cabendo-lhe tomar as providências para assegurar a igualdade (isonomia) entre o litigante incapaz e os demais litigantes. Mas isso não vai ao ponto de o Ministério Público ter-se de manifestar em favor dos interesses do incapaz, quando verificar que eles contrariem a lei, ou que o direito que ele invoca não existe."

A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem sido no sentido de que "a atuação do Ministério Público não está subordinada aos interesses dos incapazes, sendo que não se pode falar em nulidade quando a manifestação do "parquet" é contrária ao interesse dos menores, pois o seu dever é manifestar-se segundo o direito" (RT 807/266).

3.4. Curador especial

O curador especial é um representante processual ad hoc para suprir a incapacidade processual da parte. Nesse sentido, Fredie Didier (2017, p. 369) menciona que "a incapacidade processual deve ser suprida, em algumas situações [art. 72 do CPC], pela designação de um representante processual *ad hoc* denominado *curador especial*".

Conforme Fredie Didier, (2017. p. 370) “a nomeação de curador especial é uma técnica para equilibrar o direito de ação e o direito de defesa”.

Vale ressaltar, ainda, que o “curador especial é representante judicial, e não material; sua atuação se restringe aos limites do processo: encaixa-se a figura na teoria da representação. Trata-se de um representante *ad hoc* nomeado pelo magistrado, com o objetivo de cuidar dos interesses do incapaz processual durante o processo, e somente durante o processo. Daí a denominação curador à lide. (Didier, Fredie. 2017, p. 371)

Outrossim, conforme discorre Fredie Didier (2017, p. 372), “o curador especial não é parte no processo, nem mesmo quando apresenta embargos à execução (enunciado 196 da súmula do STJ), postula tutela cautelar ou impetra mandado de segurança contra ato judicial. *Parte* é o representado, cuja incapacidade foi regularizada com a nomeação do curador especial. O *curador especial* é um representante processual.”

Não obstante isso, a natureza de representante processual do curador especial não é pacífica. Na visão de Leonardo Greco (2003, p. 41), o curador especial é substituto processual.

Conforme o parágrafo único do artigo 72 do Código de Processo Civil, a curatela especial será exercida, em regra, pela Defensoria Pública. Essa disposição consagra a norma prevista no artigo 4º, XVI, da Lei Complementar n. 80 de 1994, que atribuiu, expressamente, as funções da curatela especial à Defensoria Pública.

Ademais, caso não haja Defensor Público na comarca, “deverá o juiz atribuir o múnus a qualquer advogado, *ex officio* ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, ou, ainda, a qualquer pessoa capaz e alfabetizada” (Didier, Fredie. 2017, p. 374)

É possível, embora tenha de ser visto como algo excepcionalíssimo, que ocorra a situação de o Ministério Público ter de funcionar como curador especial - nomeado *ex vi* do art. 72, II, CPC, em caso de réu-revel citado por edital ou por hora certa - e como fiscal da ordem jurídica. Nesta circunstância, dois órgãos ministeriais devem atuar no feito, um para o exercício de cada função, eis que “a atividade imparcial do fiscal da lei é inconciliável com a do curador *ad litem*, que

fala por uma parte". Essa situação, no entanto, dificilmente ocorrerá, tendo em vista a regra que atribui à Defensoria Pública o múnus. (Didier. 2017, p. 374)

Dentre as hipóteses em que se exige a presença do curador especial, interessa, para o presente trabalho, a prevista no artigo 752, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015, conforme o qual o interditando poderá constituir advogado, e, caso não o faça, deverá ser nomeado curador especial.

4. JURISPRUDÊNCIA DO STJ NA VIGÊNCIA DO CPC/73

Com a previsão expressa no Código de Processo Civil de 2015 sobre a necessidade de curador especial no processo de interdição pacificou-se antiga controvérsia. É que, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, não havia consenso sobre a necessidade de nomeação de curador especial quando o Ministério Público estivesse atuando na lide como fiscal da ordem jurídica.

A posição do Ministério Público foi no sentido da necessidade de nomeação do curador especial, mesmo quando o "Parquet" estivesse atuando no processo na qualidade de *custus iuris*. Esse entendimento ampara-se na doutrina que defende que a atuação do Ministério Público como curador especial da parte tornou-se inconstitucional desde o advento da Constituição Federal de 1988, com a previsão expressa das suas atribuições no artigo 129.

Nesse sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2013), defendem que *"na medida em que vai formando convicção no decorrer do processo, nada impede que opine, a final, em favor da interdição. Deve o órgão do MP, contudo, ter a cautela de requerer ao juiz sempre a nomeação de defensor ao interditando, sob pena de nulidade, pelas razões a seguir expostas. Nomeação de defensor: Entendemos revogado o contido no CPC 1182 § 2º. O juiz dará advogado sempre ao interditando, quando este ou parente seu (CPC 1182 § 3º) não o tenha constituído. As razões são as que seguem: a) a CF 5º LV garante aos litigantes em processo judicial e administrativo ampla defesa; b) a nova fisionomia jurídica do MP (CF 127 e 129) impede que seus integrantes façam a representação judicial da parte ou do interessado (CF 129 IX); c) é indispensável a nomeação de advogado ao réu ou interessado como órgão essencial à administração da justiça (CF 133); d) é obrigatória a prestação de assistência jurídica (e não meramente judiciária) aos necessitados (CF 5º LXXIV e 134); e) é grave a medida que o procedimento visa impor ao interditando, limitando seus direitos fundamentais"*.

Em sua defesa, alegava-se que a regra estabelecida no art. 1182, § 2º, do CPC de 1973, segundo a qual "o interditando poderá constituir advogado para defender-se", deveria ser de observância obrigatória, "em razão do princípio constitucional da ampla defesa e pelas graves consequências que o procedimento de interdição visa impor ao requerido", bem assim de que o art. 129, IX, da Constituição veda a atuação do Ministério Público como representante judicial da parte. Vejamos:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

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

Todavia, não foi essa posição que prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça. O Tribunal da Cidadania preferiu fazer uma diferenciação estabelecendo que no procedimento de interdição não requerido pelo Ministério Público não se justificaria a nomeação de curador especial, sendo o próprio órgão ministerial incumbido da defesa do suposto incapaz. A contrário sensu, só seria necessária a nomeação de curador especial ao interditando quando o membro do Ministério Público fosse o autor da ação. Essa conclusão pode ser extraída da ementa do julgamento abaixo transcrita:

PROCEDIMENTO DE INTERDIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. CURADOR ESPECIAL. NOMEAÇÃO. CONFLITO DE INTERESSES. AUSÊNCIA. INTERESSES DO INTERDITANDO. GARANTIA. REPRESENTAÇÃO. FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECISÃO SINGULAR DO RELATOR (CPC, ART. 557) NULIDADE. JULGAMENTO DO COLEGIADO. INEXISTÊNCIA.

1. Eventual ofensa ao art. 557 do CPC fica superada pelo julgamento colegiado do agravo regimental interposto contra a decisão singular do Relator. Precedentes.

2. A designação de curador especial tem por pressuposto a presença do conflito de interesses entre o incapaz e seu representante legal.

3. No procedimento de interdição não requerido pelo Ministério Público, quem age em defesa do suposto incapaz e? o órgão ministerial e, portanto, resguardados os interesses interditando, não se justifica a nomeação de curador especial.

4. A atuação do Ministério Público como defensor do interditando, nos casos em que não e? o autor da ação, decorre da lei (CPC, art. 1182, § 1º e CC/2002, art. 1770) e se da? em defesa de direitos individuais indisponíveis, função compatível com as suas funções institucionais.

5. Recurso especial não provido.

O voto da Ministra Maria Isabel Gallotti, relatora do processo, foi no sentido de que, “na hipótese de encontrar-se o requerente (Ministério Público) e o suposto incapaz em polos opostos da ação, ha? intrínseco conflito de interesses a exigir a nomeação ao interditando de curador a? lide, nos termos do art. 1179 do CPC, que se reporta ao art. 9º do mesmo Código”.

Consignou, ainda, a Ilustre Ministra, que “proposta a ação pelos demais legitimados, todavia, caberá? ao Ministério Público a defesa dos interesses do interditando (CPC, art. 1182, § 1º e CC/2002, art. 1770), fiscalizando a regularidade do processo, requerendo provas e outras diligências que entender pertinentes ao esclarecimentos da incapacidade e, ao final, impugnar ou não o pedido de interdição, motivo este pelo qual não se faz cabível a nomeação de curador especial para defender, exatamente, os mesmos interesses pelos quais zela o Ministério Público”.

O Superior Tribunal de Justiça acolheu expressamente a possibilidade de o Ministério Público atuar no processo como “defensor do interditando”. Essa decisão amparou-se na interpretação dada à legislação então vigente, qual seja:

Código Civil, Art. 1770. Nos casos em que a interdição for promovida pelo Ministério Público, o juiz nomeará defensor ao suposto incapaz; nos demais casos o Ministério Público será? o defensor."

CPC/73, Art. 1179. Quando a interdição for requerida pelo órgão do Ministério Público, o juiz nomeará? ao interditando curador a? lide (art. 9º).

CPC, Art. 1.182. Dentro do prazo de cinco (5) dias contados da audiência de interrogatório, poderá? o interditando impugnar o pedido. § 1º Representara? o interditando nos autos do procedimento o órgão do Ministério Público ou, quando for este o requerente, o curador a? lide.

§ 2º Poderá? o interditando constituir advogado para defender-se.

Todavia, esse cenário não deve permanecer com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil. Considerando que, além de estabelecer expressamente a necessidade de nomeação de curador especial, ainda que o Ministério Público seja obrigado a intervir como fiscal da ordem jurídica (art. 752, §§ 1º e 2º, do CPC), e de determinar que a curadoria especial cabe à Defensoria Pública (art. 72, parágrafo único, do CPC), foi revogado o artigo 1770 do Código Civil, que previa a possibilidade de atuação do Ministério Público como defensor do incapaz.

Tratando sobre a curadoria especial como função institucional típica e exclusiva da Defensoria Pública, Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery (2015) salientam que "a nomeação do curador especial não exclui a intervenção do MP nos casos legais (e. g., CPC 156, CPC/1973 82) (...) No regime civil revogado, a parte considerada ausente de direito material era incapaz (CC/1916 5º iv), situação que reclamava a intervenção do MP (CPC/1973 82 I), mesmo que esse ausente de direito material tivesse representante legal e advogado constituído nos autos. A recíproca, no sistema do CPC/1973, era verdadeira: a intervenção do MP não supria a falta de representante legal do incapaz (...). Nesses casos, entretanto, a intervenção do MP pode se impor pela ocorrência de interesse público ou social.

(...) O MP defende direitos sociais e individuais indisponíveis (...) Atuar como curador especial no processo civil, à luz do CPC/1973 9º, era função atípica do MP”.

5.CONCLUSÃO:

A nova legislação que entrou em vigor em março de 2016 – Novo Código de Processo Civil – veio em boa hora. A especificação da necessidade da nomeação de curador especial, ainda que seja obrigatória a intervenção do Ministério Público como defensor da ordem jurídica, bem como as alterações produzidas no texto do Código Civil denotam a necessidade de harmonização das normas legais com o teor das atribuições funcionais previstas no artigo 129 da Constituição Federal.

Além de consentânea com a ordem constitucional, a nova disciplina da matéria adequa-se à função do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, pois cumpre mais efetivamente a finalidade da sua intervenção de forma independente, desvinculada do interesse individual, em favor de uma parte. Embora no processo de interdição caiba ao Ministério Público observar se os interesses do incapaz estão sendo corretamente defendidos, a própria legislação confundia essa função com a de defensor da parte.

Dessa forma, considerando o princípio institucional do Ministério Público da independência funcional (art. 127, § 1º, da CF), a possibilidade de atuação do membro dessa instituição de forma imparcial tem como decorrência uma atuação processual que transcende o interesse próprio da parte, sem descuidar, contudo, à proteção do interesse individual indisponível discutido no processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802306958&dt_publicacao=10/12/2014 (Acesso em 22 de abril de 2019)

BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2018.

DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: juspodvm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado. Salvador: juspodvm, 2016.

GRECO, Leonardo. Teoria da Ação no Processo Civil. São Paulo: Dialética, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil: Novo CPC – lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, Geraldo. Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência comentada. Brasília: Corde, 2008.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRABALHISTA PÚBLICO

GUSTAVO LIMEIRA BARBOSA: Estudante de Direito pela Faculdade Católica do Tocantins.

ARMANDO SOARES DE CASTRO FORMIGA^[1]

(Orientador)

RESUMO: Um dos direitos e garantias fundamentais, o contraditório e ampla defesa é princípio que corresponde às normas que possibilitam uma série de condições mínimas para a convivência em uma sociedade democrática. Este princípio é esculpido de forma expressa na Constituição Federal, podendo ser encontrado no artigo 5º inciso LV. Constitui-se em um dos princípios basilares de qualquer processo, seja administrativo ou litigioso, contido na Constituição Federal entre os direitos e garantias fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Empregado Público. Dispensa. Motivação.

SUMMARY: One of the fundamental rights and guarantees, the contradictory and ample defense is a principle that corresponds to the norms that allow a series of minimum conditions for the coexistence in a democratic society. This principle is sculpted expressly in the Federal Constitution, and can be found in article 5 paragraph LV. It is one of the basic principles of any process, whether administrative or litigious, contained in the Federal Constitution between fundamental rights and guarantees.

KEY WORDS: Administrative Law. Public employee. Dispensation. Motivation.

INTRODUÇÃO

Em análise de Decisões Trabalhista na esfera Público, verifica-se que há alto índice de ajuizamento de processos judiciais acerca de reclamação trabalhista de ex-funcionários públicos com alegação de mérito dessas ações, demissão por justa causa, devido a atos em desconformidade com a lei ou normas internas, praticados por aqueles contra a instituição, por falta do processo administrativo disciplinar.

Nesses processos judiciais, os reclamantes postulam “indevida a despedida sem justa causa dos recorridos, sem prévia instauração de inquérito administrativo previsto no regimento interno da instituição (...)” (REx nº 631.053 / DF).

Em casos como estes, o resultado da sentença tem sido favorável aos reclamantes com alegada fundamentação de que “o fato de existirem falhas na realização do processamento do inquérito administrativo, violando o direito obreiro à ampla defesa, contraditório e devido processo legal, culminando com sua demissão por justa causa, antes que pudesse apresentar sua defesa administrativamente, causou-lhe abalo moral, dor e sofrimento, os quais devem ser compensados, nos termos dos incisos V e X do artigo 5º da CF/88” (PROCESSO nº 0001404-12.2014.5.08.0014 / PA).

Na alegação do mérito, a autoridade judicial entende que o reclamante ficou-se prejudicado, no que se refere à apresentação de recurso, configurando-se assim em violação ao direito constitucional (art.5º. LV, CF/1988) do Autor, ao contraditório e a ampla defesa no processo administrativo.

Nesse contexto, vale lembrar que para garantir uma decisão justa, ao identificar falhas processuais, o Judiciário não discute o mérito da causa, mas se ao reclamante, no caso de demissão por justa causa, foi concedido previamente o direito ao contraditório, à ampla defesa e ao duplo grau revisional.

Ressalta-se, que processos judiciais decorrentes destes tipos de desconformidades, além de gerar impactos negativos à imagem institucional do órgão público, também corroboram para a impunidade, mesmo que transitória, dos autores dos delitos praticados, resultando em elevados custos financeiros para a instituição, haja vista que tem que arcar com pagamentos de indenizações, além de outras despesas decorrentes da reintegração, com procedimentos administrativos diversos.

1 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O objetivo Geral é analisar o contraditório e a ampla defesa, em processo administrativo disciplinar trabalhista.

Os objetivos Específicos são explicar sobre os direitos fundamentais da pessoa humana e os princípios constitucionais, descrever os princípios

processuais, dando ênfase ao princípio da ampla defesa, o contraditório e o duplo grau revisional;

Identificar na legislação vigente a importância do Direito Constitucional e Jurisprudencial sobre o fato de o acusado em processo administrativo e/ou judicial ter direitos ao contraditório e a ampla defesa.

O processo administrativo pode ser usado em vários sentidos. No primeiro sentido, conforme explica Maria Sylvia Di Pietro, refere-se aos “papéis e documentos organizados numa pasta e referentes a um dado assunto de interesse do funcionário ou da administração” (DIPIETRO, 2014, p. 695).

Quando se referir a processo disciplinar, é o modo como são apuradas as infrações administrativas e como se punem os infratores. Em sentido mais amplo, é o conjunto de atos coordenados para a solução de uma controvérsia no âmbito administrativo. No entanto, como nem todo processo administrativo envolve necessariamente controvérsia, pode-se ampliar este conceito para designar a série de atos preparatórios de uma decisão final da Administração.

O processo administrativo é o meio pelo qual a Administração Pública, no exercício de suas funções legais, utiliza-se para a realização e viabilização de seus atos na esfera da vida dos administradores e administrados, ou seja, é o instrumento hábil para a justa e correta concretização dos atos administrativos, emanados de autoridade pública competente e capaz de tais atos.

Atualmente, em âmbito federal, o processo administrativo é disciplinado pela Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, alterada pelas Leis nº 11.917, de 19 de dezembro de 2006, e a Lei nº 12.008, de 29 de julho de 2009, que estabelece normas básicas do processo administrativo no âmbito da Administração Federal Direta e Indireta, visando à “proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”.

Alguns princípios que são comuns aos processos administrativo e judicial, sendo: os princípios da publicidade, da ampla defesa, do contraditório, do impulso oficial, da obediência à forma e aos procedimentos estabelecidos em lei. Além desses princípios existem outros que são específicos do direito administrativo, como o da oficialidade, o da gratuidade, o da atipicidade (DI PIETRO, 2010, p. 627).

O artigo 2º, caput, da Lei nº 9.784/1999 define os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Dentre os princípios processuais vale ressaltar o Princípio da ampla defesa e do contraditório, que é amplamente defendido pela doutrina e jurisprudência estando também expresso no artigo 5º, inciso LV, da CF de 1988.

Nesse contexto, Di Pietro (2014, p. 705) explica: antes de examinar o mérito da causa, o magistrado deverá analisar as chamadas questões preliminares (condições da ação e pressupostos processuais) e, dependendo da conclusão que chegar em relação a essas questões, ficará 'impedido' de examinar o mérito.

O Princípio da ampla defesa e do contraditório é amplamente defendido tanto pela doutrina como pela jurisprudência, bem como nas Constituições anteriores. Na atual Constituição Federal de 1988 (Art. 5º, inciso LV), é assegurado aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O contraditório, conforme explica Marcelo Novelino (2009, p. 447), "é entendido como a ciência bilateral dos atos do processo com a possibilidade de contrariá-los, sendo composto por dois elementos: informação e reação, sendo esta meramente possibilitada em se tratando de direitos disponíveis".

Acontece que o princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação (DI PIETRO, 2010, p 631).

Assim sendo, a audiência bilateral torna-se um requisito indispensável para garantir a justiça das decisões, haja vista que somente mediante a parcialidade das partes, onde um representa a tese e a outra, a antítese; é que o juiz poderá corporificar a síntese em um processo.

Segundo Di Pietro (2010, p. 631), em relação com servidores estáveis, este mesmo direito está assegurado no Art. 41, § 1º, com a redação dada pela Emenda

Constitucional nº 19, de 1998, que só permite a perda do cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado, mediante processo administrativo em que lhe tenha sido assegurada a ampla defesa ou ainda mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

A ampla defesa é uma decorrência do contraditório, e em atendimento desses princípios, a Lei 9.784/99 assegura ao administrado os direitos de ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei, com base em seu artigo 3º, incisos II, III e IV. Contudo, não se caracteriza violação desta garantia o “simples indeferimento de uma diligência probatória considerada desnecessária ou irrelevante” (STF, AI 559.958 e RE 34580, Min Sepúlveda Pertence).

Além disso, o Art. 46 da referida lei repete, em termos semelhantes, a mesma norma quanto ao direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias dos dados e/ou documentos que fazem parte do processo, ressalvando, porém, os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.

Na Lei nº 9.784/99, os princípios da ampla defesa e do contraditório estão mencionados no Art. 2º, entre os princípios a que se sujeita a Administração Pública.

O princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas. É o que decorre do artigo 5º, LV, da Constituição e está também expresso no artigo 2º, parágrafo único, inciso X, da Lei nº 9.784/99, que impõe, nos processos administrativos, sejam assegurados os “direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio”.

2 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Compreende em Processo Administrativo Disciplinar, os instrumentos utilizados para apuração de ilícitos administrativos, que compreendem a sindicância e a verdade sabida (DI PIETRO, 2010, p. 638).

De acordo com o Art. 41 da CF 1988, o processo administrativo disciplinar é obrigatório, para a aplicação das penas que impliquem perda de cargo para o funcionário estável. A Lei nº 8.112/1990 exige a realização desse processo para a aplicação das penas de suspensão por mais de 30 dias, demissão, cassação de aposentadoria e disponibilidade, e destituição de cargo em comissão (Art.146); o artigo 100 do Decreto-lei nº 200, de 25 fevereiro de 1967 (Reforma Administrativa Federal), ainda exige o mesmo processo para a demissão ou dispensa do servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem ou desidioso no cumprimento de seus deveres (DI PIETRO, 2010, p. 638).

O processo administrativo é realizado por comissões disciplinares (comissões processantes) sistema que tem a vantagem de assegurar maior imparcialidade na instrução do processo, pois a comissão é órgão estranho ao relacionamento entre o funcionário e o superior hierárquico (DI PIETRO, 2010, p. 638).

Destarte, conforme explica Di Pietro, (2010, p. 638), para garantir essa imparcialidade, tem-se entendido, inclusive na Jurisprudência, que os integrantes da comissão devem ser funcionários estáveis e não interinos ou exoneráveis *ad nutum*(revogável pela vontade de uma só das partes – diz-se de ato). E o processo desenvolve-se nas seguintes fases: instauração, instrução, defesa, relatório e decisão.

Entretanto, quando se tratar de sociedades de economia mista, regidas pela CLT, o processo administrativo é regulado por norma interna da instituição.

Nesse contexto, vale lembrar que as sociedades de economia mista integram a Administração Pública Indireta, estando, portanto vinculadas aos princípios aplicáveis à Administração Pública, dentre os quais, o da motivação, do contraditório e da ampla defesa. Sendo assim, faz-se necessário avaliar a natureza jurídica do ato que dispensa com justa causa o empregado público, bem como averiguar se este ato se vincula à lei ou se integra a discricionariedade do administrador público, verificando os limites desta discricionariedade em face, do

princípio da motivação. Além disso, o ato administrativo, necessariamente deve ter motivação, independente de vinculação ou discricionariedade.

Nesta perspectiva, conforme bem discorre André Magalhães Pessoa (2013, p.2), "no caso dos servidores públicos civis da União e de suas autarquias e fundações de direito público, o regime estatutário consta da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no bojo do qual está inserto o regime disciplinar (arts. 116 a 142), que impõe deveres e proibições ao servidor. A inobservância dessas imposições implica, após o devido processo legal, a aplicação das sanções que enumera: advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão".

Para tanto, o processo administrativo disciplinar deve estar em concomitância com os princípios constitucionais: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. E a penalidade ao responsável por infração funcional deverá ser precedida de processo administrativo no qual sejam apurados adequadamente os fatos supostamente irregulares, bem como assegurados o contraditório e a ampla defesa ao investigado (Art. 5º, inciso LV, CF, 1988).

3 EMPREGADO PÚBLICO

Di Pietro (2009, p. 513) explica que Empregado Público são aqueles que são contratados sob o regime de legislação trabalhista e ocupantes de emprego público.

No aspecto geral, o empregado público é aquele aprovado em concurso público para trabalhar em empresas públicas ou sociedades de economia mista, ou ainda em fundações com personalidade jurídica de direito privado, ou nas unidades federativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), que não optarem pelo regime jurídico único, normalmente o estatutário.

Destarte, os servidores públicos estão divididos em três categorias: Servidores Públicos Estatutários, Trabalhistas e Temporários (CARVALHO FILHO, 2015, p. 619).

Servidores públicos estatutários são aqueles cuja relação jurídica de trabalho é disciplinada por diplomas legais específicos, denominados de estatutos. Nos

estatutos estão inscritas todas as regras que incidem sobre a relação jurídica, razão por que nelas se enumeram os direitos e deveres dos servidores e do Estado. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 619).

A segunda categoria é a dos servidores públicos trabalhistas (ou celetistas), assim qualificados porque as regras disciplinadoras de sua relação de trabalho são as constantes da Consolidação das Leis do Trabalho. Seu regime básico, portanto, é o mesmo que se aplica à relação de emprego no campo privado, com as exceções, é lógico, pertinentes à posição especial de uma das partes – o Poder Público. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 620).

A última categoria é a dos servidores públicos temporários, os quais, na verdade, se configuram como um agrupamento excepcional dentro da categoria geral dos servidores públicos. A previsão dessa categoria especial de servidores está contemplada no art. 37, IX, da CF, que admite a sua contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. A própria leitura do texto constitucional demonstra o caráter de excepcionalidade de tais agentes. Entretanto, admitido o seu recrutamento na forma da lei, serão eles considerados como integrantes da categoria geral dos servidores públicos. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 620).

O advento da Lei 9.962/2000 possibilitou à Administração Direta, autárquica e fundacional federal, a contratação de empregados públicos por meio de regime diverso do estatutário. Destarte, o vínculo funcional deste empregado é o mesmo da iniciativa privada, haja vista que a sua atividade é regulada pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Assim sendo, os empregados em sociedades de economia mista serão dispensados conforme as regras da CLT, haja vista que no Art. 173, §1º, inciso II, estende às sociedades de economia mista, as normas trabalhistas aplicáveis à iniciativa privada.

Destarte, o ato que dispensa com justa causa o empregado público de sociedade de economia mista, tem como base a Lei 9.784/1999, Art. 2º, *caput*, o Art. 5º, inciso LV e o Art. 37 da CF (1988), sobre os princípios da Administração Pública, além ainda dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Nesse sentido, após a aprovação da Lei 9.962/2000, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou a Súmula nº 390, regulando o direito à estabilidade dos empregados públicos:

ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.00).

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

No que se refere às empresas públicas e sociedades de economia mista, além do posicionamento na súmula, o TST, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 247 da SBDI-1/TST, firmou o entendimento de que não é necessária a motivação do ato de dispensa de empregado integrante do quadro dessas entidades, forte no que dispõe o art. 173, §1º, da Constituição da República, podendo tais entidades exercer o direito potestativo de extinguir unilateralmente o contrato de trabalho, sem necessidade de submissão às exigências impostas para os atos administrativos.

Contudo, houve uma reviravolta neste entendimento: no momento está em voga o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF).

O STF, julgando o REX 589.998, relator ministro Ricardo Lewandowski, entendeu que havia repercussão geral sobre a tese e decidiu que é obrigatória a motivação da dispensa unilateral de empregado por empresa pública e sociedade de economia mista, tanto da União quanto dos Estados, do DF e dos municípios.

Por isso, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), na OJ-SDI1-247, item II, decidiu no sentido de que a despedida do empregado de empresa pública ou sociedade de economia mista depende de motivação.

Decisão esta que superou o entendimento da Orientação Jurisprudencial 247 da SBDI-I do TST, consagrando a tese jurídica no sentido da exigência de motivação da dispensa de empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, a fim de assegurar ao ato da dispensa a observância dos mesmos princípios regentes da admissão por concurso público, ou seja, impessoalidade e isonomia.

Em vista do exposto, vale ressaltar características da Sociedade de Economia Mista que, rege-se por Estatuto próprio e pelas disposições legais que lhe são aplicáveis.

Dada tais características, os empregados públicos que são regidos pela Lei 8.112/1990, não são estáveis, passíveis de ser submetidos a CLT e por estarem submetidos a este diploma e não prestarem serviços públicos, de consequência, para serem demitidos sem justa causa, não é necessário haver motivação.

E nos casos em que a demissão for por justa causa, esta deve se dar por processo administrativo, estabelecido em norma interna, e consonância a Súmula 77 do TST, que diz que "Nula é a punição de empregado se não precedida de inquérito ou sindicância interna a que se obrigou a empresa por norma regulamentar".

Porém, embora se verifique que nas empresas públicas disponham das Instruções Normativas Corporativas, estas não estabelecem todas as garantias constitucionais, asseguradas a todos os envolvidos em processos administrativos internos, como a ausência de contraditório e ampla defesa em determinado tipo de apuração interna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio do contraditório e da ampla defesa é a manifestação do Estado Democrático de Direito, e tem relação constante e direta com o princípio da isonomia, ou seja, da igualdade entre as partes no direito de ação. Quando se

assegura o direito ao contraditório e à ampla defesa, automaticamente, assegura-se também o direito de ação e de defesa, que são prerrogativas do cidadão contra quem quer que seja em uma democracia efetiva.

O entendimento sobre o contraditório é correspondido como um diálogo entre as partes perante a autoridade julgadora. Uma parte apresenta provas e, da mesma forma, é dado o direito à outra parte de apresentar contra argumentações. Com o estudo do contraditório e da ampla defesa, observou-se que os mesmos não podem ser utilizados de forma desvinculada do devido processo legal. Nos estudos iniciais, verificou-se que a Constituição Republicana incorporou o princípio do devido processo legal, que foi instituído na *Magna Charta Libertatum* (1215), que tem imensa repercussão no direito anglo-saxão.

Desde então é imprescindível à instauração de um procedimento administrativo para julgamento do que foi discriminado na citação e, que esta citação esteja de acordo com o que foi denunciado, oportunizando o indiciado do que lhe está sendo imputado.

Provou-se então, que o artigo 5º inciso LV, da Constituição Republicana de 1988, não admite mais a aplicação do princípio da verdade sabida, uma vez que, é expressamente declinado: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Apesar de haver em alguns estatutos o princípio da verdade sabida, e, ainda ser o mesmo utilizado, cabe frisar que: Não subsiste no ordenamento administrativo brasileiro, o instituto da verdade sabida, onde o conhecimento pessoal e direto da falta por parte da autoridade administrativa seria o bastante para aplicar-se a pena ao servidor imputado. Adverte, incisivamente, que por mais flagrante que seja a falta, tem que ser formalizada a acusação, abrindo-se possibilidade para a defesa.

Com relação ao mérito administrativo verificou-se que é proibido ao Poder Judiciário reexaminar prova ou adentrar o mérito do julgamento administrativo, porém, o processo administrativo para qualquer tipo de aplicação de pena, deve estar isento de irregularidades formais.

Da leitura das doutrinas elencadas ficou explícito que qualquer cidadão tem direito a ampla defesa e do contraditório dentro de um devido processo legal. Que a comissão encarregada de apurar as faltas deve ser imparcial, assim como o órgão julgador. A falta do devido processo legal invalida o processo administrativo disciplinar.

Das Leis, Constituição Republicana de 1988, das Súmulas editadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal faz-se as seguintes considerações acerca da ampla defesa: o artigo 5º inciso LV, da Constituição vigente diz que deve o indiciado utiliza-se do contraditório e da ampla defesa e dos meios a ela inerentes. A Constituição diz em seu artigo 133 que o advogado é essencial à administração da justiça. Já a Lei 8.906/94 diz que: "são atividades privativas de advocacia: a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais e as atividades de consultoria, assessoria e direção judiciária". A Súmula do Superior Tribunal de Justiça assevera que é obrigatória a presença de advogado para o exercício da ampla defesa e, por fim, o Supremo Tribunal Federal diz ser dispensável a defesa técnica feita por um advogado.

Segundo as mais diferentes interpretações da lei e das súmulas, pode-se chegar a seguinte conclusão: não existe a necessidade de defesa ou representação por advogado no processo administrativo, mas a lei também não faz menção a impedimento. Portanto, o acusado pode formular sua própria defesa, depois de devidamente citado, ou fazer-se acompanhar por advogado legalmente instituído para tal fim e, finalmente, ser acompanhado por defensor dativo técnico, ou seja, de qualquer forma se garantirá a ampla defesa, dentro da disponibilidade de cada um. Deste modo, pode-se notar que não há defesa sem que haja conhecimento técnico e, nesses termos, é imprescindível a presença de um advogado, ou seja, ele é o liame entre o cidadão comum e a jurisdição. Mesmo que, por questões técnicas e formais, o Supremo Tribunal Federal promulgue que a falta de acompanhamento técnico não constitui a nulidade do processo administrativo disciplinar, a de se convir que, pela hermenêutica constitucional, a falta de defesa técnica fere o princípio da ampla defesa, ferindo também o princípio do devido processo legal.

Por fim, temos um direito uno, que possui regramentos em constante evolução. A edição de súmulas busca um entendimento uniforme sobre diversos julgados, orientando solidamente o *decisum* dos tribunais. Por mais que se fira a

lei, não se podem ferir princípios, uma vez que é à base do ordenamento jurídico. O direito administrativo não foge à regra, possui princípios que orientam as Empresas de modo que a torne transparente. O administrador público não pode estar abarcado na literalidade da lei, porém, deve-se observar todo o ordenamento jurídico na busca hialina da ordem e da plena justiça.

REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 64/2010. – São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/1991 a 99/2017. Brasília: Senado Federal, 2017.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Demissão de servidor público por prática de ato de improbidade administrativa sob a ótica da jurisprudência dos tribunais superiores e da doutrina**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1582, 31 out. 2007. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/10567> >. Acesso em: 20/03/2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 493-494.

Controladoria-Geral da União. Corregedoria-Geral da União. **Manual de Direito Disciplinar para Empresas Estatais**. Disponível em: < http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual_estatais.pdf > Acesso em: 20/02/2019.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.

Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.** Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm >. Acesso em: 15/02/2019.

Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm >.

Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm >. Acesso em: 15/02/2019.

Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. **Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9962.htm >. Acesso em: 14/02/2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. LIMA, Fausto Luz. **O devido processo legal (*due process of law*)**. Aspectos relevantes. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8634 >. Acesso em: 20/02/2019.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2009.

PESSOA, André Magalhães. **Apuração disciplinar de atos praticados por servidores celetistas em atividade perante entes federais de direito público**. Artigo. *Revista da AGU, Advocacia Geral da União*, v. 12, n. 36, p. vii–41, abr./jun., 2013. Rede Virtual de Bibliotecas. Disponível em:

< <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/16111026> > Acesso em: 16/02/2019.

Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudências**. Disponível em:

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591966>

< <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 20/03/2019.

Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. **Pesquisa de Jurisprudência.**

Disponível em: <<http://www.trt8.jus.br> >. Acesso em: 20/03/2019.

Tribunal Superior do Trabalho. **Consulta Unificada de Jurisprudências.**

Disponível em: <www.tst.jus.br >. Acesso em: 20/03/2019.

Nota:

[1] Doutorando em Ciências Jurídico-Históricas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal (2010-2015). Obteve o grau de Mestre em Ciências Jurídico-Históricas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal (2006); cursou pós-graduação em Direitos Humanos, pelo Ius Gentium Conimbrigae, ligado à Universidade de Coimbra (2003); graduou-se em Direito (1995) e Administração (1987) pelo Centro Universitário de João Pessoa. No momento é professor do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins, advogado, jornalista e consultor do Poder Legislativo do Tocantins, integrando a Diretoria Executiva da Fundação Rádio e Televisão da Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: História do Direito, Direito Internacional, Periodismo Jurídico, Testamento Romano, Direito Romano, Codificação Civil, Análise Econômica do Direito e Autopoiesis do Direito.

UMA ANÁLISE SOBRE O CERATOCONE DIANTE DA LEGISLAÇÃO SOBRE DEFICIÊNCIA VISUAL

THOMAZ DANIEL DE OLIVEIRA

RESUMO: O Ceratocone é uma doença progressiva, degenerativa que afeta os olhos, causando a perda da acuidade visual do paciente entre outros vários distúrbios da visão. Em virtude disso muitos desses pacientes não conseguem realizar normalmente suas tarefas, o que os leva a ter dificuldades de toda a sorte, inclusive laborais. Atualmente não existe uma abordagem legal específica sobre a doença, especialmente no tocante a considerar o portador um deficiente visual, isso faz com que os pacientes ainda sejam analisados dentro da perspectiva do Decreto 3298/1999, que define quem é deficiente visual com base em critérios predominantemente médicos, que não levam em conta muitas das características da doença. Esses critérios, conforme veremos, estão em total descompasso com a legislação moderna acerca da temática.

PALAVRAS – CHAVES: Ceratocone. Legislação. Deficiência. Critérios.

INTRODUÇÃO

Antes de adentrarmos na discussão jurídica acerca do tema, é necessário esclarecer ao leitor melhor sobre o que de fato se trata o Ceratocone.

Segundo o Conselho Brasileiro de Oftalmologia o ceratocone é um distúrbio chamado distrofia contínua e progressiva, que ocorre na córnea com afinamento central ou *paracentral*, geralmente inferior, resultando no abaulamento anterior da córnea, na forma de cone. A apresentação é geralmente bilateral e assimétrica.

O órgão especializado afirma ainda se tratar de condição rara, encontrada em todas as raças, nas diferentes partes do mundo, com prevalência que varia de 4 a 600 casos por 100.000 indivíduos.

O recentemente extinto CONITEC - Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, aborda o Ceratocone como uma doença degenerativa do olho com incidência de 1 caso a cada 2.000 pessoas, que ocasiona deformidade

da córnea e progressiva perda da acuidade visual, com impacto na qualidade de vida do paciente. Cumpre ressaltar que é uma doença degenerativa SEM CURA.

Como esse artigo não se presta a esclarecer de forma científica as características do Ceratocone, tão pouco as pesquisas que envolvem o número de pessoas acometidas pela doença, espera-se que a curta explicação apresentada tenha sido capaz de ao menos, resumir de forma objetiva do que se trata a doença.

Posto isto, embora o Ceratocone seja uma doença que atinge os olhos, sendo progressiva e degenerativa, que acomete um significativo número de brasileiros, não existe hoje qualquer política pública direcionada aos tratamentos ou ao reconhecimento, em alguns casos, do portador do Ceratocone como deficiente visual.

Esse artigo buscará demonstrar que a abordagem atual sobre o assunto é inadequada e cheia de antinomias normativas.

Ocorre que as críticas e sugestões trazidas nesse artigo facilmente se estenderiam a outras deficiências, mas o objetivo do autor é focar o Ceratocone, registre-se.

Passaremos a analisar de forma sucinta como a doença Ceratocone tem sido abordada quando relacionada com a Deficiência. Os critérios aqui combatidos são ainda, em grande número, adotados em editais de Concurso Público, em análises de candidatos a vagas em PCD em empresas privadas, pedidos de benefícios, etc.

Veremos que tais abordagens são em primeiramente análise ultrapassadas e não só, de discutível legalidade em relação à atual e moderna legislação.

1) INADEQUADA ABORDAGEM SOBRE O CERATOCONE EM RELAÇÃO À DEFICIENCIA

A Lei 7853/1989, dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Code, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.

Tal lei, de 1989, embora muito anterior ao Estatuto da pessoa com deficiência (2015), ainda é adotada como parâmetro para constatação da deficiência em muitos casos, inclusive alguns concursos públicos, equivocadamente, conforme veremos.

Para se ter uma idéia a Lei 7853/1989, foi regulamentada mais de dez anos depois de sua vigência, pelo Decreto 3298/1999, e nesse Decreto que encontramos a definição de deficiente visual aplicada até hoje;

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

(...)

“III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60o; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores”;

Inegavelmente, os critérios descritos acima, são critérios exclusivamente médicos.

Esses critérios são os que ainda se utilizam no caso de pacientes de Ceratocone, onde apenas se leva em conta a acuidade visual, um critério médico, portanto, que conforme veremos, apresenta várias incongruências legais, principalmente quando analisada pela ótica do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em vigor desde 2015.

Ocorre que desde que o Brasil Incorporou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, através do Decreto 6949/2009, as previsões nela contidas ganharam status constitucional, nos termos do § 2º do Artigo 5º da CRF/1988, *in verbis*:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

E, sobretudo, nos termos do § 3º do Artigo 5º da CRF/1988, que conclui a temática:

(...)

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais

Não há dúvidas, portanto que a recepção da mencionada Convenção, dá ao texto daquela o status constitucional, e, portanto, em caso de conflito de normas, aplicar-se-ia o critério hierárquico, prevalecendo a norma Constitucional. Mas o que diz o texto da Convenção? Vejamos:

Em sua apresentação sobre a Convenção, Antonio José Ferreira, então Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, destacava:

“Outro

grande avanço foi a alteração do modelo médico para o modelo social, o qual esclarece que o fator limitador é o meio em que a pessoa está inserida e não a deficiência em si, remetendo-nos à Classificação Internacional de Funcionalidades (CIF). Tal abordagem deixa claro que as deficiências não indicam, necessariamente, a presença de uma doença ou que o indivíduo deva ser considerado doente. Assim, a falta de acesso a bens e serviços deve ser solucionada de forma coletiva e com políticas públicas estruturantes para a equiparação de oportunidades”

Já em seu Preâmbulo, entre outras igualmente louváveis, destacamos as seguintes disposições:

(...)

e) Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas,

(...)

g) Ressaltando a importância de trazer questões relativas à deficiência ao centro das preocupações da sociedade como parte integrante das estratégias relevantes de desenvolvimento sustentável

Ao compararmos conceito de deficiência visual, trazida pelo Decreto 3298/1999, com as normas constitucionais da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, fica evidente o flagrante descompasso.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade, como se sabe, não alcança Decretos Executivos, somente por esse motivo é que não podemos afirmar sua inconstitucionalidade, em que pese se confrontar com a Constituição, estaríamos diante de uma ilegalidade, conforme explica o ministro Marco Aurélio no julgamentos das ADIs 5.589 e 5.593.

Não bastasse o descompasso em relação ao texto constitucional, o Decreto 3298/1999, contraria profundamente a Lei 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, conforme veremos:

(...)

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: (Vigência)

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação.

§ 2º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência.

O Estatuto em questão guarda forte relação com a Convenção anteriormente analisada, conforme expresso no parágrafo único, inclusive. Ou seja, os critérios para se avaliar a deficiência não podem mais ser exclusivamente médicos, essa regra é expressa.

Art. 121. Os direitos, os prazos e as obrigações previstos nesta Lei não excluem os já estabelecidos em outras legislações, inclusive em pactos, tratados, convenções e declarações internacionais aprovados e

promulgados pelo Congresso Nacional, e devem ser aplicados em conformidade com as demais normas internas e acordos internacionais vinculantes sobre a matéria.

*Parágrafo único. Prevalecerá a norma **mais benéfica à pessoa com deficiência.***

Conforme tudo que demonstrou até aqui, não é possível restar qualquer dúvida quanto à inadequada abordagem do assunto, sobretudo quando estritamente relacionada a um Decreto, há muito ultrapassado, flagrantemente ilegal e descompassado com a própria Constituição.

Não fosse a ilegalidade do Decreto 3298/1999 indiscutivelmente demonstrada, a própria validade do mesmo o seria quando analisado o artigo 121 da Lei 13.146/2015, por quanto a análise multidisciplinar apresentada por essa lei, no tocante à análise da deficiência, quando relacionada a obtenção de direitos e benefícios, é flagrantemente mais benéfica ao portador de ceratocone do que a restrita análise médica contida no texto do Decreto.

Não obstante tudo já demonstrado, não podemos esquecer de aplicar os critérios da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, sobretudo no tocante ao § 1º, do Artigo 2º:

(...)

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Em matéria de técnica jurídica, nos encontramos diante de um dilema, qual seja a revogação tácita de um decreto executivo pela edição de lei posterior que com ele é incompatível.

É verdade que essa discussão não impede o reconhecimento de que o Decreto combatido é atualmente inaplicável, da forma que se encontra, pelo menos.

Uma solução seria a revogação da própria Lei 7853/1989, o que estenderia por obvio o alcance da revogação ao Decreto que a regula. Ocorre que ao analisarmos a lei em si, não encontramos nela nada incompatível com as normas posteriormente editadas.

Bom, conforme já dito, essa discussão técnica não respalda a utilização da inadequada e restrita abordagem do Decreto, ponto final.

Ainda sim, o ideal seria a revogação do Decreto anterior com um novo Decreto ou ainda uma retificação, com a inclusão de texto, mantendo no texto aquilo que não contrária a norma atual.

Há quem possa dizer que o texto do Decreto em si não guarda ilegalidade, somente incompletude, nesses casos, ainda sim a adoção exclusiva dos critérios do texto do Decreto configuraria ilegalidade. Embora, na opinião deste autor, a ilegalidade do texto discutido não se configure somente por sua incompletude e sim pela taxativa adoção de critérios médicos descritos no texto, que tem permitido interpretações equivocadas pelo judiciário e órgãos administrativos estatais e entidades privadas.

O termo “melhor correção óptica”, sugere o uso de mecanismos de correção da acuidade visual, tais como óculos e lentes de contato.

Pois bem, no caso do Ceratocone, a perda da acuidade visual está relacionada à um fator físico, qual seja a deformidade progressiva da córnea, que gera um “falso” astigmatismo e uma elevada miopia na maioria dos casos, e nem sempre há possibilidade de correção com óculos ou lentes de contato. Para ilustrar melhor essa explicação, passaremos a analisar explicações técnicas.

A Dra. Helaine V. Zampar Athaide, Médica responsável pelos residentes do Hospital de Transplantes Dr. Euyclides J. Zerbini, especialista em Ceratocone e Doutora em cirurgias refrativas, explica:

“A satisfação visual do paciente com ceratocone usando óculos depende do grau de deformidade da córnea em cada olho. Sabemos que o ceratocone é uma doença bilateral e acomete mais um olho do que outro. Sempre quando prescrevemos os óculos avaliamos o ganho visual também binocular (com ambos os olhos)”.

“Nos estágios moderados e avançados da doença, o óculos muitas vezes não dá uma acuidade visual satisfatória para o paciente realizar suas atividades do dia a dia. Nestes casos adaptamos as lentes de contato. Entretanto mesmo assim o paciente pode ter um óculos para usar quando está sem as lentes de contato. Isso pode fazer diferença nas suas atividades”.

*O sucesso da prescrição de óculos no paciente com **ceratocone** depende de todos estes fatores acima, aliados a experiência e bom senso do médico oftalmologista que deve analisar cada paciente **de maneira única, levando em consideração a necessidade e exigência visual do paciente.***

Não obstante, os brilhantes esclarecimentos dessa profissional renomada, que não deixam dúvidas sobre a utilização dos óculos em pacientes de ceratocone,

passaremos a analisar as lentes, que já adianto, não são convencionais, são específicas para a doença, conhecidas como lentes rígidas.

Hoje em dia, os materiais utilizados são polímeros de polimetilacrilato com polímeros de silicone e flúor, materiais rígidos, similares a um plástico duro ou vidro.

A Dra Amaryllis Avakian, especializada em Córnea e Cirurgia de Catarata, atualmente Chefe do Setor de Catarata do Hospital das Clínicas da USP, professora Colaboradora da Faculdade de Medicina da USP, em uma entrevista ao Dr. Dráuzeo Varela, trouxe importantes esclarecimentos sobre as lentes:

– No início, todos os tipos de lentes rígidas podem provocar desconforto e exigem um tempo de adaptação que pode variar de uma pessoa para outra. Provocam também muito lacrimejamento e, às vezes, dor, como se houvesse como se houvesse um cisco enorme dentro dos olhos.

Uma lente de contato em bom estado e bem adaptada não corta os olhos, mas diversos problemas podem ocorrer se a lente for mal adaptada ou comprada em locais de precedência duvidosa.

Há contudo, diversos casos de pacientes que simplesmente não conseguem se adaptar a essa dor e essa sensação de desconforto, e isso é absolutamente aceitável.

Bom, já vimos que os óculos infelizmente não é recomendável para qualquer paciente de Ceratocone e ainda as lentes rígidas apresentam um desconforto que muitos pacientes não toleram, essa seria as duas formas “corretivas” capazes de adequação ao texto legal. Insisto, o texto não prevendo o ceratocone, não é capaz de alcançar todas as características da doença, inclusive no que se trata da correção visual.

Temos casos ainda, em que o judiciário faz uma análise ainda mais equivocada, que ultrapassa os limites legais e adentra até na esfera da ética médica. Em alguns casos tem se entendido que o paciente de Ceratocone ao ser submetido ao transplante estaria “curado” e portanto, esse seria um critério para não considera-lo deficiente visual, um verdadeiro absurdo, conforme veremos.

Segundo fontes do Ministério da Saúde, O ceratocone é a principal causa de transplantes de córnea no Brasil, o que veremos, pode ser mudado através de políticas públicas eficientes.

Ainda segundo explicação extraída do próprio Ministério da Saúde

O transplante consiste na substituição da córnea opaca ou doente por uma córnea doada sadia, a fim de melhorar a sua visão ou corrigir defeitos oculares

que ponham em risco a anatomia ou a função do olho. Pode ser substituída a espessura total (penetrante) ou parcial (lamelar). É um procedimento cirúrgico que pode ser realizado em caráter ambulatorial, não sendo necessária a hospitalização do paciente.

Há, contudo, alguns fatores a serem considerados no Transplante:

As principais complicações de um transplante de córnea são a falência e a rejeição. Na falência primária, a córnea transplantada nunca recupera sua transparência. Neste caso, deve ser feita outra cirurgia. Na rejeição, a córnea apresenta bom funcionamento inicial e, algum tempo depois, o paciente pode apresentar diminuição da visão e vermelhidão ocular, além de fotofobia e dor. O diagnóstico e o tratamento precoces são importantes para a recuperação.

Analisadas as possíveis complicações trazidas pelo transplante e ainda outros fatores que não foram abordados aqui, já resta claro que é absolutamente aceitável que um paciente recuse o procedimento.

Aqui é o ponto fundamental dessa discussão, o paciente tem direito a optar pelo tratamento.

Em tradução livre, do International Code of Medical Ethics of the World Medical Association, de 1949:

(...)

“Art. 56 - [É vedado ao médico] Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida”;

Ora, se não cabe ao médico decidir sobre a conduta não cabe ao judiciário trazer tal imposição.

O respeito ao livre convencimento do paciente deve ser sempre respeitado, nem por isso devem ser tolhidos direitos inerentes às limitações que a ele são impostas pela enfermidade.

Não obstante, cumpre destacar que já foi aprovado pela CCJ o (PL [5559/16](#)) que trata do Estatuto do Paciente, que traz em seu texto também o direito do paciente em tomar suas próprias decisões analisando os riscos dos tratamentos.

Importante trazer a informação de que existem dois procedimentos médicos voltados à estabilizar o avanço do Ceratocone, o Anel Intraestromal e o Crosslinking. Sem querer se aprofundar na abordagem desses dois tratamentos, destaca-se que ambos não tem o intuito de promover a melhor acuidade visual ao paciente e são recomendados em casos onde a doença ainda se apresenta de forma moderada.

O Dr. Bicalho, que é Doutor em oftalmologia (doutorado concluído pela Faculdade de Medicina da UFMG), traz importante esclarecimento sobre o tratamento do Ceratocone:

*“É importante salientar que **nenhuma das opções descritas promovem a cura da doença**. Uma córnea pode continuar a ficar cada vez mais irregular mesmo após um implante de anel corneano ou de um transplante”. **Dr. Frederico Bicalho***

Isso não deixa qualquer dúvida sob a necessidade imediata de políticas públicas para buscar conscientizar a população sobre a doença e a buscar quanto antes o diagnóstico, isso mudaria em médio prazo os números de transplantes de córnea no Brasil, portanto uma questão de fundamental importância e que atualmente é ignorada pelos órgãos governamentais.

Trazidos tais esclarecimentos, fica clara que a abordagem do Decreto 3298/1999 além de incompatível com a legislação hierarquicamente superior, também é descompassada com as características da própria doença. Nesse ponto nos aprofundaremos a seguir.

2) QUANDO O CERATOCONE DEVE SER CONSIDERADO UMA DEFICIENCIA

Conforme já analisado, a Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015 que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, denominado Estatuto da Pessoa com Deficiência, veio confirmar o novo conceito e adequar a legislação brasileira ao disposto na Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência.

Vale a pena, destacar novamente o art. 2º do Estatuto que apresenta a pessoa com deficiência como sendo aquele que apresenta:

*“[...] impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, **pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas**.”.*

Da definição legal infere-se que há vários tipos de deficiências, e o intuito da lei é a igualdade de condições entre as pessoas na participação da vida em sociedade.

Compreendendo, portanto, que a deficiência não está na pessoa, mas na relação entre a pessoa (que tem impedimentos em alguma área) com o meio (barreiras), que impedem sua participação plena na sociedade, e aqui se ressalta que plena é de fato em total igualdade de condições.

Neste prisma, inegável que caberia de plano a inserção do Ceratocone como deficiência em diversos casos, pois são inúmeras barreiras e não só uma (acuidade visual) que impedem a pessoa de ter uma vida social normal e principalmente de competir em total igualdade de condições com pessoas que não apresentam os mesmos impedimentos.

A Convenção e o Estatuto representaram um grande passo na diminuição das barreiras sociais em relação às pessoas com deficiência, pois passa do modelo médico para o modelo social.

Para que não restem dúvidas sobre as barreiras sociais causadas pelo ceratocone, vamos passar a analisar os principais sintomas e tentar de uma forma prática transpor seus efeitos no dia a dia do paciente, buscando, talvez ainda timidamente, demonstrar os impactos na qualidade de vida destes, sintomas, extraídos da principais literaturas médicas sobre a doença:

A) Perda progressiva da visão: Como já amplamente abordado, a doença é progressiva e um dos efeitos práticos disso é justamente a perda gradual da visão. Veja, essa perda de visão varia de casos para caso, mas vamos analisar uma situação psicológica nesse caso, como é a dor de uma pessoa que de um dia para o outro passa a enxergar menos? Ainda que a acuidade visual (conforme veremos no futuro) para fins legais não a enquadre como deficientes, a pessoa pode passar de 100% para 60% da visão em um curto espaço de tempo e ainda sim isso não é considerado impactante para fins médicos e sociais?

B) Visão borrada e distorcida (tanto para longe quanto para perto) e obriga a aumentar com frequência o grau das lentes dos óculos até que a solução é substituí-los por lentes de contato. Nota-se mais uma vez que o simples exame de acuidade visual é insuficiente para demonstrar que o Ceratocone não apresenta barreiras sociais, uma pessoa que nada por aí enxergando borrado e distorcido, tem inúmeros problemas no seu cotidiano, e como já vimos nem sempre os “tratamentos” resolvem isso. Já adianto que os óculos, falo por experiência própria, não reduzem significativamente esse quadro. Uma tarefa simples como pegar um ônibus ou procurar um endereço, podem ser verdadeiras batalhas.

C) Fotofobia: definida como uma sensação de sensibilidade ou aversão a qualquer tipo de luz, fato que provoca aflição. Para uma pessoa normal, um dia de praia e sol deve ser uma satisfação incrível, trabalhar em escritórios com luzes potentes deve ser extremamente agradável, para quem possui

Ceratocone não. Essa fotofobia traz uma desagradável sensação e acaba gerando dores de cabeça e transtornos psicológicos, um dia que poderia ser ótimo passa a ser um verdadeiro pesadelo. **Comprometimento da visão noturna:** Se de dia a luz do sol afeta os pacientes de forma agressiva, à noite é igualmente complicado, a doença em ambiente escura afeta noção de espaço, de ângulos, de distancia.

D) Visão dupla (diplopia): A tela do computador, um letreiro luminoso ou uma tela de cinema, geram essa duplicidade de imagem. Para melhor compreensão de quem não apresenta tal sintoma, pense como se a luz da tela estivesse escapando, como uma energia.

E) Formação de múltiplas imagens de um mesmo objeto (poliopia) ou de halos ao redor das fontes de luz: Na realidade esse sintoma pode ser visto como um agravamento da situação anterior. Isso é interessante também, porque são sintomas que variam entre si, em resumo quando se tem apenas uma visão dupla, ainda é menos pior, por assim dizer, quando se apresenta múltiplas imagens, mesmo tendo uma boa cuidade visual, seria impossível afirmar que está com a visão normal, pois é um transtorno imensurável a multiplicidade de objetos, é uma situação que gera ansiedade, inclusive.

F) O recuo da pálpebra inferior provocado pelo crescimento do cone, (sinal de Munson): Esse é um fator que pode ser considerado meramente estético para quem não o possui, mas para o paciente de ceratocone é especialmente desconfortável. Imagine seu olho "reduzindo de tamanho" com o passar do tempo. "Claro que é uma metáfora, na realidade a pálpebra é que "recua um pouco", o suficiente para que fique clara a percepção de um "olho caído" ou "menor que o outro". Há comprometimento nesse caso do campo visual, dependendo do tamanho do recuo da pálpebra.

G) "Hidropsia: É a perda aguda da visão causada pelo escape do humor aquoso que flui para dentro da córnea". Essa situação é especialmente delicada, imagine um líquido dentro do olho e o pior esteticamente há uma deformidade terrível na córnea, fazendo com que a pessoa pareça ter um olho inchado.

Para não restar qualquer dúvida sobre a necessidade de abordagem dos aspectos psicossociais envolvendo o Ceratocone, o que alíás, se enquadra perfeitamente na legislação vigente, encontra-se na literatura médica, um importante estudo sobre o tema publicado pela *Scientific Electronic Library Online*. Essabiblioteca é parte integrante de um projeto desenvolvido pela FAPESP

- Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, em parceria com a BIREME - Centro Latino-Americano e do Caribe de Informação em Ciências da Saúde. Desde 2002, o projeto também é apoiado pelo CNPq - Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. O objetivo dos pesquisadores era verificar a qualidade de vida e os estilos de personalidade dos pacientes com ceratocone, dessa forma foi estudado um grupo de 68 pacientes com e um grupo de referência para controle com 52 pessoas emétopes. Foram analisados dados pessoais, dados referentes ao ceratocone, exame oftalmológico, aspectos da qualidade de vida por meio do questionário genérico e inventário Millon de estilos de personalidade (MIPS). Ambos os questionários foram de autopreenchimento.

O Resultado, extraído dessa pesquisa foi o seguinte:

“A qualidade de vida é influenciada pelo ceratocone, que piora tanto o componente físico quanto o mental, revelado pelo questionário genérico SF-36. Os pacientes com ceratocone têm estilo de personalidade mais pessimista, intuitivo, retraído e inseguro que os do grupo controle.

Todos os fatores estudados referentes ao ceratocone influenciam na qualidade de vida e personalidade das pessoas.

O bom uso das lentes de contato interfere no resultado do MIPS, tornando as pessoas mais otimistas, ativas, extrovertidas, comunicativas e sistemáticas que aquelas que não usam lentes de contato.

Todo oftalmologista deve estar familiarizado ao modo como a psicologia individual e o meio sociocultural afetam a condição médica, para desta forma, o diagnóstico do ceratocone e informações sobre a evolução, não criar trauma nem mal entendido no paciente”

ão resta aqui qualquer dúvida, a afetação psicossocial é comprovada cientificamente, inclusive esse estudo em conjunto com os estudos sobre a adaptação da lente, mostra que o paciente que não consegue se adaptar às lentes está sim sujeito a ter uma qualidade de vida extremamente comprometida e todos esse critérios devem fazer parte integralmente da avaliação do paciente, sobretudo na busca de enquadrá-lo como deficiente visual.

Posto isto, compreendendo um pouco mais sobre as inúmeras barreiras sociais enfrentadas pelos pacientes de ceratocone, tanto para tarefas laborais quando de lazer, de como a vida é afetada de todas as formas, é mais do que crível que a doença receba o reconhecimento de deficiência, por estar amplamente demonstrado que não apenas por critérios médicos, fisiológicos, biológicos, científicos, mas, sobretudo levando em conta a atual abordagem sobre o tema, é

necessário que esses pacientes recebam do Estado tratamento digno e condições especiais não para terem benefícios em relação aos demais cidadãos, ao contrário, para finalmente poderem, ao menos, já que a doença não tem cura, se encontrarem em uma situação de igualdade, dentro dos princípios basilares da nossa constituição.

Mas resta uma pergunta, então todo paciente portador de ceratocone seria um deficiente visual? A resposta é não.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência é muito claro nesse sentido, quando declara que a avaliação é biopsicossocial e leva em consideração os critérios:

(...)

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação.

Em suma, ainda que a pessoa possua a doença ceratocone, para que ela seja considerada deficiente, propriamente dito, ela deverá reunir as condições previstas em lei para tal enquadramento.

Isso significa, que aqueles que possuem a doença, mas, contudo se adaptaram aos tratamentos ou às lentes corretivas de modo satisfatório, não serão considerados deficientes, enquanto gozarem de uma boa qualidade de vida, que não lhes apresentem as barreiras descritas na lei e àquelas apresentadas nesse artigo, extraídas da literatura médica sobre o ceratocone.

Anahi Guedes de Mello, do Núcleo de Identidades de Gênero e Subjetividades, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade Federal de Santa Catarina, sugere rejeitarmos qualquer categorização que parta de conceitos universais, porque eles impõem padrões e valorações arbitrárias. **Ao invés disso, propõe que se reconheça a singularidade de cada ser humano.** Contudo, em Antropologia aprendemos que as relações sociais são construídas a partir de categorias binárias ou de oposição, ainda que dediquemos todo nosso tempo e empenho a desconstruí-las.

A vida de cada pessoa está e sempre estará em relação a alguma coisa e as categorizações sociais da deficiência também não fogem à regra.

Sobre a avaliação, aqui sim cabem algumas críticas. O estatuto traz no parágrafo 2º, também do artigo 2º, a seguinte determinação:

(...)

§ 2º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência.

Esperava-se dessa forma que um Decreto normativo, buscasse trazer de forma clara como se daria essa avaliação.

Contudo, veio o Decreto 9404/2018 buscando regulamentar a lei 13.146/2015, porém sem trazer esses critérios de avaliação.

Isso mantém a discussão na esfera Judicial, o que não traz a adequada pacificação social.

Pelo que se extrai da lei, e pela falta dos critérios adequados de avaliação, o ideal atualmente seria o paciente procurar além do médico, um Terapeuta Ocupacional e um Psicólogo, e com a união das análises buscar comprovar ou não seu enquadramento dentro da perspectiva de deficiente, comprovando que teve uma avaliação interdisciplinar não restrita à critérios médicos.

Por fim, o [Decreto 8.954/2017](#) criou o Comitê do Cadastro Nacional de Inclusão da Pessoa com Deficiência e da Avaliação Unificada da Deficiência, dessa forma estaria garantido ao deficiente a avaliação unificada co critérios previamente estabelecidos, ainda feita a avaliação e considerada a deficiência, o cidadão poderia inclusive registrar em seus documentos pessoais, evitando assim a eterna busca por laudos e exames médicos toda vez que necessita se apresentar como pessoa com deficiência.

Ocorre que o Cadastro ainda não está ativo e por hora não foram divulgadas as regras para avaliação unificada. Aguardemos, certamente é um avanço.

3) UMA CRÍTICA Á INSTRUÇÃO NORMATIVA 02/2009 DO DEPARTAMENTO DA POLÍCIA FEDERAL

Essa norma é motivo de revolta para muitos pacientes de Ceratocone que pretendem ingressar em carreiras militares e policiais.

A Instrução Normativa em questão é a de nº 002 de 2009, elaborada pelo Departamento de Polícia Federal vinculado ao Ministério da Justiça, essa normativa lista o ceratocone como causa de **incapacidade** para admissão e posse de policiais federais, nos seguintes termos:

Instrução normativa Nº 02/2009-DGP/DPF, de 23 de julho de 2009.

Art. 1º Estabelecer os critérios para o exame médico nos concursos públicos para provimento de cargos policiais do Departamento de Polícia Federal –DPF e para a posse no cargo. (...)

*Art. 7º São condições clínicas, sinais ou sintomas que **incapacitam** o candidato no concurso público, bem como para a posse no cargo:*

(...) III - olhos e visão:

*(...) L) **ceratocone**.*

Fato é, que conforme já vimos, a incapacitação não pode ser considerada de forma geral e irrestrita para qualquer atividade, ainda que a doença tenha suas próprias características, ser degenerativa e progressiva. Como já vimos, devido aos diversos sintomas que incorporam essa doença, a totalidade de atividades merece algum tipo de verificação especial, não é crível que um paciente de ceratocone possa sem qualquer dúvida se apresentar como exímio atirador, por exemplo.

Por outro lado, por uma questão de justiça, é necessário adotarmos os mesmos critérios legais já trazidos à exaustão, a avaliação individualizada.

Eventualmente, apresentando o paciente de ceratocone condições de vida absolutamente normais, seja por conta da correção óptica ou ainda por conta de procedimentos médicos realizados com sucesso, não há motivo de vedar a participação do mesmo do certame de forma generalizada.

Tal norma, mais uma vez leva ao judiciário a discussão. Frisa-se que por estar vinculado ao ministério da justiça, a Instrução aqui criticada é utilizada também por outros órgãos de segurança, impedindo taxativamente o portador de ceratocone de participar de diversos certames na área.

Buscando se adequar à legislação e ainda em sintonia com a justiça social a sugestão seria a análise individualizada durante a consulta médica que antecede a posse do cargo. Isso seria muito mais compatível, conforme tudo que vimos às características da doença.

4) IDEIA LEGISLATIVA

Nesse sentido, o autor deste artigo, publicou no *e-senado* (<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaoideia?id=121172>) a idéia legislativa abaixo descrita:

“Reconhecimento do Ceratocone, como deficiência visual, inclusão texto do Decreto 3298/1999.”

Segundo diretrizes da própria casa legislativa, qualquer cidadão pode apresentar idéias legislativas que serão submetidas ao apoio popular, atingindo 20.000 apoios essas idéias se transformam em sugestão legislativa sendo colocada em pauta aos parlamentares.

A idéia em questão, até a data da elaboração desse artigo já contava com mais de 15.000 apoios, sendo que o prazo final para busca de apoios se encerra em 10/07/2019.

Novamente uma questão técnica surge a tona, se o que se busca é uma inclusão no texto do Decreto, porque buscar pela via parlamentar já que é um ato do Executivo?

A resposta para essa pergunta, que á absolutamente compreensível, é muito simples. O autor nunca teve a pretensão de que a idéia fosse recepcionada sem discussão ou ajustes por parte dos parlamentares, inclusive em relação ao questionamento aqui trazido.

Contudo, sendo uma forma de tornar uma causa acessível à população, o que se espera é primeiramente atingir o público esperado e posteriormente trazer à pauta a discussão sobre o Ceratocone, hoje, inexistente.

Nesse sentido, seria louvável até mesmo uma audiência pública, onde os parlamentares poderiam compreender as reais necessidades de abordagem. Nesse caso tanto poderia dar inicio ao processo de criação de Lei quanto poderia a casa levar ao conhecimento do presidente da república, com as devidas interações, a necessidade de ajusto no Decreto ultrapassado.

Fato é que, aberta estaria discussão e a busca de uma solução mais adequada para a matéria.

Com sugestão, em matéria legislativa, poderia ser analisado a doença conforme as medidas ceratométricas (curvatura da córnea), essas medidas são as que definem o grau, ou melhor o estágio do Ceratocone, que é dividido da seguinte forma:

- Incipiente (Grau I): até 47,00 D
- Moderado (Grau II): acima de 47,00 D até 52,00 D
- Avançado (Grau III): acima de 52,00 D até 60,00 D
- Severo (Grau IV): acima 60,00 D

Sabe-se que acima de 52 de curvatura, já não é possível a contenção do avanço da doença, restringindo o paciente á tentativa das opções corretivas e não encontrando sucesso, a busca pelo transplante.

O ideal seria estender de plano, a esses pacientes a condição de portador de necessidade especial, para que minimizem as buscas pelo transplante, reduzindo, inclusive, gastos públicos nessa área.

Evidente que o paciente que optar pelo transplante, terá mantido seu atendimento sem qualquer restrição.

5) CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao restringir a análise de deficiência visual aos critérios médicos, não só se fere a legislação, como se promove a dificuldade de acesso à uma grande parcela dos pacientes de Ceratocone. A doença, não compreendida na legislação de maneira taxativa, possui aspectos variáveis, que em muitos casos apresentam aos seus portadores uma vasta lista de dificuldades, traduzidas em barreiras sociais. Os tratamentos via de regra, ainda são paliativos ou incipientes. Ou em ultimo caso, muito invasivos. As correções ópticas não são acessíveis a todos e a doença é a maior responsável por transplantes de córnea no Brasil.

Ao trazer ao portador do ceratocone a opção de melhoria da qualidade de vida, através do reconhecimento de sua deficiência, esse poderia se colocar de maneira mais justa diante dos desafios da sociedade. Aliás, todo movimento em prol do reconhecimento dos direitos do portador de ceratocone, busca exatamente isso, a equidade, de forma a trazer a todos os indivíduos igualdade de oportunidades e desafios.

O ceratocone, analisado somente pela via de uma legislação retrógrada, ultrapassada e inaplicável, traz prejuízo de toda sorte para uma camada da população, o que não é aceitável.

Pelo ponto de vista de políticas públicas, campanhas adequadas reduziram o número de transplantes e garantiria melhor qualidade de vida a pacientes em estágio inicial da doença.

Para os estágios mais avançados, a opção pelo reconhecimento da deficiência, reduziria a opção pelo transplante, trazendo economia ao Estado e possibilitando ao paciente uma melhor qualidade de vida, dentro de critérios mais dignos e maiores perspectivas de avanços sociais, na medida em que viriam a estancar um sofrimento hoje perpetuado, quando o paciente tem uma vida absolutamente abalada por uma doença que lhe impede de várias atividades, mas ainda sim vem sendo considerado indivíduo com perfeitas condições pelo Estado.

6) BIBLIOGRAFIA

BICALHO, Frederico. Anel Corneano. 2 ed. Cultura Médica, 2015.

VARELA, Dráuzeo, entrevista sobre lentes rígidas. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/entrevistas-2/lentes-de-contato-entrevista/>. Acesso em: 15/04/2019;

Aspectos psicossociais do paciente com ceratocone, acessível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-27492007000200023 Acesso em: 15/04/2019

Problematizando o conceito de deficiência a partir das noções de autonomia e normalidade, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n10/1413-8123-csc-21-10-3061.pdf>. Acesso em: 15/04/2019

IDEIA LEGISLATIVA, PORTAL E-SENADO, Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaoideia?id=121172>

Acesso em: 15/04/2019;

MINISTÉRIO DA SAÚDE, dados sobre transplante de córnea. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/saude-de-a-z/doacao-de-orgaos/cornea>

Acesso em 15/04/2019

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm2018/2017/decreto/D8954.htm. Acesso em: 15/04/2019.

LEI Nº 7.853, DE 24 DE OUTUBRO DE 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm. Acesso em: 15/04/2019.

LEI Nº 13.146, DE 6 DE JULHO DE 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 15/04/2019.

DECRETO Nº 3.298, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm. Acesso em: 15/04/2019.

DECRETO Nº 8.954, DE 10 DE JANEIRO DE 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/decreto/D8954.htm. Acesso em: 15/04/2019.

DECRETO Nº 6.949, DE 25 DE AGOSTO DE 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 15/04/2019

APLICAÇÃO MATERIAL DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

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 autonomia patrimonial é fundamental para o desenvolvimento da atividade econômica, uma vez que ela limita as perdas nos investimentos, além de incentivar o empreendedorismo. Em decorrência da separação da pessoa física e da pessoa jurídica, os bens do sócio não poderão ser atingidos para satisfazer eventuais dívidas da sociedade. Nada obstante, a utilização da personalidade jurídica da empresa é, por vezes, feito ao arrepio da função social para o qual foi criada. Nesse momento, em que verificada fraude e confusão patrimonial, torna-se necessário seu afastamento, com a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Sob esse prisma, será dada ênfase a este instituto, apresentando-se os requisitos materiais exigidos no ordenamento jurídico pátrio para sua aplicação.

Palavras chave: personalidade jurídica; autonomia patrimonial; *disregard doctrine*; confusão patrimonial; teoria maior; teoria menor.

SUMÁRIO: APLICAÇÃO MATERIAL DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 1. INTRODUÇÃO. 2. PERSONALIDADE JURÍDICA. 3. ORIGEM HISTÓRICA. 4. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO DO DIREITO MATERIAL. 5. NOVAS HIPÓTESES DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O constante crescimento econômico das atividades empresariais trouxe a necessidade de criação de um mecanismo para limitação dos riscos dela

advindos, a fim de resguardar o patrimônio dos sócios contra possíveis perdas da sociedade, de modo a trazer segurança ao empresariado no investimento das atividades produtivas e no resguardo de seu patrimônio particular.

Tornou-se, fundamental, nesse ponto, diferenciar a pessoa física (natural) da pessoa jurídica (empresária), fazendo com que a pessoa jurídica passasse a ter personalidade jurídica própria, a fim de que o patrimônio das duas fossem independentes e autônomos.

Nada obstante tal fato ter permitido o avanço do desenvolvimento econômico por dispor que os bens particulares dos sócios não possam ser executados por dívidas da sociedade, esse cenário também permitiu um desvirtuamento por parte dos empresários, que, por vezes, utilizam a pessoa jurídica para transferência de bens de patrimônio da empresa para terceiros em prejuízo de credores.

A autonomia patrimonial, assim, não pode ser considerada absoluta, já que diante da ocorrência de atos ilícitos, a desconsideração da personalidade jurídica poderá ser episodicamente declarada.

Nessa senda, a desconsideração da personalidade jurídica aparenta ser um meio excepcional e necessário para que o verdadeiro responsável pelas ilicitudes possa ter seu patrimônio atingido.

Prevista na legislação trabalhista, tributária, consumerista, civilista, ambiental, dentre outras, a desconsideração da personalidade jurídica passou a ser tratada nos diplomas materiais por meio de duas teorias: a maior e a menor.

Nesse panorama, servindo-se de método de abordagem dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica, documental e objetiva, depreende-se que o objetivo do presente trabalho é realizar uma análise teórica acerca da aplicação material da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo um aparato sobre suas espécies e diferenças.

2. PERSONALIDADE JURÍDICA

A contemplar a personalidade jurídica, Diniz (2012, p. 130) considera esta como “uma aptidão, um reconhecimento da possibilidade da pessoa natural

(humana) ou jurídica (agrupamentos humanos) serem sujeitos de relações jurídicas. Assim, toda pessoa é dotada de personalidade”.

Ao atribuir-se a personalidade à pessoa jurídica, surge para esta o dever de cumprir sua função social conforme a finalidade para a qual ela foi criada. Isso porque, “ao desempenhar seu papel no mundo jurídico, traz a ideia de que suas atividades, sejam elas positivas ou negativas, refletem diretamente sobre a pessoa humana que depende de sua lucrativização (SOARES, NETTO E SILVA, 2016, p. 30)

Transcreve-se as lições de Nelson Rosendal e Cristiano Farias:

Em visão simbólica e análoga, é possível promover um paralelo entre a função social da empresa e a função social da propriedade. Assim como o proprietário tem de funcionalizar o exercício de seu direito de propriedade, para que possa dispor da proteção legal, o empresário assume o compromisso de emprestar função social ao seu empreendimento (seja ele de que natureza for), sob pena de não contar com a proteção disponibilizada pelo ordenamento (FARIAS E ROSENVALD, 2015, p. 333).

Nesse sedimento, como já ressaltado, é imprescindível que a pessoa jurídica haja conforme a finalidade para a qual foi criada.

Nada obstante, caso referida empresa passe a ser utilizada para fins diversos do seu objeto social, de modo a valer-se de autonomia da sociedade para burlar a lei e desviar sua finalidade, torna-se necessária sua intervenção judicial para que não sejam prejudicados terceiros (VIEGAS e SLATTERY, 2017, p. 200).

O mecanismo mais utilizado para mitigar a autonomia patrimonial da empresa é o polêmico instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Na verdade, constitui a desconsideração da personalidade jurídica uma forma do Poder Judiciário afastar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que ela for utilizada como meio para um objetivo fraudulento da empresa, mitigando, assim, a separação patrimonial entre os sócios e a sociedade.

Pressuposto inafastável da despersonalização episódica da pessoa jurídica, no entanto, é a ocorrência da fraude por

meio da separação patrimonial. Não é suficiente a simples insolvência do ente coletivo, hipótese em que, não tendo havido fraude na utilização da separação patrimonial, as regras de limitação da responsabilidade dos sócios terão ampla vigilância. A desconsideração é instrumento de coibição do mau uso da pessoa jurídica; pressupõe, portanto, o mau uso. [...] Se a autonomia patrimonial não foi utilizada indevidamente, não há fundamento para a sua desconsideração (COELHO, 2013, p. 157)

Também denominada de *disregard doctrine*, busca-se “levantar o véu que encobre a corporação (*to lift the corporate veil*) para atingir os bens dos sócios” (MARTINS, 2016, p. 10).

Registra-se que, segundo consolidado na doutrina, a responsabilidade patrimonial poderá ser primária, nos casos em que os atos executivos incidirão sobre bens do próprio devedor obrigado (art. 789, NCPC), ou secundária, nas situações em que terceiros tem seu patrimônio atingido. Nos dizeres de Silva (2016, p. 1159) a responsabilidade secundária “reforça a ideia de separação entre obrigação e responsabilidade”, sendo sob esse aspecto que a teoria da personalidade jurídica pode ser aplicada.

Assim, no que toca à desconsideração da personalidade jurídica, VIEGAS E PALHARES (2017, p.12) estabelecem que “afastando a aludida autonomia, é plenamente possível responsabilizar direta e pessoalmente o sócio por uma obrigação que originariamente era da sociedade empresária”.

A pessoa jurídica possui existência própria distinguindo-se das pessoas naturais de seus membros, contudo, são estes que lhe dão vida e agem em nome da sociedade. Por sua vez a sociedade é criada visando atingir certos fins, no entanto, nota-se que muitas vezes sua finalidade é desviada, sendo esta utilizada de maneira fraudulenta, abusiva ou lesiva a terceiros. Em busca de impedir as práticas frequentes e desonestas praticadas pelos membros da sociedade, provocou-se manifestações doutrinárias e jurisprudenciais no intuito de coibir tais práticas maliciosas, dando surgimento a Teoria da

Desconsideração da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine) (DINIZ, 2012, v. 1, p. 341).

Com efeito, há que se ter em mente que na hipótese da pessoa jurídica possuir diversos sócios ou administradores, somente aqueles que tiverem influído para o abuso da personalidade jurídica terão seu patrimônio atingido pela desconsideração. Nesse sentido é o texto do Enunciado 7 da I Jornada de Direito Civil, o qual prevê que "só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido".

Na mesma senda, colhe-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça manifestado no Resp 1.315.110-SE:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SOCIEDADE LIMITADA. SÓCIA MAJORITÁRIA QUE, DE ACORDO COM O CONTRATO SOCIAL, NÃO EXERCE PODERES DE GERÊNCIA OU ADMINISTRAÇÃO. RESPONSABILIDADE.

1. Possibilidade de a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada atingir os bens de sócios que não exercem função de gerência ou administração.

2. Em virtude da adoção da Teoria Maior da Desconsideração, é necessário comprovar, para fins de desconsideração da personalidade jurídica, a prática de ato abusivo ou fraudulento por gerente ou administrador.

3. Não é possível, contudo, afastar a responsabilidade de sócia majoritária, mormente se for considerado que se trata de sociedade familiar, com apenas duas sócias.

4. Negado provimento ao recurso especial. (REsp 1315110/SE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 07/06/2013)

Cumprе ressalvar, todavia, que a utilização desse mecanismo não busca abolir a personalidade das sociedades e a sua autonomia em relação aos sócios. Visa-se, na verdade, preservar a sociedade mediante uma ineficácia temporária de sua autonomia diante de uma situação episódica. Ora, "o que ocorre é um evento específico e excepcional, na qual sua personalidade é superada para atingir os responsáveis, sejam eles sócios ou administradores da sociedade" (VIEGAS E SLATTERY, 2017, p. 201), de modo a corrigir o abuso praticado pela pessoas que se escondem por trás da sociedade.

Portanto, pela teoria da *disregard doctrine*, não se anula a personalidade jurídica, "mas apenas a declaração de sua eficácia para determinado efeito, no caso concreto, em virtude de o uso legítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude)" (REQUIÃO, 2002, p. 754)

Expõe Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus e Maria Izabel de Melo (2015) que a conclusão a respeito do instituto da desconsideração da personalidade deve ser aquele que considera seus efeitos parcial, especializado e temporário:

Conclui-se, portanto, como se vê, que o efeito da desconsideração é: a) parcial, pois além de não fulminar a personalidade jurídica – que permanece com os demais efeitos – alcança somente o patrimônio do sócio ou administrador faltoso; b) especializado, já que se refere apenas a certas e determinadas obrigações da pessoa jurídica, ou seja, aquelas que tenham sido objeto do pleito de desconsideração; c) temporário, porque se encerra quando afastado o prejuízo para o terceiro que invocou sua aplicação (ASSIS NETO; JESUS E MELO, 2015, p. 225)

Nessa senda, cumprе apenas frisar que não se pode confundir desconsideração com despersonalização, pois nesta ocorre a "extinção da pessoa jurídica como uma modalidade de sanção em caso de se utilizar dela para cometimento de finalidades ilícitas" (ROCHA E CANTARINO, 2017, p. 57), ao contrário daquela em que a suspensão da eficácia do ato constitutivo da empresa é episódica (COELHO, 2013, p. 157).

Assim, o julgador ignorará, para o caso concreto, a personificação societária, ou seja, aprecia-se a situação jurídica tal como se a pessoa jurídica não existisse, o que significa que se trata a sociedade e o sócio como se fossem a mesma e única pessoa. Em decorrência disso, atribui-se ao sócio, ou à sociedade, condutas (ou efeitos jurídicos da conduta) que, não fosse a desconsideração, seriam atribuídos, respectivamente, à sociedade e ao sócio. (FREITAS, 2007, 66).

este caminhar, portanto, não há dúvida de que a desconsideração da personalidade jurídica só deve ser utilizada como medida excepcional, com a cautela atinente aos requisitos legais impostos para sua decretação, e não de maneira genérica e obtusa.

Ressalva, todavia, é feita por Fran Martins (2014, p. 195) ao estabelecer que a confusão patrimonial e o uso abusivo da personalidade podem advir também das situações de crise enfrentada pela empresa, como na convolação da recuperação judicial em falência, em que ao magistrado é permitido decretar a desconsideração da personalidade jurídica, ainda que nenhum credor a tenha requerido, para alcançar os bens particulares dos sócios.

Cumpra-se, por fim, que não se pode esquecer que somente estão submetidas à desconsideração da personalidade jurídica as sociedades personificadas, sejam elas: a) as sociedades empresárias; b) as sociedades simples; c) as sociedades anônimas; d) as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não econômicos; e, e) as empresas públicas e sociedade de economia mista que explorem atividade econômica (ARAÚJO, 2016, p. 99)

A *disregard doctrine* tem um papel importantíssimo, mas deve ser aplicada com cautela para conter os casos efetivos de desvio de propósito da pessoa jurídica. Trata-se de uma forma de correção. Os pressupostos para a sua aplicação são: a) existência da pessoa jurídica distinta dos seus sócios. Logo, deverá ter situação de registro e existência, pois quando for uma sociedade de fato, a responsabilidade será automaticamente voltada para os

seus membros; b) a sociedade deve ter responsabilidade limitada, pois, se fosse ilimitada, a desconsideração seria desnecessária [...]. (MEDINA, 2014. p. 101/102)

Logo, estão excluídas da aplicação do instituto as sociedades em comum e as sociedades em conta de participação, uma vez que ausente personalidade jurídica própria necessária para separação do patrimônio entre a empresa e seus sócios.

3 ORIGEM HISTÓRICA

Nada obstante haja uma certa celeuma a respeito do primeiro registro de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, pois alguns estudiosos afirmam que ela teria sido utilizada nos Estados Unidos, pelo juiz Marshall, no caso *Bank of Unites States v. Deveaux*, em 1809, predomina na doutrina que o que seu nascedouro ocorreu no julgamento do caso *Solmon v. Solomon & CO.*, na Inglaterra, em 1887.

O caso de Aaron Salomon, relatado por SILVA E FERREIRA (2017, p. 135), demonstra um ato fraudulento praticado pelo empresário sobre a personalidade jurídica de sua sociedade, uma vez que, após reunir seis membros de sua família, destinou para cada um uma ação e resguardou para si outras vinte mil, emitindo, no momento de crise, títulos privilegiados, por ele adquiridos, de modo a obter vantagem em relação aos demais credores quirografários.

A respeito do tema, Paola Fernandes, com propriedade, discorre que:

“a teoria da desconsideração da personalidade jurídica ganhou o cenário mundial com o caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, julgado em 1897 pela House of Lords, na Inglaterra, com relatoria do Lord Macnaughten. O caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.* versava a respeito da situação de um comerciante britânico que fundou uma nova pessoa jurídica, tendo seu quadro societário composto por ele mesmo, sua esposa e seus filhos, reservando para si 20.000 ações, enquanto que os demais sócios detinham apenas uma ação cada um. Vale ressaltar que Aaron

Salomon integralizou suas 20.000 cotas por meio do seu estabelecimento comercial, no qual já exercia a mercância sob a forma de firma individual, sendo certo que neste caso, embora tenha sido evidenciada a fraude perpetrada por Aaron Salomon, os credores de sua firma individual viram a garantia patrimonial prejudicada, em face do esvaziamento de seu patrimônio e em prol da nova pessoa jurídica fundada com sua esposa e filhos.

Dentro desta perspectiva, muito embora tenha sido evidenciada a fraude cometida por Aaron Salomon, a House of Lords reconheceu a diferenciação patrimonial entre a companhia e os sócios, não identificando nenhum vício na constituição da nova empresa, razão pela qual não prosperou, nesta oportunidade, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica é fruto da utilização irregular da pessoa jurídica, evidenciada pela gestão fraudulenta ou pela confusão patrimonial, permitindo-se ao magistrado, a pedido da parte lesada ou do Ministério Público, desconsiderar, provisoriamente, a personalidade jurídica da sociedade, afastando a sua autonomia patrimonial, para alcançar os bens particulares dos seus sócios..” (FERNANDES, 2016, Desconsideração da personalidade jurídica. Disponível em: [http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/78/artigo274900-1.asp]. Acesso em:21.09.2017.)

Pelo exposto, pode-se constatar que, apesar de verificada pelo juízo de piso a fraude praticada por Aaron Salomon, a *House of Lords* reformou sua decisão sob o prisma de que a constituição regular da sociedade impediria a desconsideração de sua personalidade.

Embora a grande repercussão dada ao caso, foi apenas anos mais tarde que, na Alemanha, com Rolf Serick, a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica foi aprimorada e passou a ser difundida em todo o mundo.

Serick desenvolveu quatro princípios para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica: a) o abuso do direito, de modo a utilizar a personalidade jurídica da empresa para fim diverso ao que foi criada; b) a inviabilidade de desconsideração da autonomia subjetiva da empresa para apenas atingir o objetivo de uma norma ou de um negócio jurídico; c) a compatibilidade entre as normas aplicáveis às pessoas naturais e às pessoas jurídicas; e, d) a desconsideração para atingir quem foi verdadeiramente parte no negócio jurídico a fim de priorizar a substância do ato e não sua forma (RODRIGUES E RODRIGUES, 2017, p. 15).

De acordo com Rodrigues e Rodrigues (2017, p. 15), referidos princípios revelam uma “perspectiva utilitarista de Serick, ou seja, seu entendimento no sentido da pessoa jurídica como ente dotado de uma essência pré-jurídica que se contrapõe e até se sobrepõe ao valor específico de cada norma”.

No Brasil, por volta de 1960, o jurista Rubens Requião foi responsável por desenvolver e difundir a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para coibir o uso abusivo ou fraudulento da pessoa jurídica. Segundo o doutrinador:

As pessoas jurídicas, sobretudo no Direito brasileiro, constituem o reconhecimento de sua existência pela lei. O Direito encara as pessoas jurídicas como agrupamentos de indivíduos com a finalidade de realizar seus interesses ou preencher exigências sociais de forma destacada de seus membros, dotados de existência própria ou autônoma, inconfundível com a vida das pessoas naturais que os criaram. Uma das consequências da concessão, ou do reconhecimento por lei da personalidade dos sócios estranha à responsabilidade social. Mesmo quando se trata de sócio com a responsabilidade limitada e solidária, esta é sempre subsidiária. A pessoa natural do sócio é radicalmente estranha à pessoa jurídica da sociedade. Os bens dos sócios

não se confundem com os da sociedade. (REQUIÃO, 2002, p.754).

Para o doutrinador, a teoria deve ser aplicada independente de previsão legal, pois entender pelo contrário, seria dar margem às hipóteses fraudulentas no direito comercial (REQUIÃO, 2002, p. 755)

É nítida a concepção subjetivista esposada por Requião para constatação da fraude, a qual “deve ser vista pelo seu aspecto anímico, abrindo exceção apenas às hipóteses de abuso do direito, que se configuraria independentemente do propósito de prejudicar outrem” (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 63).

Essa ideia de que o abuso da personalidade jurídica que admite sua desconsideração só restará caracterizada nos casos de prova efetiva da fraude ou de uma atuação dolosa por parte dos sócios em detrimento dos credores é o que tradicionalmente se adotou como concepção subjetivista da teoria da penetração da personalidade jurídica ou teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica (RAMOS, 2014, p. 386)

Assim, buscou-se assegurar a “possibilidade de afastamento dos efeitos da personalização da sociedade – autonomia e separação patrimonial – nos casos em que a personalidade jurídica fosse utilizada de forma abusiva, em prejuízo aos interesses dos credores” (RAMOS 2014, p. 386), de forma a permitir a execução do patrimônio pessoal do sócio pelas dívidas contraídas pela empresa.

Entretanto, atualmente, RAMOS (2014, p. 386) alega que se tem tentado estabelecer critérios mais seguros para aplicação da teoria da *disregard doctrine*, de modo a tornar prescindível a comprovação da fraude pela pessoa jurídica. Nesse ponto, passou-se a adotar uma concepção objetivista da teoria, também chamada de teoria menor, em que por meio de requisitos estritamente objetivos, tais como o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, poder-se-ia utilizar a desconsideração da personalidade jurídica sem adentrar no aspecto subjetivo subjacente à intenção do agente.

O surgimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil passou a ter cada vez mais repercussão em razão da proliferação da

sociedade de risco, tornando-se uma ferramenta essencial para flexibilização da autonomia patrimonial.

4. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO DO DIREITO MATERIAL

Duas teorias lastreiam a teoria da superação da personalidade jurídica no ordenamento jurídico pátrio: a teoria maior e a teoria menor.

Ao abordar o assunto, Fábio Ulhoa Coelho (2005, v.2, p.35) ensina que, dentre as duas correntes, a maior é aquela “pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela, e a menor, em que o simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia processual”.

Com efeito, é cediço na doutrina e na jurisprudência que a teoria maior se subdivide em objetiva e subjetiva. Na primeira, aplica-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica aos casos de confusão patrimonial, bastando a verificação do registro de bens dos sócios em nome da sociedade, enquanto que para a segunda é imprescindível o elemento anímico presente no desvio de finalidade e na fraude (GONÇALVES, 2014, p. 232).

No âmbito do direito material, o ordenamento jurídico pátrio passou a prever em diversos diplomas a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica.

Embora o Código Civil de 1916 não tenha tratado a respeito da matéria, no âmbito trabalhista, acredita-se que a Consolidação das Leis do Trabalho foi o primeiro diploma a dar ensejo a concretização a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, possibilitando, no caso, a descoberta da identidade de eventuais empregadores:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Dada a vulnerabilidade do trabalhador, na Justiça do Trabalho passou-se a flexibilizar a autonomia patrimonial da sociedade, permitindo que se atingisse o patrimônio dos sócios e gestores para pagamento dos direitos do trabalhador (NADAIS, 2017, p. 70). Nesse caso, em consonância com a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, bastaria a demonstração do descumprimento da obrigação, sendo prescindível a comprovação de requisitos específicos exigidos pela teoria maior.

Posteriormente, o Código Tributário Nacional, adotando a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, exigia que, para a responsabilização solidária dos sócios, os responsáveis tributários pela empresa atuassem com excesso de poderes ou infração à lei (ARAÚJO, 2016, p. 86).

Extrai-se da redação do art. 135 do Código Tributário Nacional

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

- I - as pessoas referidas no artigo anterior;
- II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Como se nota, nos casos em que os responsáveis tributários agirem dolosamente, em contrariedade à lei, ao contrato ou aos estatutos, o CTN possibilita a comunicabilidade entre o patrimônio da empresa e do sócio, “instituinto verdadeira responsabilidade subjetiva (já que vai se aferir a atuação ilegal ou com excesso de poderes do responsável tributário) para a incidência da obrigação tributária quando em regra a reponsabilidade é subjetiva” (ARAÚJO, 2016, p. 87)

Como no Brasil não havia nenhuma lei que expressamente autorizasse a aplicação de tal teoria entre nós, valiam-se os tribunais, para aplicá-la, analogicamente, da regra do art. 135 do Código Tributário Nacional, que responsabiliza pessoalmente os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado por créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com “excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos” gonalves, 2014, 231

Foi com o advento do Código de Defesa do Consumidor que o diploma da desconsideração da personalidade jurídica passou a ser expressamente previsto na legislação pátria.

Veja-se o que dispõe o Código Consumerista:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. [...]

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma,

obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Engloba o mencionado dispositivo que, nada obstante a dificuldade de se determinar o significado de má administração, pode-se considerá-la como “aquela que leva a sociedade à ruína, pela inobservância de determinados cuidados” (RODRIGUES FILHO, 2016, p. 139), devendo sua contribuição ser feita pela parte a que incumbir o ônus da prova.

Com efeito, observa-se que referido artigo estabelece no *caput* aplicação da teoria maior da personalidade jurídica, uma vez que faz a exigência da existência de abuso do direito, ao passo que em seu parágrafo quinto o dispositivo vale-se da teoria menor ao prever que a desconsideração é possível quando tornar-se empecilho ao ressarcimento do consumidor.

Para Rizzato Nunes (2013, p. 789), o objetivo do art. 28, §º5, do CDC, foi deixar evidente o caráter exemplificativo das hipóteses que permitem a desconsideração da personalidade jurídica, eis que o intuito principal é o ressarcimento do consumidor.

Ao consagrar a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, o legislador exemplificou situações em que o a autonomia patrimonial da empresa constitui obstáculo ao ressarcimento do consumidor prejudicado com a relação de consumo, tornando desnecessária a demonstração da fraude ou abuso do direito (ARAÚJO, 2016, p. 89)

Nesse mesmo diapasão, assenta Rodrigues e Rodrigues (2016, p. 17) que, conquanto o legislador civilista tenha se filiado à teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, tornando-a regra geral no direito brasileiro, Direito do Consumidor é tutelado de maneira específica. Esclarecem os autores que se aplica a essa seara a teoria menor, possibilitando o afastamento da autonomia patrimonial diante da simples constatação de insolvência da sociedade para o cumprimento de suas obrigações, não se importando com eventual desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Justifica-se o largo espectro de incidência da teoria da superação no campo das relações de consumo em face da necessidade de conferir dilatado amparo aos consumi-

dores, almejando o reequilíbrio das relações sociais, em razão de sua hipossuficiência e vulnerabilidade. Assim, permite-se o levantamento do manto societário da pessoa jurídica não apenas pela prática de atos abusivos, mas, igualmente, sem que qualquer irregularidade societária tenha sido cometida, em hipóteses de má administração ou de insolvência patrimonial (FARIAS E ROSENVALD, 2015, p. 396).

Todavia, registram Pinho e Fonseca (2016, p. 1155) que, diante da excepcionalidade da teoria menor, já que sua “aplicação indiscriminada esvaziaria as regras limitadoras da responsabilidade dos sócios”, a adoção da regra no direito pátrio deve se restringir a determinadas categorias de relações jurídicas, além das quais aplicável o art. 50 do Código Civil.

De acordo com a Ministra Fátima Nancy Andrichi, o art. 28 do CDC possui dois escopos na sua aplicação, um educativo e outro punitivo:

No CDC, em seu art. 28 e parágrafos, a desconsideração da personalidade tem dois aspectos. O aspecto educativo faz com que o fornecedor inescrupuloso se acautele e passe a administrar corretamente, sob pena de, causando dano ao consumidor e sendo acionado, vir a ter a desvantagem de arcar com os seus bens particulares para o ressarcimento. O aspecto punitivo traz implícita a aplicação da teoria como uma reprimenda ou castigo ao mau administrador. (ANDRIGHI, 2004, p. 5).

Adiante, com a regulamentação do direito econômico, a Lei n. 8.884/1994, em seu art. 18, passou a admitir a desconsideração da personalidade jurídica de empresas, como dispõe:

Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de

insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Nada obstante referido diploma ter sido revogado posteriormente pela Lei n. 12.529/11, a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica continuou a ter sua previsão legal no art. 34 dessa nova legislação, tendo seu rol se expandido para novas situações dantes não albergada, pelo que se extrai:

Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Grande celeuma na doutrina e na jurisprudência verifica-se diante da viabilidade da desconsideração da personalidade jurídica, por parte do Estado, na seara administrativa. Corrente majoritária defende ser possível ao Poder Público realizar a desconsideração da personalidade jurídica, presentes os requisitos contemplados no art. 50 do Código Civil, sempre que for necessário à declaração de ineficácia de atos e contratos que impliquem prejuízo ao interesse público e violação ao ditames legais (FARIAS E ROSENVALD, 2015, p. 411).

Ao analisar o assunto, o Ministro Celso de Mello, no Mandado de Segurança 32.494, assim decidiu:

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E
DESCONSIDERAÇÃO EXPANSIVA DA PERSONALIDADE
JURÍDICA. "DISREGARD DOCTRINE" E RESERVA DE
JURISDIÇÃO: EXAME DA POSSIBILIDADE DE A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, MEDIANTE ATO PRÓPRIO,
AGINDO "PRO DOMO SUA", DESCONSIDERAR A
PERSONALIDADE CIVIL DA EMPRESA, EM ORDEM A COIBIR
SITUAÇÕES CONFIGURADORAS DE ABUSO DE DIREITO OU

DE FRAUDE. A COMPETÊNCIA INSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. INDISPENSABILIDADE, OU NÃO, DE LEI QUE VIABILIZE A INCIDÊNCIA DA TÉCNICA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM SEDE ADMINISTRATIVA. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: SUPERAÇÃO DE PARADIGMA TEÓRICO FUNDADO NA DOCTRINA TRADICIONAL? O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: VALOR CONSTITUCIONAL REVESTIDO DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, CONDICIONANTE DA LEGITIMIDADE E DA VALIDADE DOS ATOS ESTATAIS. O ADVENTO DA LEI Nº 12.846/2013 (ART. 5º, IV, "e", E ART. 14), AINDA EM PERÍODO DE "VACATIO LEGIS". DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O POSTULADO DA INTRANSCENDÊNCIA DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E DAS MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MAGISTÉRIO DA DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA PRETENSÃO CAUTELAR E CONFIGURAÇÃO DO "PERICULUM IN MORA". MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. (MS 32494 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 11/11/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 12/11/2013 PUBLIC 13/11/2013)

Apesar de não haver um posicionamento definitivo da Suprema Corte acerca do tema, entende-se pela constitucionalidade do art. 34 da Lei n. 12.529/11, devendo sua aplicação pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência seguir os ditames processuais e procedimentais do Código de Processo Civil, já que "na ausência de norma específica, a disciplina do processo civil tem caráter geral – isto é, transitoria". (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. 2015. p. 55)

O instituto da disregard doctrine também passou a ser previsto expressamente na legislação ambiental com a promulgação da Lei n. 9.605/98, que reza em seu art. 4 que "poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente".

Registra-se que o texto legal não exige a demonstração do dolo ou da culpa do agente, mas apenas a demonstração do prejuízo ao meio ambiente.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a desconsideração da personalidade jurídica foi expressamente positivada no art. 50 do sobredito diploma, elencando o legislador que sua aplicação deveria ocorrer não apenas nos casos em que a separação patrimonial fosse empecilho ao adimplemento obrigacional, mas que, para tanto, deveria também ter ocorrido abuso de personalidade pela confusão patrimonial ou pelo desvio de finalidade (REQUIÃO, 2017, p. 40).

Adotou-se, aparentemente, a linha objetivista de Fábio Konder Comparato, sendo possível a desconsideração da personalidade jurídica da empresa nos casos de abuso de direito caracterizado por desvio de finalidade ou confusão patrimonial, não se perquirindo os aspectos subjetivos dos agentes, eis que dificilmente é possível à vítima demonstrar a intenção fraudulenta do empresário (FARIAS e ROSENVALD, 2015, p. 400).

Versa o art. 50 do Código Civil:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica

Ainda nesse particular importa registrar que o próprio Código Civilista estabelece o conceito de abuso de direito ao fixar, no art. 187, que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

O caminho que parece ser o mais acertado a ser seguido é que, ao se examinar a desconsideração da personalidade jurídica, deve-se dar à fraude e ao abuso de direito tratamento mais moderno, sem dar importância exarcebada

ao elemento subjetivo. Isso não significa ignorá-lo, mas dar-lhe a importância que o contexto em que está inserido exigir no momento. Por isso é que cada caso de desconsideração da personalidade jurídica deve ser examinado em separado com minúcia, para que, mesmo utilizando critérios mais objetivos, seja possível apurar a realidade dos fatos e, por conseguinte, encontrar a melhor forma de solucionar a questão controvertida apresentada. (FREITAS, 2007, p. 102)

Nesse rumo, colhe-se da doutrina de Ricardo Negrão (2014, p. 48) que a simples não satisfação dos credores não pode ser utilizada como requisito para demonstrar a fraude apta a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica. É que caso fosse permitida, qualquer hipótese de falência ou insolvência civil acarretaria a aplicação do instituto. Assim, a lei foi categórica ao exigir o uso abusivo da personalidade jurídica, cuja caracterização será analisada especificamente no caso submetido a crivo do Poder Judiciário.

A propósito, colaciona-se o presente julgado proferido pela Corte Cidadã que demonstra a aplicação do instituto no direito privado:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INVIABILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 50 DO CC/2002. APLICAÇÃO DA TEORIA MAIOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DESVIO DE FINALIDADE OU DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO. [...] 3. **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). 4. 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 só, não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica. Precedentes. 5. O Tribunal de origem, com base nos elementos fático-probatórios constantes nos autos, concluiu que não foi demonstrada a ocorrência de fraude, abuso de poder ou confusão patrimonial entre a pessoa jurídica e seu sócio, afastando a desconsideração da personalidade jurídica requerida nos autos. 6. Desta feita, a convicção formada pelo Tribunal de origem acerca da ausência dos requisitos necessários para ensejar a desconsideração da personalidade jurídica da empresa recorrida decorreu dos elementos existentes nos autos, de forma que rever o acórdão objurgado, nesse aspecto, importaria necessariamente o reexame de provas, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ. 7. Agravo interno não provido. (Agravo regimental no Agravo em Recurso Especial n. 347.476/DF, Rel. Min. Raul Araújo, j. 05-05-2016)

A respeito da disregard doctrine, bastante esclarecedor também é o voto da Ministra Nancy Andrighi, proferido no Recurso Especial 279.273/SP, ao discorrer acerca das diferenças entre as teorias maior e menor da desconsideração:

“A teoria da desconsideração da pessoa jurídica, quanto aos pressupostos de sua incidência, subdivide-se em duas categorias: teoria maior e teoria menor da desconsideração. **A teoria maior não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações.** Exige-se, aqui, para além da **prova de**

insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade, ou a demonstração de confusão patrimonial. A prova do desvio de finalidade faz incidir a teoria (maior) subjetiva da desconsideração. O desvio de finalidade é caracterizado pelo ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica. A demonstração de confusão patrimonial, por sua vez, faz incidir a teoria (maior) objetiva da desconsideração. A confusão patrimonial caracteriza-se pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial do patrimônio da pessoa jurídica e de seus sócios, ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas. A teoria maior da desconsideração, seja a subjetiva, seja a objetiva, constitui a regra geral no sistema jurídico brasileiro, positivada no artigo 50 do Código Civil de 2002. **A teoria menor da desconsideração, por sua vez, parte de premissas distintas da teoria maior: para a incidência da desconsideração com base na teoria menor, basta a prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.** Para esta teoria, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. No ordenamento jurídico brasileiro, a teoria menor da desconsideração foi adotada excepcionalmente, por exemplo, no Direito Ambiental (Lei 9.605/98, art. 4º) e no Direito do Consumidor (CDC, art. 28, §5º). O referido dispositivo do CDC, quanto à sua aplicação, como bem ressaltado pelo i. Min. Relator, sugere uma "circunstância objetiva". Da exegese do §5º deflui, expressamente, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica pela mera prova da insolvência da pessoa jurídica, fato este

suficiente a causar “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (STJ, Resp 279273/SP; Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 29.03.2004.).

Para melhor interpretação e aplicação dos diplomas referentes à desconsideração da personalidade jurídica, cumpre acostar os seguintes enunciados aprovados pelas Jornadas de Direito Civil:

[I Jornada de Direito Comercial - Enunciado 9](#)

Quando aplicado às relações jurídicas empresariais, o art. 50 do Código Civil não pode ser interpretado analogamente ao art. 28, § 5º, do CDC ou ao art. 2º, § 2º, da CLT.

[I Jornada de Direito Processual Civil - Enunciado 11](#)

Aplica-se o disposto nos arts. 133 a 137 do CPC às hipóteses de desconsideração indireta e expansiva da personalidade jurídica.

[I Jornada de Direito Comercial - Enunciado 12](#)

A regra contida no art. 1.055, § 1º, do Código Civil deve ser aplicada na hipótese de inexistência da avaliação de bens conferidos ao capital social; a responsabilidade nela prevista não afasta a desconsideração da personalidade jurídica quando presentes seus requisitos legais.

[I Jornada de Direito Processual Civil - Enunciado 42](#)

É cabível a concessão de tutela provisória de urgência em incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

[I Jornada de Direito Comercial - Enunciado 48](#)

A apuração da responsabilidade pessoal dos sócios, controladores e administradores feita independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, prevista no art. 82 da Lei n. 11.101/2005, não se refere aos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

[I Jornada de Direito Comercial - Enunciado 49](#)

Os deveres impostos pela Lei n. 11.101/2005 ao falido, sociedade limitada, recaem apenas sobre os

administradores, não sendo cabível nenhuma restrição à pessoa dos sócios não administradores.

[I Jornada de Direito Comercial - Enunciado 50](#)

A extensão dos efeitos da quebra a outras pessoas jurídicas e físicas confere legitimidade à massa falida para figurar nos polos ativo e passivo das ações nas quais figurem aqueles atingidos pela falência.

[I Jornada de Direito Civil - Enunciado 51](#)

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica - disregard doctrine - fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microsistemas legais e na construção jurídica sobre o tema.

[III Jornada de Direito Civil - Enunciado 146](#)

Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial).

[III Jornada de Direito Civil - Enunciado 229](#)

A responsabilidade ilimitada dos sócios pelas deliberações infringentes da lei ou do contrato torna desnecessária a desconsideração da personalidade jurídica, por não constituir a autonomia patrimonial da pessoa jurídica escudo para a responsabilização pessoal e direta.

[IV Jornada de Direito Civil - Enunciado 281](#)

A aplicação da teoria da desconsideração, descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica.

[IV Jornada de Direito Civil - Enunciado 282](#)

O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso da personalidade jurídica.

[IV Jornada de Direito Civil - Enunciado 284](#)

As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não-econômicos estão abrangidas no conceito de abuso da personalidade jurídica.

[V Jornada de Direito Civil - Enunciado 406](#)

A desconsideração da personalidade jurídica alcança os grupos de sociedade quando estiverem presentes os pressupostos do art. 50 do Código Civil e houver prejuízo para os credores até o limite transferido entre as sociedades.

[V Jornada de Direito Civil - Enunciado 470](#)

O patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Por fim, consigna-se que, recentemente, a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13) também buscou tratar o assunto ao permitir a desconsideração da personalidade jurídica em processo administrativo sobre responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública. *In verbis*:

Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada 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, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

Com relação à temática aqui tratada, é possível notar, com o passar do tempo, um crescimento exponencial, por parte dos Tribunais pátrios, acerca da utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos diversos setores jurídicos, tendo a legislação acompanhado os avanços dessa ampliação, tanto mais com a promulgação do Novo Código de Processo Civil estabelecendo seu procedimento.

5.NOVAS HIPÓTESES DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Flávio Tartuce (2016, p. 235) ensina que, nos casos de confusão patrimonial, também é possível a responsabilização da empresa por dívidas dos

sócios por meio da desconsideração inversa ou invertida. Elenca o autor como exemplo “a situação em que o sócio, tendo conhecimento de eventual separação ou divórcio, compra bens com capital próprio em nome da empresa (confusão patrimonial)”.

Assim, apesar de não haver expressa posituação no Código Civil, a desconsideração inversa, também denominada de responsabilidade externa corpus, é fundamentada no art. 50 do referido diploma, cujos requisitos para sua utilização são o abuso de personalidade e a confusão patrimonial.

Inclusive, na IV Jornada de Direito Civil, foi aprovado o enunciado n. 283, o qual prevê que “É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada “inversa” para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros”.

A desconsideração inversa surge, inicialmente, no ramo do direito de família, pois “não raras vezes, também, o pai esconde seu patrimônio pessoal, na estrutura societária da pessoa jurídica, com o reprovável propósito de esquivar-se do pagamento de pensão alimentícia devida ao filho” (GONÇALVES 2014, p. 236)

Especificamente sobre a desconsideração inversa da personalidade jurídica, colaciona-se o seguinte precedente da Corte da Cidadania:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA.

CONVERSÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. COBRANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. TERCEIROS. COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DA SOCIEDADE. MEIO DE PROVA. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. OCULTAÇÃO DO PATRIMÔNIO DO SÓCIO. INDÍCIOS DO ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EXISTÊNCIA. INCIDENTE PROCESSUAL.

PROCESSAMENTO. PROVIMENTO.

1. O propósito recursal é determinar se: a) há provas suficientes da sociedade de fato supostamente existente entre os recorridos; e b) existem elementos aptos a ensejar

a instauração de incidente de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

2. A existência da sociedade pode ser demonstrada por terceiros por qualquer meio de prova, inclusive indícios e presunções, nos termos do art. 987 do CC/02.

3. A personalidade jurídica e a separação patrimonial dela decorrente são véus que devem proteger o patrimônio dos sócios ou da sociedade, reciprocamente, na justa medida da finalidade para a qual a sociedade se propõe a existir.

4. Com a desconsideração inversa da personalidade jurídica, busca-se impedir a prática de transferência de bens pelo sócio para a pessoa jurídica sobre a qual detém controle, afastando-se momentaneamente o manto fictício que separa o sócio da sociedade para buscar o patrimônio que, embora conste no nome da sociedade, na realidade, pertence ao sócio fraudador.

5. No atual CPC, o exame do juiz a respeito da presença dos pressupostos que autorizariam a medida de desconsideração, demonstrados no requerimento inicial, permite a instauração de incidente e a suspensão do processo em que formulado, devendo a decisão de desconsideração ser precedida do efetivo contraditório.

6. Na hipótese em exame, a recorrente conseguiu demonstrar indícios de que o recorrido seria sócio e de que teria transferido seu patrimônio para a sociedade de modo a ocultar seus bens do alcance de seus credores, o que possibilita o recebimento do incidente de desconsideração inversa da personalidade jurídica, que, pelo princípio do tempus regit actum, deve seguir o rito estabelecido no CPC/15.

7. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1647362/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 10/08/2017)

Outrossim, registra-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Na desconsideração inversa da personalidade jurídica de empresa comercial, afasta-se o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, responsabilizando-se a sociedade por obrigação pessoal do sócio. Tal somente é admitido, entretanto, quando comprovado suficientemente ter havido desvio de bens, com o devedor transferindo seus bens à empresa da qual detém controle absoluto, continuando, todavia, deles a usufruir integralmente, conquanto não integrem eles o seu patrimônio particular, porquanto integrados ao patrimônio da pessoa jurídica controlada (TJSC, AI n. 2000.018889-1, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 13-9-2001) (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.024240-5, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 16-10-2014).

Suprindo essa lacuna legislativa, o novo Código de Processo Civil tratou acerca da desconsideração inversa no art. 133, §2º, pondo uma pá de cal em qualquer discussão a respeito de sua utilização.

Além da desconsideração inversa, a doutrina e a jurisprudência passaram a admitir a desconsideração indireta da personalidade jurídica, a qual é decorrente de fraudes e abusos cometidos por empresas controladoras, que se utilizam da personalidade jurídica da empresa controlada para prejudicar terceiros e obter vantagens indevidas (FARIAS E ROSENVALD, 2015, p. 413).

A desconsideração indireta da personalidade jurídica é aquela que ocorre quando diante da criação de constelações de sociedades coligadas, controladoras e controladas, uma delas se vale dessa condição para fraudar seus credores. A desconsideração se aplica então a toda e qualquer das sociedades que se encontre dentro do mesmo grupo econômico, para alcançar a efetiva fraudadora que está sendo encoberta pelas coligadas. (ANDRIGHI, 2004, p. 4)

A desconsideração indireta, inclusive, já foi acatada no Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE GRUPO ECONÔMICO DE FATO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INDIRETA COM A DECORRENTE SOLIDARIEDADE DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS. DETERMINAÇÃO DE PENHORA ON-LINE VIA BACENJUD. RECURSO DAS EMPRESAS ATINGIDAS. 1 - PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DESCABIMENTO DA CITAÇÃO. INCIDENTE PROCESSUAL. INTIMAÇÃO CABÍVEL DETERMINADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFASTAMENTO DA PRELIMINAR. "A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente. No caso, o reconhecimento da confusão patrimonial é absolutamente contraditório com a pretendida citação das demais sociedades, pois, ou bem se determina a citação de todas as empresas atingidas pela penhora, ou bem se reconhece a confusão patrimonial e se afirma que se trata, na prática, de pessoa jurídica única, bastando, por isso, uma única citação. Havendo reconhecimento da confusão, descabe a segunda providência. [...]" (REsp 907.915/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 7-6-2011). 2 - MÉRITO RECURSAL. **DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INDIRETA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA. VÁRIAS EMPRESAS COM PRESENÇA DE SÓCIOS COMUNS. CONTRATOS SOCIAIS QUE REGISTRAM SÓCIO - COM PODERES DE ADMINISTRAÇÃO - COMUM ÀS EMPRESAS ENVOLVIDAS. DEMONSTRAÇÃO DE CONFUSÃO PATRIMONIAL CONSTATADA PELO PAGAMENTO DE DESPESAS DE OUTRAS EMPRESAS PELA EXECUTADA. EXISTÊNCIA DE ATIVIDADES**

IDÊNTICAS OU ASSEMELHADAS E INTERESSES COMUNS.

UMA EMPRESA QUE FABRICA CALDEIRAS E OUTRA QUE INSTALA E VENDE SERVIÇOS OU PRODUTOS DERIVADOS DO EQUIPAMENTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA DISREGARD DOCTRINE DE MODO A LEVANTAR O VÉU DA PERSONALIDADE JURÍDICA E ALCANÇAR BENS DAS OUTRAS EMPRESAS DO GRUPO. PROVAS DOCUMENTAIS SUFICIENTES. DESPROVIMENTO. A presença de documentos que demonstram a transferência de valores para outras empresas do grupo, com atividades afins ou idênticas, com sócio comum detentor de poderes de administração, além de outros elementos indicativos, como sócios integrantes da mesma família, denominação e endereços próximos/iguais, é suficiente para caracterizar a existência de um grupo econômico de fato, permitindo, pela aplicação da teoria da aparência, decretar a desconsideração da personalidade jurídica (na forma indireta) para o fim de atingir bens das outras empresas integrantes do grupo, que não tenham participado diretamente do negócio jurídico questionado. "A desconsideração da personalidade jurídica, à luz da teoria maior acolhida em nosso ordenamento jurídico e encartada no art. 50 do Código Civil de 2002, reclama a ocorrência de abuso da personificação jurídica em virtude de excesso de mandato, a 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)" (STJ, AgRg no AREsp. n. 159.889/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15-10-2013). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2015.017937-0, de Trombudo Central, rel. Des. Dinart Francisco Machado, j. 16-06-2015). (grifou-se)

Afora as espécies mencionadas, elenca-se por fim a desconsideração expansiva, em que se busca “desconsiderar uma pessoa jurídica para atingir a personalidade do sócio eventualmente oculto, que, não raro, está escondido na empresa controladora” (FARIAS E ROSENVALD, 2015, p. 405).

Há interessante precedente jurisprudencial que se colhe do Superior Tribunal de Justiça admitindo a desconsideração expansiva quando presente o sócio oculto:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. DESCLASSIFICAÇÃO MOTIVADA PELA EXTENSÃO DOS EFEITOS DE PUNIÇÃO APLICADA A EMPRESA DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. SUSPENSÃO DO DIREITO DE LICITAR. POSSIBILIDADE NO CASO. INCIDÊNCIA DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO EXPANSIVA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PESSOAS JURÍDICAS QUE SE CONFUNDEM, MORMENTE QUANTO AOS SÓCIOS, PROCURADORES E ENDEREÇO. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO EM OUTRO FEITO ENVOLVENDO A EMPRESA IMPETRANTE. DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CONHECIMENTO SOBRE AS IRREGULARIDADES APURADAS E A IMINÊNCIA DA PUNIÇÃO. OPORTUNIDADE DE MANIFESTAR-SE NA VIA ADMINISTRATIVA. INÉRCIA DA INTERESSADA. PUNIÇÃO QUE SE REVELA CORRETAMENTE APLICADA EM RAZÃO DA GRAVIDADE DAS FALTAS APURADAS NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. EXEGESE DO ARTIGO 87, III, DA LEI N. 8.666/1993. SEGURANÇA DENEGADA. 1. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a

ampla defesa em processo administrativo regular" (RMS n. 15166/BA, rel. Min. Castro Meira, DJ de 8-9-2003). E é justamente o que se verifica ter ocorrido na hipótese. 2. **"A aplicação da proibição de contratar com a administração pública não teria efeito prático algum se fosse permitido que os sócios burlassem a lei, mediante a constituição ou utilização de outra sociedade, com o mesmo objeto comercial, para, assim, continuarem a participar das licitações"** (TRF5 - Apelação Cível n. 549737/AL, rel. Des. Francisco Barros Dias, Data da Publicação DJE 13-12-2012). (TJSC, Mandado de Segurança n. 2013.053581-9, da Capital, rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. 11-06-2014).

Pelo exposto, observa-se a possibilidade de se atingir também o patrimônio dos sócios ocultos, utilizados como verdadeiras "testas de ferro", a fim de se coibir eventual fraude.

6. CONCLUSÃO

A personalidade da pessoa jurídica foi concebida com o objetivo de separar o patrimônio da sociedade do patrimônio de seus sócios, sendo este fato fundamental para o desenvolvimento da atividade econômica da empresa mediante o incentivo ao investimento, à geração de emprego e ao encorajamento às práticas empresariais.

Ao adorar a corrente da realidade técnica, o Código Civil dispõe, em seu art. 45, que a personalidade jurídica da empresa começa a partir de sua inscrição, em registro próprio e na forma da lei, de seus atos constitutivos.

Nessa senda, observa-se que é a partir da personificação da pessoa jurídica que o princípio da autonomia patrimonial ganha destaque, já que aparta os bens, direitos e obrigações da sociedade empresarial, passando a consagrar a individualização entre o patrimônio da pessoa jurídica e das pessoas físicas que ela administram.

Destarte, nos arts. 796 e 1.024 do Código Civilista, o legislador consagrou que os bens particulares dos sócios não poderiam responder pelas

dívidas sociais, sendo a responsabilidade deles apenas subsidiária, dependendo de esgotamento prévio do patrimônio social da empresa.

A polêmica em torno do assunto da autonomia patrimonial ganhou espaço a partir da constatação de que, com o tempo, a personalidade jurídica da sociedade passou a ser utilizada para fim diverso ao que foi criado, tendo se verificado que muitos sócios estavam se utilizando do patrimônio de suas empresas para ocultarem seus bens por meio de atos fraudulentos e com abuso de personalidade.

Introduzida no Brasil, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica ou da *disregard doctrine* buscava, assim, garantir a função social da pessoa jurídica, de modo a afastar, episodicamente, o “véu” que encobria as sociedades empresarias, de modo a fazer com que os bens dos sócios fossem atingidos quando da prática de atos que pudessem prejudicar credores.

O tratamento que o direito material deu à matéria nos diplomas civilista, consumerista, trabalhista, tributário, ambiental, dentre outros, fez com que a doutrina identificasse duas teorias para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica: a subjetiva (maior) e a objetiva (menor).

A teoria subjetiva, adotada no art. 50 do Código Civilista, surgiu a partir da necessidade da existência de insuficiência de bens para pagamento da dívida e da comprovação da fraude ou do abuso de direito, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

De outro norte, a teoria objetiva, aplicável segundo o art. 28 do Código consumerista, preconiza que o simples obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao credor já ensejaria a desconsideração da personalidade jurídica, tornando prescindível a comprovação da fraude ou do abuso do direito.

A diferença no âmbito de aplicação das duas teorias foi decorrência da obrigatoriedade de resguardar o direito daqueles considerados hipossuficientes, seja em razão de sua vulnerabilidade fática e jurídica, seja pela dificuldade de comprovação da prática de fraude ou de abuso de direito pelos administradores responsáveis pela empresa.

Com a evolução dada à matéria no ordenamento jurídico pátrio, verificou-se que a utilização da empresa para fins diverso do seu objeto social ensejou o surgimento de novas possibilidades de desconsideração da personalidade jurídica, tal como a inversa, a indireta e a expansiva.

Desse modo, buscou-se apresentar um panorâma acerca do emprego da desconsideração da personalidade jurídica sob seu aspecto material, de modo a delimitar suas hipóteses de incidência à aplicação prática.

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=01000GRX0000&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=01000U8IG0000&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;

ESTUPRO MARITAL: CONJUNÇÃO CARNAL FORÇADA

FRANCIELE ROCHA DE SOUZA:
FORMANDA EM DIREITO, AUXILIAR
JURÍDICO EM ESCRITÓRIO DE
ADVOCACIA.

ADEMIR GASQUES SANCHES

(Orientador)

RESUMO: A presente monografia, tem como objetivo principal, tratar da violência intrafamiliar, tendo como sujeito ativo e passivo tanto o sexo feminino, quanto o sexo masculino. Todos os homens e mulheres, devem saber sobre os seus direitos e deveres no matrimônio, ambos devem ser valorizados de forma igualitária e buscar auxílio sempre que passarem por alguma situação constrangedora no âmbito da relação conjugal. O estupro marital, é um tipo de violência que se comete por meio de abusos sexuais, psicológicos e maus tratos físicos. Esses tipos de violência ocorrem com casais de todas as classes sociais, independente de idade, raça, orientação sexual e, embora os motivos sejam os mais variados possíveis, sua origem vem do poder patriarcal que promove total desigualdade nas relações pelo caráter de gênero. A violência entre casais durante uma relação íntima, pode causar mortes, traumas psicológicos, sofrimento físico, dano moral ou até mesmo patrimonial. Considera-se que a solução para esse tipo de agressão, envolve aspectos bastante complexos, uma vez que afeta de forma profunda não só o indivíduo em si, mas também a família e a sociedade como um todo.

Palavras-chave: Abusos. Violência. Gênero. Penalização. Sociedade.

ABSTRACT: The main objective of this monograph is to deal with intrafamily violence, with both the female and the male sex being the active and passive subject. All men and women should know about their rights and duties in marriage, both should be valued equally and seek help whenever they experience some embarrassing situation in the context of the marital relationship. Marital rape is a type of violence committed through sexual abuse, psychological abuse and physical abuse. These types of violence occur with couples of all social classes, regardless of age, race, sexual orientation and, although the motives are as varied as possible, their origin comes from the patriarchal power that promotes total

inequality in relations by gender character. Violence between couples during an intimate relationship can cause death, psychological trauma, physical distress, moral or even property damage. It is considered that the solution to this type of aggression involves quite complex aspects, since it profoundly affects not only the individual himself, but also the family and society as a whole.

Keywords: Abuses. Violence. Genre. Penalty. Society.

Sumário: 1 - INTRODUÇÃO. 2 - CONCEITO DE ESTUPRO MARITAL. 2.1 – Classificação Doutrinária. 2.2 – Ação Penal. 2.2.1– Das Penalidades Cabíveis. 2.2.2 – Estupro Marital: Análise da Legislação ao Redor do Mundo. 3 – A NATURALIZAÇÃO DO ESTUPRO MARITAL CONTRA A MULHER. 4 – DISSENSO DA VÍTIMA: NÍVEL DE RESISTÊNCIA. 5 – A POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO ABORTO LEGAL. 6 – A REALIDADE BRASILEIRA. 6.1 – Análise à Lei Maria da Penha. 7 – ATENDIMENTO INSTITUCIONAL À VÍTIMA. 7.1 – Comprovação da Ocorrência de Violência Sexual. 8 – CONSIDERAÇÕES FINAIS. 9 – REFERÊNCIAS.

1 - INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como escopo principal tratar de assuntos relacionados ao crime de estupro na constância de uma relação conjugal, em outras palavras, o chamado estupro marital, delito este praticado desde os primórdios da existência humana, época esta, em que a mulher não tinha liberdade sexual e a mesma, era considerada propriedade e objeto de seus maridos.

Diferente do que acontecia em tempos passados, hoje em dia, a importância do estupro está centrada na liberdade sexual do indivíduo e no seu direito de escolha. Essa liberdade sexual do indivíduo, entende-se pela capacidade de o sujeito dispor livremente do seu corpo à prática sexual, agindo de acordo com seus desejos e vontades, incluindo, neste disposto, a escolha do seu parceiro.

O Código Civil Brasileiro traz em seu âmbito, os direitos e deveres do casamento. Assim, na prática do ato sexual, o marido, esposa ou companheiro (a) que forçar ou constranger seu instinto sexual, poderá cometer um ilícito penal, haja vista o desrespeito ao consentimento ou concordância dos parceiros para a prática das relações sexuais.

Há inúmeros casos de violência sexual no Brasil, casos em que mais mulheres do que homens, são relativamente violentadas sexualmente pelo seu próprio cônjuge e nem sabem da proporção desta ação, outras até sabem, mas tem vergonha ou até mesmo medo de procurar ajuda, por se tratar de ações praticadas pelo marido ou companheiro e ficam anos e anos vivendo essa situação. Entretanto, atos sexuais forçados constituem crime de estupro tipificado em lei, podendo ocorrer a punição do agressor que cometa tal ato.

2 - CONCEITO DE ESTUPRO MARITAL

Em sua definição o estupro marital ou estupro conjugal, só difere do estupro devido ao grau de intimidade efetiva de quem o comete.

O estupro marital se configura quando ocorre infringência sexual contra um dos parceiros, mesmo dentro de um relacionamento. Fazer com que uma relação sexual aconteça por meio de ameaça ou violência são os casos mais clássicos hoje em dia, mais também pode ser considerado estupro marital forçar o sexo enquanto a vítima está inconsciente, seja dormindo, embriagada ou sob efeito de remédios.

Dentro de uma relação, muitas vezes pode ser difícil a percepção de que uma mulher ou um homem pode estar sendo vítima desse mal já que, em uma sociedade completamente machista pautada pela chamada " cultura do estupro", o homem possui direitos de desfrutar do corpo feminino como bem entender.

Segundo dados do relatório " estupro no Brasil, Uma Radiografia Segundo Dados da Saúde", divulgado em 2014 pelo Ipea (instituto de pesquisa econômica aplicada), 9,3% dos casos de abuso sexual sofridos por mulheres maiores de idade, são praticados pelo marido cônjuge e, 1,6% delas sofreram abusos por parte do namorado, número este, extremamente alto. " Muitas mulheres acreditam que é seu dever ceder o seu corpo para satisfazer a necessidade sexual do seu parceiro. Com isso, não é incomum que muitas mulheres deixem seus corpos disponíveis para uso e abuso do homem durante o sexo", afirma a psicóloga Karine David Andrade Santos no artigo " estupro conjugal: De Que Formas Ele Pode Acontecer?".

Em um outro levantamento realizado no ano de 2016 pelos institutos Patrícia Galvão e Locomotiva, esse tipo de estupro ficou bem claro, já que 11% das

mulheres entrevistadas afirmou espontaneamente já ter sofrido violência sexual, mas o percentual subiu para 39% quando era apresentados os diversos tipos de situação que configuram uma agressão nestes termos. São inúmeras as possibilidades para que uma relação sexual entre o casal envolvido efetivamente acabe descambando para o estupro marital.

Ainda é visto com muita naturalidade, fazer sexo sem que haja desejo mútuo e progressivo no casamento ou no namoro, mas qualquer forma de coerção sexual, seja ela física ou emocional, é sim, estupro conjugal. Aquelas praticas mais agressivas, como por exemplo o sadomasoquismo, ou posições sexuais que causem constrangimento à vítima, podem se enquadrar enquanto o estupro conjugal ainda não sejam plenamente consentidas, assim como forçar uma relação sexual sem o uso de preservativo com a parceira ou parceiro.

2.1 - Classificação Doutrinária

O crime de estupro é considerado como pluri ofensivo, isso porque tutela mais de um bem jurídico: a dignidade sexual e a liberdade sexual. O objeto material é a pessoa contra quem a conduta criminosa se dirige, independentemente de seu sexo. O núcleo do tipo é "constranger", no sentido de forçar/coagir alguém a fazer ou deixar de fazer algo. Desta forma, é um comportamento que infringe os princípios fundamentais da pessoa humana, sendo eles, a liberdade de autodeterminação, bem como a sua dignidade.

Para que haja o constrangimento da vítima, o agressor se utiliza de meios de execução para a obtenção do estupro: a violência e a grave ameaça, dessa forma, o agente constrange alguém para que consiga a conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

O sujeito passivo (vitima) pode ser qualquer pessoa que sofra o constrangimento.

Atualmente, o crime tipificado no art. 213 do Código Penal contempla a espécie bi comum, onde qualquer pessoa pode se classificar tanto como sujeito passivo quanto como sujeito ativo.

No entanto, no que se refere à modalidade de conduta do crime de estupro para Fayet (2011, p. 80) se classifica como crime formal, possuindo diversas ações, de procedimentos variáveis, ou seja, podendo ser também considerado um crime praticado de forma livre e comissivo.

Quanto à modalidade de conduta, é crime formal (pois se consuma com a simples prática da conduta descrita), de ação múltipla, de conduta variável ou de forma livre (porque pode ser cometido tanto por conjunção carnal como por qualquer outro ato libidinoso), e comissivo (pois os verbos do tipo indicam ação).

A [lei 13.718/18](#), de 24 de setembro de 2018, deu nova redação ao art. 225 do [Código Penal](#), alterando o seu **caput** e revogando o parágrafo único. A redação anterior estabelecia que os crimes contra a dignidade sexual, em regra, eram de ação penal pública condicionada à representação, salvo quando a vítima fosse menor de dezoito anos, ou pessoa vulnerável, casos nos quais a ação penal seria pública incondicionada. Agora, com a nova redação, independentemente da idade ou condição do ofendido, todos os crimes tipificados nos capítulos I e II do título VI do Código Penal são de ação penal pública incondicionada.

O entendimento atual acerca do crime em questão, não possui distinções como possuía antigamente em legislações penais. Nos dias atuais, os homossexuais, os transexuais, as prostitutas, são consideradas iguais e podem figurar como sujeito passivo ou ativo, não havendo mais distinções.

2.2 - Ação Penal

Com a nova redação do art. 225 do Código Penal, não mais será exigida a representação da vítima para o exercício da ação penal pública, ainda que se trate de maior de dezoito anos e pessoa não vulnerável, vejamos:

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada à representação. (Redação dada pela Lei nº 13.718, de 2018).

Há, um dispositivo legal que exige a representação para o exercício de uma ação penal pública, tem, indiscutivelmente, um aspecto híbrido. Tratando-se de uma “ condição específica de procedibilidade”, que é visível o seu caráter

processual penal. Nada obstante, há também um aspecto que “ toca” o direito material, pois, como se sabe, a representação submete-se a um prazo decadencial (seis meses), findo o qual ocorrerá a extinção da punibilidade, pela decadência, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal. O art. 225 do referido código, trata-se portanto, de uma norma processual material.

Diante disso, chega-se à conclusão que, relativamente aos crimes contra a dignidade sexual tipificados nos artigos. 213 a 218-C do Código Penal, e praticados antes da vigência da nova lei (e aqui relevante será a data da ação ou da omissão, nos termos do art. 4º. do Código Penal), o início da persecução penal (desde a instauração do Inquérito Policial) continua a depender da representação, salvo, evidentemente, tratando-se de vítima menor de dezoito anos ou vulnerável. Em outras palavras: o novo art. 225 não pode retroagir, sendo forçoso admitir uma verdadeira ultra atividade da disposição antiga.

2.2.1 - Das Penalidades Cabíveis

Sabe-se que a violência sexual ou grave ameaça empreendida pelo marido ou companheiro com intuito de satisfazer seus próprios desejos carnis contra sua esposa, configura-se em estupro (alicerçado no art. [213](#) do [CP](#)), ou seja, o chamado estupro marital. Neste contexto, segundo dizeres de Masson (2014), o [Código Penal](#) brasileiro em seu artigo [226](#), traz uma questão importante quanto ao aumento de pena. Se o autor do crime se enquadrar em alguma das hipóteses previstas em sua redação, poderá ter sua pena aumentada, sendo assim, este fato demonstra que o cônjuge que comete tal delito estará sujeito as regras estipuladas neste artigo em questão, vejamos:

Art. 226. A pena é aumentada: I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou embargador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

Nesse prisma, de acordo com Pereira (2006, p. 06) o marido empreende violência sexual contra sua esposa quando: “forçar ou obrigar relações sexuais (mesmo sem uso de violência física); forçar práticas sexuais que causam

desconforto ou repulsa; obrigar a vítima a olhar imagens pornográficas, quando ela não deseja ou obrigar a vítima a fazer sexo com outras pessoas”.

Entretanto, a mulher sendo casada ou não, possui seus direitos garantidos por lei para dispor de seu próprio corpo ou da sua liberdade sexual como assim desejar e bem entender, portanto, afirma os dizeres do art. [5º, II](#), da [Constituição Federal](#) (CF) que descreve o seguinte; “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Segundo Taquary (2013, p.01):

A [Constituição Federal](#) Brasileira, de 1988, protege a liberdade da pessoa humana, prevendo constitucionalmente em sua forma geral, mas na legislação infraconstitucional é categorizada em liberdade sexual; de locomoção; de pensar; de expressão, de religião; de credo e todas as suas derivações, de modo a realizar a dignidade da pessoa humana.

Desta forma, existem julgados se posicionando de forma a aceitar a admissibilidade da prática do crime de estupro marital, sendo visível em uma decisão do TJ-SC referente a tal crime:

ESTUPRO, VIOLÊNCIA SEXUAL COMETIDA CONTRA CÔNJUGE VAROA ([CP](#), ART. [213](#)). PALAVRAS DA VÍTIMA, INSUSPEITAS, ALIADAS ÀS DO FILHO ADOLESCENTE, QUE PRESENCIOU A AGRESSÃO E À ÍNDOLE BELICOSA DO RÉU QUE NÃO DEIXAM DÚVIDA QUANTO À PRÁTICA DO DELITO. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. PENA-BASE EXASPERADA NO ÂMBITO DOS PARÂMETROS PRATICADOS POR ESTA CORTE. PROPORCIONALIDADE COM OS LIMITES DA REPRIMENDA OBSERVADA. RAZOABILIDADE DA PUNIÇÃO EVIDENCIADA NA EXPOSIÇÃO DO TOGADO. MANUTENÇÃO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSOR NOMEADO PARA ATUAR NO PRIMEIRO GRAU. VERBA QUE ENGLOBA EVENTUAL DEFESA. CORREÇÃO DO VALOR ESTIPULADO NA SENTENÇA, SEGUNDO ORIENTA A LC ESTADUAL N. 155/97. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, NESTE PARTICULAR (TJ-SC - ACR: 747841 SC 2008.074784-1, Relator: Irineu João da Silva, Data de Julgamento: 01/04/2009, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal (Réu Preso) n., de Joinville).

“Os homens nunca pensaram que seriam condenados por praticar sexo com a mulher, a esposa, a companheira. Nunca pararam para pensar. Pensavam que estupro quem podia praticar era somente o desconhecido. Existe o estupro do padrasto, do tio, do irmão. O que conta é: foi consentido? Foi espontâneo? Sim. Então não é estupro. Houve alguma forma de violência, física, moral, psicológica, sexual? Sim. Então é estupro. Para todo mundo”, explicou a juíza.

De acordo com a magistrada, o caso poderá servir de estímulo para que mais mulheres também façam denúncias. “A mulher tendo a coragem de sair daquele ambiente de violência, muda o comportamento do homem, porque ele não vai agredir ela mais”, complementa. Assim sendo, diante do exposto sabe-se que para provar esse crime específico existem alguns obstáculos, resultados de muitas vezes a vítima não denunciar o fato ocorrido, onde inúmeras das vezes por medo, vergonha, dependência econômica, emocional, e outros.

2.2.2 - ESTUPRO MARITAL: ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO AO REDOR DO MUNDO

No dia 11 de outubro de 2017, em decisão histórica, foi noticiado pelo mundo que a Suprema Corte da Índia decidiu que sexo com esposa menor de 18 anos é estupro. Tal sentença foi extremamente importante, pelo fato de afastar diversas meninas, tendo em vista que as leis que protegem os direitos das mulheres concernentes as relações conjugais são frágeis. Na Índia é muito comum a prática do casamento infantil, principalmente nas zonas rurais inalcançadas pela atividade estatal e a legislação indiana decreta que é permitido a relação sexual de um homem com sua esposa entre 15 e 18 anos.

As leis indianas ainda são muito frágeis para protegerem todas as mulheres vítimas de estupro dentro do casamento, sendo elas maiores de idade dessa vez.

Para Inácio Carvalho Neto, em sua obra *Reparação Civil na separação e no divórcio*, da Editora Saraiva, do ano de 2002, o sexo é visto como uma obrigação conjugal diante da doutrina jurídica, como em que considera a recusa injustificada ao ato sexual um débito conjugal e que tal ato causa sérios danos psicológicos à vítima, o que gera um ato ilícito por infração ao dever de vida em comum no domicílio conjugal e que a pessoa que o pratica deve, inclusive, reparar os danos sofridos pelo cônjuge.

No caso da Índia, por exemplo, o estupro marital não é considerado crime. [A lei diz que: "relação sexual de um homem com sua própria esposa, a esposa não sendo menor de 15 anos de idade, não é estupro"](#).

[Para o ministro Haribhai Chaudhary](#), "o conceito de estupro marital, como é conhecido internacionalmente, não pode ser aplicado ao contexto indiano por vários fatores: analfabetismo, pobreza, valores, costumes, crenças religiosas, o fato de a sociedade tratar o casamento como um sacramento etc."

Esse problema se alastra em um contexto mundial, pois apenas [52 países que fazem parte da Organização das Nações Unidas \(ONU\) consideram o estupro marital como crime em suas respectivas legislações](#), apesar de ter sido declarado como violação de direitos humanos pela organização em 1993.

Entre os países que não consideram o estupro entre marido e mulher como crime estão China, Afeganistão, Paquistão e Arábia Saudita. No Sudão do Sul, a legislação é clara ao dizer que a relação sexual entre marido e mulher nunca é estupro, mesmo quando não é consentida. Na maioria desses países, a influência religiosa é quem dita as regras. Para o hinduísmo, religião predominante da Índia, a mulher deve tratar o marido como um deus. Essa influência acaba, conseqüentemente, atingindo a legislação.

No Brasil, [a recusa de sexo de esposa para com o marido já foi motivo para anulação de casamento](#), sendo classificado pela doutrina como um débito conjugal. Em pesquisa realizada em 2014 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), [25% dos entrevistados concordam que as mulheres devem satisfazer os maridos sexualmente mesmo sem vontade e isso não seria estupro](#).

No ocidente, apesar das leis protegerem as esposas que sofrem dessa violência, o pensamento da sociedade em geral (como ficou explícito na pesquisa do IPEA citada anteriormente) ainda dificulta para que as vítimas sejam encorajadas para denunciarem os casos de estupro dentro do casamento.

3 - A NATURALIZAÇÃO DO ESTUPRO MARITAL CONTRA A MULHER

Atualmente, a violência contra a mulher é sistêmica e acontece de várias formas e se faz presente em diversos espaços: em casa, na rua, no ambiente virtual e até mesmo no parto.

A naturalização da violência contra a mulher coloca as agressões dentro de um relacionamento como um descontrole, um mero desentendimento, um problema privado e até mesmo como algo motivado pela própria vítima e essa culpa faz com que o silêncio e a vergonha façam parte do cotidiano de um número elevado de mulheres.

Existem muitas falas que achamos inofensivas e que muitas das vezes contribuem diretamente para a violência misógina ser tão naturalizada e acabam por legitimar, socialmente essas agressões. É necessário refletir sobre elas e parar de usá-las.

Os discursos mais comuns são representados por frases como: Falar “ Ele te bateu porque gosta de você” para as crianças. Essa frase coloca a violência como uma forma de demonstrar carinho/ amor/ afeto. É algo comum de serem ditas para meninas quando elas apanham de meninos na escola. Falar isso para crianças, é o mesmo que ensinar que a violência faz parte do amor.

4 - DISSENSO DA VÍTIMA: NÍVEL DE RESSISTÊNCIA

Na maioria das vezes, a mulher que sofre o estupro marital não denuncia o agressor por medo, medo de ser assassinada, espancada, medo dos filhos sofrerem agressões ou de perder a guarda deles. Além desse medo, há por trás disso tudo uma dependência emocional, financeira e até mesmo vergonha de se sentirem culpadas pelos acontecimentos e isso só intensifica cada vez mais a culpabilidade da vítima e faz com que se mantenham em silêncio sobre o que passam ou passaram.

O controle motivado por ciúmes não é amor e muito menos romântico. Controlar o que a parceira veste, com quem ela conversa, onde ela vai, proibir que ela faça algo, não é sintoma de paixão, é sinal que o relacionamento é abusivo e nada saudável.

Quebrar o silêncio e sair de um relacionamento abusivo é muito difícil e a pessoa precisa e necessita receber apoio de amigos e familiares e não absorver os comentários que a culpa diante da sociedade.

A cultura machista influencia em tudo: em como o judiciário irá aplicar o disposto em lei, em como os profissionais de saúde e os policiais atenderão a

vítima de violência e em como a sociedade irá encarar a violência sofrida por uma mulher em nosso cotidiano.

5 - A POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO ABORTO LEGAL

O ordenamento jurídico brasileiro, dispõe sobre o aborto nos seus artigos 124 a 128 do Código Penal, sendo considerado crime todas as modalidades, tendo como exceção o aborto legal, previsto no artigo 128 do Código Penal.

Em seu dispositivo legal, o artigo 128 do Código Penal, contempla uma causa especial de exclusão da ilicitude, ou seja, não há crime devido ao fato de ser permitido pela legislação brasileira:

Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I- se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante do estupro

II- se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940)

Em caso de gravidez decorrente de estupro, o aborto é uma das hipóteses em que o dispositivo legal, artigo 128, II, do Código Penal se permite a realização desse aborto sem que haja crime, encontrando fundamento de validade na dignidade da pessoa humana, ou seja, o legislador entende que não se pode exigir da mulher a aceitação em manter uma gravidez, criar um filho, resultante de um momento trágico, covarde e indesejável.

O aborto decorrente do estupro, também conhecido como aborto sentimental, possui um grande envolvimento da questão dos sentimentos da mulher em ter gerado um fruto de um momento de medo, terror e, é nesse sentido que acredita-se que a mulher não precisa gerar um ente sabendo que este não foi concebido consensualmente, com aceitação e amor, e ter que criar uma criança nessa situação seria triste e frustrante.

Logo, o estupro marital traz consigo inúmeras dificuldades, tanto no reconhecimento de que houve o crime, quanto no ato da denúncia, bem como no momento de admitir aos familiares e conhecidos sobre os abusos sexuais domésticos.

Pelo imenso repúdio ao referido crime, muitas das vezes a sociedade custa a acreditar na frequência com que as mulheres são

abusadas sexualmente dentro de seus próprios lares e pelo próprio marido. Além da indignação, ocorre ainda que, diante de problematizações enfrentadas pela vítima para a realização da denúncia, acaba que o crime não se torna reconhecido pelas autoridades policiais e pela sociedade.

6 - A REALIDADE BRASILEIRA

6.1. Análise a Lei Maria da Penha

A Lei Maria da Penha foi sancionada no ano de 2006, visando a proteção da mulher e estabelecer como crime a violência doméstica. Esta lei é considerada como um avanço na legislação brasileira, visto que a ONU (organização das nações unidas) a considera como uma das três maiores legislações do mundo no que se refere ao enfrentamento a violência contra a mulher.

Em seu artigo 1º a referida lei dispõe:

Art. 1º - Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (BRASIL, 2006)

O estupro marital também está abarcado na Lei Maria da Penha, já que a referida lei busca punir a violência física, sexual, psicológica, moral e patrimonial que ocorrem na constância domiciliar, entretanto, por mais que a Lei traga consigo um extenso rol de punições para os agentes que praticam tais crimes, também possui diversas modalidades de medidas protetivas à mulher vítima de violência doméstica.

A Lei Maria da Penha em seu artigo 7º, III, esclarece a violência sexual da seguinte forma:

Art. 7º - São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

(...)

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

(...) (BRASIL, 2006)

Desta forma, o conjugue que praticar relação sexual com sua mulher mediante a coação incorrerá no crime tipificado pelo mencionado artigo e poderá sofrer as medidas punitivas, bem como respeitar as medidas de proteção à mulher.

7. ATENDIMENTO INSTITUCIONAL À VÍTIMA

Grande parte das mulheres vítimas da violência sexual na constância do matrimônio deixam de realizar as denúncias e de procurar ajuda das autoridades policiais devido ao mau funcionamento das redes de atendimento das delegacias e de seus funcionários.

O Estado é omissivo no momento de aplicar as normas pertinentes e há uma má configuração das políticas públicas de atendimento à mulher, juntamente com o escasso preparo de atendimento daqueles que integram a equipe de atendimento.

A ideia de revitimizar a mulher se dá da seguinte forma: primeiramente a figura feminina sofre violência doméstica perpetrada pelo próprio cônjuge, e após o período de sofrimento e anseios de denunciar ou não o agente, quando a vítima decide denunciar o agressor e procurar ajuda, ela novamente se torna vítima em outra situação, dessa vez, secundariamente pelo Estado com seu mau funcionamento.

Os órgãos públicos e seus agentes são os responsáveis por vitimizar a mulher ao invés de acolhe-las após o sofrimento do abuso sexual ou qualquer outro tipo de violência doméstica e familiar.

Desta forma, Vasconcelos e Augusto mencionam em seu artigo uma explicação a respeito da vitimização da mulher:

Por muitas vezes as vítimas que procuram ajuda são submetidas a procedimentos constrangedores, executados por profissionais despreparados, que acabam por causar novos sofrimentos a elas na rota crítica do fluxo da justiça criminal. Constatase, assim, que a grande parte do sofrimento gerado advém do próprio percurso que a vítima tem que realizar na rede de atendimento, ocasionando o fenômeno conhecido como revitimização, na medida em que esta é novamente exposta a constrangimentos e julgamentos morais, contraditoriamente, pelos próprios órgãos que deveriam protegê-las. (VASCONCELOS e AUGUSTO, 2015, p.3)

Tendo em vista essas explicitações, confirma-se novamente a ineficácia do que é tipificado na Lei 11.350/2006 (Maria da Penha), uma vez que a r. lei buscou com seu advento proporcionar implementação, divulgação e incrementação de uma rede especializada para o atendimento específico às mulheres vítimas de violência doméstica.

Além disso, a referida lei prevê que as vítimas deverão serem amparadas por uma equipe eficiente, bem preparada e capacitada com o conhecimento amplo na violência baseada no gênero. E ainda, conta com uma multidisciplinidade, por incluir assistências nas mais variadas áreas, sendo a área psicossocial, a área de saúde e etc.

Diante disso, fica visivelmente comprovado a falta de fé, expectativa e confiança das vítimas de violência no âmbito familiar quanto à eficácia e aplicabilidade da lei que foi criada exclusivamente para punir os agentes praticantes de delitos contra a mulher. Resta comprovado também que, algo não está devidamente ajustado nas delegacias especializadas e por isso pouquíssimas mulheres procuram ajudas institucionais proporcionadas pelo poder público.

No mais, de acordo com a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (2006, p.41 e 42), no que se refere às Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, devem ser inseridas nas mesmas, medidas preventivas com objetivos de instigar, incitar e amparar organizações seja governamentais ou não com intuito

de erradicar a violência, seja ela, moral, sexual, psicológica, física, patrimonial e dentre outras contra as mulheres. No entanto, tal Instituição menciona algumas ações preventivas, a serem seguidas, sendo as mesmas:

- Campanhas de comunicação com filmes, cartilhas e informativos a serem divulgados, sobretudo, entre as (os) profissionais de segurança pública, em escolas, rádios comunitárias e espaços da mídia em geral;
- Promoção massiva de informação sobre as políticas públicas de enfrentamento à violência de gênero;
- Realização de Oficinas dirigidas às mulheres, pautadas por conteúdos afirmativos em relação ao papel da mulher na sociedade e disseminar ações que promovam a mudança de paradigma em relação aos papéis masculino e feminino;
- Incentivo a uma política meritória, que reconheça e estimule as boas práticas na prevenção e atendimento / acolhimento às mulheres em situação de violência, criando circuitos de premiações ou participando dos que já existem, inscrevendo experiências, criando incentivos e estímulos permanentes à qualidade na gestão pública;
- Promoção de campanhas pela cultura de não violência, que mobilizem, sobretudo, a juventude como forma de prevenção à violência de gênero;
- Como forma de prevenção à violência de gênero, criação de espaços adequados no âmbito das políticas sociais e de assistência judiciária, para o atendimento aos agressores;
- Divulgação da Central de Atendimento à Mulher – “Ligue 180”;
- Apoio e Estímulo à criação de Defensorias específicas de Atendimento à Mulher no âmbito das Defensorias Públicas;
- Criação de espaços de atendimento psicológico para as (os) profissionais das Redes de Atendimento, especialmente para aquelas (es) que atuam nas Delegacias, dada as características da profissão policial, expostos a constantes situações de pressão e estresse. É necessário empreender uma política de saúde

que contemple, de forma qualificada, o suporte psicológico e social às (aos) servidoras (es);

- Implementação da política de valorização profissional destinada às mulheres policiais, levantando junto a essa categoria quais as suas prioridades, necessidades e demandas.

Verifica-se desta forma, que o estupro marital é um inimigo sorrateiro, que age dentro das quatro paredes de um lar, na maioria das vezes agregado à violência ou grave ameaça, obrigando, portanto, a cônjuge virago a praticar conjunção carnal sem o seu consentimento. Sendo assim, percebe-se que tal delito fere, não só o corpo, mas também princípios e direitos basilares garantidos constitucionalmente ao ser humano, como a integridade moral e a dignidade da pessoa humana.

7.1. Comprovação da Ocorrência de Violência Sexual

A prova que constata a ocorrência do crime sexual, principalmente a do estupro, é feita através do exame de corpo de delito, onde se verificará a materialidade do crime.

Entretanto, vale destacar que o exame de corpo de delito irá identificar os vestígios deixados pelo agente delituoso, ou seja, se houve por exemplo introdução peniana ou de algum outro objeto, procurará presença de espermatozoides na vítima, lesões nas regiões íntimas da vítima, entre outros.

Ocorre, que na maioria das vezes, o exame de corpo de delito gera medo e constrangimento na mulher devido a situação a qual será exposta, e, além disso, nem sempre poderá se comprovar algo através do mesmo, diante do fato de que, às vezes a mulher denuncia após uma tentativa do cônjuge de obter uma relação sexual forçada, sendo assim, nada será constatado no exame, assim Nucci dispõe que:

Como regra, havendo violência real e comparecendo a vítima para análise médica, obtém-se sucesso na elaboração do exame de corpo de delito; entretanto, nos casos de grave ameaça e nas situações de vulnerabilidade, torna-se praticamente impossível a realização da perícia. Ressalte-se ainda, casos em que ocorrem atos libidinosos

diversos da conjunção carnal, como um beijo lascivo forçado, imune a exames periciais. (NUCCI, 2011, p. 29)

Devido ao constrangimento pelo qual a vítima deverá passar ao ser submetida ao exame de corpo de delito, deve caber ao bom senso comum dispensar a perícia, nas hipóteses em que sua realização não seja mais possível ou que ainda causa danos ainda maiores à vítima.

O doutrinador criminalista Guilherme Nucci, menciona que:

A realização desta perícia é um dos meios mais seguros de prova. Não sendo possível, substitui-se o exame de corpo de delito pela prova testemunhal, querendo com isto, apontar para a narrativa das pessoas que tenham visto a ocorrência do crime, embora sejam leigas e não possam atestar cientificamente a prática do crime. (NUCCI, 2011, p. 47)

Por mais que a perícia seja um dos meios de prova mais relevantes, a vítima poderá dispensá-lo em determinados casos, não precisando novamente ser exposta a uma condição de elevado constrangimento. Portanto, deverá provar por meio de prova testemunhal, o que é muito mais difícil.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, é relativamente notável que desde os primórdios da humanidade há uma cultura enraizada na sociedade acerca das práticas abusivas sexuais, morais, sociais, psicológicas pelo homem diante da mulher. Culturalmente falando, o homem é visto pela sociedade como a figura que deveria ser servida e obedecida a todo instante tendo em vista sua figura de chefe patriarcal da família.

O crime de estupro é relativizado inúmeras vezes, tendo em vista que os ordenamentos penais antigo eliminavam e descaracterizavam o estupro em diversas hipóteses, sendo uma delas, a relação sexual abusiva intramatrimonial era vista como a prática dos direitos sexuais do homem, cabendo a mulher apenas aceitar e cumprir com o seu "dever".

Com o passar dos anos, a sociedade evoluiu e os ordenamentos jurídicos que regem a República do Brasil também trouxeram inúmeros avanços. Entretanto, mesmo diante de avanços jurídicos e sociais, muitas das culturas

ancestrais ainda estão presentes, fazendo com que ainda exista o desconhecimento por parte da sociedade a respeito dos seus direitos e que exista ainda uma enorme desigualdade entre a figura feminina e masculina.

Em meio aos avanços, o crime de estupro começou a ser tratado com o alto grau de repulsão como deveria ser tratado desde os primórdios, entretanto, devido a cultura machista e ainda de diminuição da figura feminina, por mais que o crime de estupro tenha recebido inúmeros avanços, o estupro conjugal ainda é desconhecido pela sociedade contemporânea.

A doutrina moderna, esclarece que o crime de estupro é comum e geral, e não mais próprio como era antigamente, podendo desta forma figurar como sujeito passivo e/ou ativo qualquer pessoa, de qualquer gênero, pessoa desconhecida ou até mesmo o (a) cônjuge.

As mulheres que sofrem silenciosamente a prática de abusos sexuais intramatrimoniais em seus lares, além de desconhecem a configuração do crime de estupro por parte do companheiro, ainda se repudiam por medo de realizar a denúncia, isso porque são inúmeras as dificuldades e os receios para efetivação da denúncia contra seu próprio marido.

A dificuldade para se realizar a denúncia contra o próprio marido se dá por conta de diversos fatores, sendo eles: o mau funcionamento das delegacias especializadas, a precariedade do sistema de atendimento à mulher, a falta de preparo e ética das autoridades e funcionários ao lidarem com a situação narrada pela vítima, a vergonha que poderá passar no ambiente familiar, em meio a sociedade e na delegacia, a dificuldade para a obtenção de provas materiais e testemunhais já que o crime ocorre no silêncio dos lares, entre outros inúmeros motivos.

Em 2006 houve a criação da Lei Maria da Penha, que visa coibir a prática de violências domésticas, trazendo medidas protetivas à figura feminina e ao sujeito ativo que praticar tais condutas delituosas. A lei busca dar à mulher um atendimento específico e multidisciplinar por uma equipe completamente preparada para tais situações.

Além disso, a sociedade brasileira precisa de conscientização sobre o fim da desigualdade de gênero, há uma necessidade de maior informatização a respeito das hipótese de denúncia e maior aplicabilidade e eficácia das medidas protetivas à mulher e melhora das medidas punitivas dos agentes que praticam crimes de violência doméstica.

9. REFERÊNCIAS

OLIVEIRA NETTO, A. A. de. **Metodologia da pesquisa científica**: guia prático para a apresentação de trabalhos acadêmicos. 3. ed. rev. e atual. Florianópolis: Visual Books, 2008.

UNIVERSIDADE TECNOLÓGICA FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. **Normas para elaboração de trabalhos acadêmicos**. Curitiba: UTFPR, 2009.

BARBOSA, Celísia; TESSMANN, Dakiri Fernandes. **Violência Sexual nas Relações Conjugais e a Possibilidade de Configurar-se Crime de Estupro Marital**. 2014.

BRASIL. [Constituição da República Federativa do Brasil](#) de 1988.

BARROSO, LUÍS ROBERTO. **A Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. 2010. Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o [Código Penal](#). Disponível em: < http://www2.câmara.gov.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890_503086-publicacaooriginal-1-pe.html >

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Brasília: Editora Inesc, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial, dos crimes contra a dignidade sexual, dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 539-H). Saraiva, 2011.

CARVALHO, Carina Suelen; FERREIRA, Débora Nayara; SANTOS, Karla Rodrigues. **Analisando a Lei Maria da Penha: a violência sexual contra a mulher cometida por seu companheiro**. 2010. Disponível em: <<http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/6.MoaraCia.Pdf> >.

FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei [12.015](#), de 7 de agosto de 2009/Guilherme de Souza Nucci. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 655

CAMPOS, Andrea Almeida. A **cultura do estupro como método perverso de controle nas sociedades patriarcais**. Revista Espaço Acadêmico, São Paulo, v. 16, n. 183, p. 1 – 13, ago. 2016.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Código Penal Comentado**. 5.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIRABETE, Júlio Falbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2001. v.2

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 26.^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.v.3.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 655

ABANDONO AFETIVO INVERSO: RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FILHOS PARA COM OS PAIS

GABRIELA RIETJENS: Discente concluinte do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

VINICIUS PINHEIRO MARQUES [\[1\]](#)

(Orientador)

RESUMO: No seio familiar, os pais dedicaram suas vidas aos filhos e esperam na velhice uma retribuição, para que nesta última etapa, possa ser vivida com dignidade. Ocorre que, a forma como estas pessoas são tratadas e vistas foram transformadas, pois agora já não são mais úteis nas relações sociais, surgindo a concepção de “peso”, encontrando-se abandonados e desamparados pelos filhos, família e o Estado. Ainda assim, no Brasil não há legislação específica no que toca à possibilidade de responsabilização civil do abandono afetivo inverso, fato este que tem contribuído para que a conduta de abandono se torne cada dia mais comum. O presente trabalho irá estudar o abandono afetivo inverso suportado na esfera familiar, fazendo uma análise na evolução histórica da família, demonstrando seus conceitos e seu desenvolvimento. É abordado também as relações da afetividade com a legislação e com o idoso e as consequências que na ausência desta pode trazer para a vida deste indivíduo. Relacionando este fato ao que vem sendo discutido nos tribunais e o que a própria legislação assegura para com a pessoa idosa e também, há a possibilidade de reparação do dano causado pela carência do afeto, uma vez que fica demonstrado os pressupostos para a responsabilidade civil.

Palavras-chave: Abandono Afetivo Inverso. Responsabilidade Civil. Dano moral. Indenização.

ABSTRACT: In the family, parents devoted their lives to their children and wait in old age for retribution, so that in this last stage, they can be lived with dignity. It occurs that the way these people are treated and seen were transformed, because now they are no longer useful in social relations, emerging the conception of "weight", finding themselves abandoned and helpless by children, family and the state. Still, in Brazil there is no specific legislation in relation to the possibility of civil accountability of inverse affective abandonment, a fact that has contributed

to the abandonment behavior becoming more common every day. The present study will study the inverse affective abandonment supported in the family sphere, analyzing the historical evolution of the family, demonstrating its concepts and development. It is also approached the relationships of affectivity with the legislation and with the elderly and the consequences that in the absence of this can bring to the life of this individual. Relating this fact to what has been discussed in the courts and what the legislation itself assures to the elderly person and also, there is the possibility of repairing the damage caused by the lack of affection, since it is demonstrated the assumptions for the Liability.

Keywords: inverse affective abandonment. Liability. Moral damage. Compensation.

INTRODUÇÃO

A conquista da melhoria de qualidade de vida no país e o aumento da expectativa da longevidade, fez com que o número de os idosos também crescesse. Para tanto, esse avanço que deveria ser visto como progresso para a sociedade é reprovado por grande parte da mesma e principalmente pela própria família, pois aquele indivíduo já não tem o mesmo valor e igual capacidade de quando era jovem.

Nesta direção, a família é quem possui a qualidade de conservar e preservar sua estrutura, a formação comportamental, os valores morais e ainda acompanhar e apoiar a evolução dos membros que à compõe, bem como evidenciar a dignidade da pessoa enquanto ser humano. E sendo assim, esta instituição que é a mais primitiva de todas as organizações sociais ao longo da história da humanidade, é reconhecida por estar ligada por laços de afetividade e afinidade e não pelo literal sentido de utilidade.

Ocorre que o seu conceito sofreu transformações ao longo do tempo, assim como outras mudanças sociais incluindo a imagem do idoso neste mesmo contexto de modificações. Aquela pessoa que é dotada de conhecimento, sabedoria, experiência e vivência e que de alguma forma ainda sente a necessidade de ser tratado como um alguém útil e capaz, muitas vezes não tem-

se reconhecido o seu devido valor. Alguns entes da família, enxergam este ser como frágil, doente e ineficaz, o abandonando e deixando de prover a devida assistência moral e material.

Diante desta constatação, o abandono afetivo é responsável por gerar o sentimento de solidão e tristeza no idoso, prejudicando a sua interação com o mundo, e fazendo em determinados momentos perder o interesse pela vida. Os danos causados em decorrência do abandono são cruéis, ofendendo os direitos da personalidade e de dignidade de pessoa humana, surgindo assim o fator do dano moral e da saúde destas pessoas.

Ainda assim, no Brasil não há legislação específica no que toca à possibilidade de responsabilização civil do abandono afetivo inverso, fato este que tem contribuído para que a conduta de abandono se torne cada dia mais comum. Diante deste quadro, é possível, na ausência de legislação específica, que seja reconhecido o direito de responsabilidade pelo dano causado ao abandono dos filhos para com seus pais?

O presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de reparar e responsabilizar civilmente o dano causado pelo abandono dos filhos para com seus pais, enquanto idosos, sofrido no âmbito familiar.

Para tanto, foi utilizado para o tipo de pesquisa a bibliográfica. Assim, o presente artigo tem como escopo pesquisar e analisar a literatura já existente. O método é o dedutivo, empregando o raciocínio lógico e a dedução para obter uma conclusão sobre um assunto. A abordagem a ser utilizada é a qualitativa, que tem a finalidade de obter dados voltados para compreender atitudes, enfatizando o caráter subjetivo do em questão, observando suas motivações, particularidades e experiências entendendo o problema daquele grupo.

Nesse sentido o trabalho expõe a inevitabilidade da institucionalização de uma lei que aborde de forma específica o abandono afetivo inverso, regulamentando a matéria para que fosse possível pleitear de forma concreta as ações cabíveis e em seguida obter a reponsabilização necessária e eficaz sobre o dano causado. Desta forma no primeiro momento será conceituada e analisada a evolução histórica de família até o atual Código Civil de 2002. Por conseguinte, abordará as concepções do afeto como um dever, discutindo juntamente o Estatuto do Idoso e a sua colaboração para efetiva proteção de seus direitos. E por

fim verificar-se-á o vigente posicionamento das jurisprudências dos Tribunais Superiores, constatando as consequências, conceitos e pressupostos da reparação civil a configuração de dano.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA.

A família é a instituição que mais sofreu mudanças ao longo dos tempos. Essa transformação social e jurídica da família abrange questões divergentes entre o conceito, a compreensão, natureza, a sua composição, do modo que era vista ao longo da história e de como é no presente Estado social. Venosa menciona que,

Neste século XXI, a sociedade de mentalidade urbanizada, embora não necessariamente urbana cada vez mais globalizada pelos meios de comunicação, pressupõe e define uma modalidade conceitual de família bastante distante daquela regulada pelo Código de 1916 e das civilizações do passado (VENOSA, 2017, p.3).

Para a conceituação de família perante as inúmeras transições que esta entidade sofre ao decorrer do tempo em relação as modificações dos cenários antigos e contemporâneos, observa-se uma ampla captação e contextualização para a formação de diversos conceitos. Segundo Alemida e Rodrigues Junior (2012, p.1), a família é considerada a célula, a base fundamentação da sociedade. Sua existência é, por isso, secular. Talvez, ela possa ser considerada uma das formações mais antigas. Por outro lado- o que parece um contrassenso-, também é possível afirmar ser ela plenamente atual.

A priori se faz necessário a diferenciação deste termo em um conceito amplo e restrito. No sentido amplo, resulta considerar o agrupamento de pessoas pelo elo jurídico-familiar, como é o caso dos ascendentes, descendentes e colaterais de uma genealogia, incluindo também ao grupo a linhagem do cônjuge, sendo denominado de parentes por afinidade. Enquanto no conceito restrito, a família é compreendida pelo núcleo familiar composto pelos pais e pai ou mãe e filhos que vivem sobre o poder familiar. Essa instituição, ainda, pode ser vista sob o entendimento sociológico, que são pessoas que habitam e vivem sob um mesmo teto e tendo dentro dessa esfera uma autoridade principal.

Este instituto engloba todos os indivíduos sanguíneos compreendido pelo núcleo famílias, sendo o pai, a mãe e os filhos, os consanguíneos que são os avós,

tios entre outros e também a os parentes por afinidade, que diz respeito a todos aqueles que pertencem aquela família tanto do pai quanto da mãe. E em muitos casos é também composta por por tios e sobrinhos, avós e netos e outros entes familiares. Então o conceito de família é abrangido e entendido por grupos de pessoas que se unem por laços afetivos.

O que aconteceu diferentemente ao longo das primeiras civilizações de grande importância no conceito de família, que eram uma organização ampla e hierarquizada. Em Roma, o poder do *pater* exercido sobre a mulher, os filhos e os escravos é quase absoluto. A família como grupo é essencial para a perpetuação do culto familiar. No Direito Romano, assim como no grego, o afeto natural, embora pudesse existir, não era o elo de ligação entre os membros da família [...]. A instituição funda-se no poder paterno ou poder marital (VENOSA, 2017, p.4).

Enquanto em outro momento da história, o direito Canônico ficou evidenciado nessa época com o cristianismo, por tanto para instituir uma família era preciso ser constituído através de uma cerimônia religiosa. O casamento para os canonistas eram um sacramento, o que Deus uniu o homem jamais poderia destruir. De certa forma essa forte corrente no direito Romano, Grego e também do direito canônico, ajudou na formação do antigo Código Civil de 1916. Visto que a hierarquização, o estado de família patriarcal e transpessoal era cada vez mais nítido no direito brasileiro, com o poder que o homem exercia sobre sua mulher e seus filhos (VENOSA, 2017). Diante disto, fica constatado que a influência dos povos antigos na sociedade, direito brasileiro, no familiar é de proteger o patrimônio que a família tem e que adquire, e também manter o poder familiar nas mãos dos homens. Lôbo (2017, p.17) aduz que “No direito luso-brasileiro, era rígido o poder marital sobre a mulher, com as seguintes previsões, nas Ordenações: castigos, cárcere privado pelo tempo que exigisse a correção, direito de morte, se a surpreendida em flagrante adultério”.

Ao decorrer dos grupos familiares e a dos estados ondem se encontravam, a igreja era de suma importância, pois esta influenciou diretamente no núcleo que se formava naquela época, sendo este meio de classificar o valor de cada ente que compunha o ambiente familiar. E esta mesma organização obtinha um prisma de que a família era composta apenas pelo pai, mãe e filhos e jamais poderiam ser destituídos através da ação humana. E hierarquização afetou diretamente na

formação do direito brasileiro como já mencionado, dando total poder a figura marital.

As principais funções da família como analisado acima naqueles tempos, eram de obter a intenção de proporcionar e impulsionar a função econômica e procracional por meio do aumento do integrantes e membros que a compunham, principalmente filhos homens, como garantia, seguro para o futuro da família e também para velhice. Contudo, foram ganhando forças novas concepções para a função da instituição familiar, através da transformação pessoal da afetividade no espaço de convivência e solidariedade e também com a emancipação da mulher, mudando significativamente o papel feminino no campo profissional e econômico. Aos poucos a família patriarcal foi entrando em crise, dando espaço ao novo código Civil de 2002, o projeto nº 2.285/2007 orientado pelo IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) e também pelos valores incorporados pela Constituição de 1988.

A família atual agora detém da proteção do Estado, transfigurando de um direito subjetivo público e sendo também, um princípio universalmente aceito e previsto na constituição. Para Lôbo (2017, p.17), "A família atual busca sua identificação na solidariedade (art 3º, I, da Constituição), como um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo triunfante dos dois últimos séculos, ainda que não retome o papel predominante que exerceu no mundo antigo".

Com isso, o Direito de família passa a ser renovado e reorganizado, de forma a dar prioridade ao afeto, a harmonia entre seus integrantes, a integridade física e psíquica, a assistência e o próprio amor, que sucedeu a representação da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais instaurados com a Constituição de 1988. Junto ao acontecimento da constitucionalização do Direito Civil fixou uma interpretação distinguida às relações privadas, especialmente o Direito de Família, com a finalidade de acompanhar as modificações sociais refletidas no instituto familiar (LÔBO, 2017).

A instituição familiar é a base da sociedade, neste momento deixa de se preocupar com a sua forma, e passa a direcionar sua efetiva função social na qual é busca pela realização e desenvolvimento de seus membros, na condição de indivíduos que, agora são dotados dignamente de direitos plenos. Pode-se afirmar

que a atual instituição que o Direito protege esta fundado e constituído na afetividade, pluralidade, funcionalização, eudemonismo e repersonalização. Nesse sentido, os pilares das famílias se fazem possíveis por meio dos princípios implícitos e explícitos que entremeiam as relações familiares, quais sejam, o Princípio da Solidariedade, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o Princípio da Liberdade, Princípio da Igualdade, Princípio da Convivência Familiar, entre outros.

1.1. Da Família e os princípios que a regem.

Diante o estado em que a família se encontra, de buscar a evolução de seus membros, dando o suporte necessário para sua existência, convivência e desempenho por meio das relações de afetividade, o Direito Familiar elenca ainda, juntamente com a Constituição Brasileira princípios que reafirmam a extrema relevância que a afetividade tem dentro das interações familiares, e que não estão expressamente ditadas em lei, mas que tem tanta força e o valor de tais.

Os princípios para o direito são os alicerces da norma brasileira, pois caracteriza-se como o primeiro impluso dado para alguma coisa. Deste feito se torna a base em que a norma encontra sustentação para sua legitimação, seja em diferentes ramos como também para ramos específicos como é o caso do direito de família. E ainda assim, dentro deste específico ramo, existe uma subdivisão em princípios fundamentais e gerais no âmbito familiar. Segundo Lôbo (2017, p. 52), os princípios jurídicos, inclusive os constitucionais, são expressos ou implícitos. Estes últimos podem derivar da interpretação do sistema constitucional adotado ou podem brotar da interpretação harmonizadora de normas constitucionais específicas (por exemplo, o princípio da afetividade).

Posto isso, os princípios que regem e são pertinentes a este tema, fundamentais e gerais podem ser agrupados com uma força para que a afetividade dentro das relações familiares e principalmente no caso de abandono afetivo inverso ganhe ainda mais força e seja visto com maior relevância obtendo respaldo em lei dentro dos casos existentes.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um dos mais respeitáveis princípios do ordenamento jurídico brasileiro, onde está previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. No caso em questão, deve ser compreendido como o respeito a todos os integrantes da família, e também a

cada um de forma individual. Busca-se a valoração do ser em detrimento do ter. Impõe ao Direito o reconhecimento da pessoa humana em um todo e não tão somente como um sujeito abstrato em uma relação jurídica, assim o indivíduo se mantém no centro das relações.

A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade (LÔBO, 2017 p.54). Pode-se dizer que a dignidade versa sobre tudo que é imensurável e completo, que não tem preço, e que em nenhum momento poderá ser objeto de substituição. De forma que a verdadeira dignidade qualifica a pessoa como ser detentor da razão e do sentimento, tornando-se inerente a condição do ser.

O princípio da solidariedade unifica-se em virtude dos deveres de cooperação, entres os membros que compõe a família, como também com a sociedade, traduzindo deveres uns para com os outros. Lôbo (2017, p.56) diz que a regra matriz do princípio da Solidariedade é o inciso I do art. 3º da Constituição. No capítulo destinado à família, o princípio pe revelado incisivamente no dever imposto á sociedade, ao Estado e à família (como entidade e na pessoa de cada membro) de proteção ao grupo familiar (art.226), à criança e ao adolescente (art.227) e às pessoas idosas (art 230).

A solidariedade desperta a benevolência da família brasileira moderna, a qual se desfez de raízes patriarcais e autoritárias, se mostrando alcançar a liberdade conquistada ao longo dos anos. Tal qual, esta sob uma nova perspectiva social, se mostrando como a reconstrução de novas bases, sendo a solidariedade a primordial base, que une os laços entre os membros da família de modo democrático.

Com o fundamento explícito ou implícito no princípio da solidariedade, a legislação e os tribunais brasileiros avançam no sentido de assegurar aos avós, aos tios, aos ex-companheiros, aos padrastos e madrastas o direito de contato, ou de convivência com as crianças e adolescentes, uma vez que, no melhor interesse destas e da realização afetiva daqueles, os laços de parentesco ou os construídos na convivência familiar não devem ser rompidos ou dificultados. (LÔBO, 2017, p.57-58)

Sendo assim, ao analisar sobre a mesma perspectiva mais de forma extensiva, se faz valer esse direito ao idoso quando é deparado de frente com desamparado, visando conseguir o afeto inverso.

O princípio da Liberdade se revela na medida em que valida a liberdade para escolher a entidade familiar na qual o indivíduo deseja constituir, mantê-la ou não, e a liberdade de se expressar no ambiente familiar e como deseja participar da vida familiar. O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de esfolhar ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral (LÔBO, 2017, p.64).

E o princípio da igualdade que traz a igualdade entre o homem e a mulher, entre os filhos de qualquer origem e entre as entidades familiares. Não houve outro princípio na Constituição que tivesse causado grandes transformações.

O princípio da igualdade familiar está expressamente contido na Constituição, designadamente nos preceitos que tratam das três principais situações nas quais a desigualdade de direitos foi a constante histórica: os cônjuges, os filhos e as entidades familiares. O simples enunciado do § 5º do art.226 traduz intensidade revolucionária em se tratando dos direitos e deveres dos cônjuges, significando o fim definitivo do poder marital: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. [...] (LÔBO 2017, p. 59).

É neste contexto, que a valorização do patrimônio era visto como principal meio para as relações familiares foi esquecido e sido tomado pelo afeto que hoje é o real suporte fático destas relações. Mesmo que a Constituição de 1988 não aborde explicitamente sobre o afeto, a afetividade tem sido tratada como um princípio implícito à Constituição, especialmente no Princípio da Dignidade da Pessoa humana, da Solidariedade, e no da Convivência familiar. E ainda durante

todo o processo histórico da instituição que é a família, fica comprovado que o afeto é o que uni e termina uma família, não sendo somente um elemento integrante da composição, mais o elemento identificador da entidade familiar.

Desta forma, ficou constatado que a atual função da família esta em apoiar e acreditar no desenvolvimento dos seus membros, respeitando estes enquanto ser humano, de forma digna e tratando a relação de forma igualitária. Tendo em vista que os princípios são de suma importância e ainda insuficientes para o legislador e o judiciário poder se manifestarem sobre os anseios dessa instituição de extrema relevância para o âmbito social.

2. O IDOSO E O AFETO.

Uma vez visto que o afeto é o núcleo das relações familiares, e mencionado como um dever jurídico, mesmo que não há nenhuma norma jurídica que o demonstre como tal, mas é enraizado como princípio implícito na Constituição de suma importância, e se faz objeto para caracterização do abandono afetivo inverso, que é tema desse presente projeto.

O afeto é um fato social e psicológico. Talvez por essa razão, e pela larga formação normativista dos profissionais do direito no Brasil, houvesse tanta resistência em considera-lá a partir da perspectiva jurídica. Mas não é o afeto, enquanto fato anímico ou social, que interessa ao direito. Interessam, como seu objeto próprio de conhecimento, as relações sociais de natureza afetiva que engendram condutas suscetíveis de merecer a incidência de normas jurídicas e, conseqüentemente, deveres jurídicos. O afeto, em si, não se pode ser obrigado juridicamente, mas sim as condutas que o direito impõe tomando-o como referência. (LÔBO, 2017, p.25)

Em que se pese, o afeto é um elemento que além de nortear do centro familiar, ele constitui e direciona o progresso dos membros que a compõe, e ainda confirma a dignidade da pessoa humana, respeitando e valorizando a integridade moral e física, se mostrando, mais uma vez como um princípio implícito na Constituição brasileira. Diante disso, Teixeira e Rodrigues (2010, p. 176) "O afeto só se torna juridicamente relevante quando externados pelos membros das

entidades familiares através de condutas objetivas voluntárias que marcam a convivência familiar.”

A ausência de cuidados esta profundamente unida a proximidade, como também na ausência de afeto e cuidado por parte dos filhos para com os pais. O cuidado e o afeto é entendido como proteção para as pessoas vulneráveis e na falta, inclusive de forma permanente, destes elementos a lei enxegar o abandono, pois o cuidado para o direito tem valor jurídico imaterial, incluindo em seu entendimento a solidariedade familiar e a segurança da afetividade.

Entende-se por abandono afetivo inverso a falta de cuidar permanente, o desprezo, desrespeito, inação do amor, a indiferença filial para com os genitores, em regra, idosos. Esta espécie de abandono constitui violência na sua forma mais gravosa contra o idoso. Mais do que a física ou financeira, a omissão afetiva do idoso reflete uma negação de vida, o qual lhe subtrai a perspectiva de viver com qualidade. Pior ainda é saber que esta violência ocorre no seio familiar, ou seja, no território que ele deveria ser protegido, e não onde se constitui as mais severas agressões (SANTOS, 2016, p.8).

O abandono é entendido quando um indivíduo dispensa de maneira negligencial a responsabilidade a ela incubida em relação a determinada pessoa, gerando danos e consequências. Esses danos podem ser materiais, quando o responsável deixa de fornecer itens de básica sobrevivencia e imaterial, como o afeto, que deve ser destacado como um dever obrigacional, pois se trata de responsabilidade familiar e apoio para o idoso.

Vislumbrando que o afeto jurídico não é observado apenas pelo desamor ou da imposição do amor, mais sim de uma postura solidária e que esteja sendo participativa e gravada na história familiar, principalmente nas relações de pais e filhos e vice-versa, visto que estão e que são mais prováveis a ser tornarem vulneráveis, quando crianças e também idosos. Como reforça Teixeira e Rodrigues, (2010, p.177) “Sendo assim, não é de (des)amor que se trata o afeto como fato jurídico. Mas de uma relação que, quando moldada por comportamentos típicos de uma legítima convivência familiar, é capaz de gerar eficácia jurídica.”

Além do mais, o que está em questão é um dever de cuidado dos filhos para com os pais. No ambiente em que o idoso está situado, ele busca força para vencer a vida, essas forças estão inseridas e localizadas em um ambiente fraterno e afetivo, onde os medos e desconfortos possam ser minimizados. Pois o processo de envelhecimento não é algo fácil para grande maioria, e além da perda física, afeta também a parte emocional, principalmente para aqueles que estavam estabelecidos em um meio onde prosperava o real sentido da afetividade.

Posto presente à pertinência do afeto para a saúde mental e física é claramente vital para o reconhecimento do dever jurídico da afetividade, entre pais e filhos, independentemente dos sentimentos que possuam. Desta forma, a obrigação entre estes, mais principalmente, neste caso, dos filhos para com os pais idosos está constituída e fixada, nos princípios constitucionais do Direito de Família, no Estatuto do Idoso, na Constituição Federal e nos demais códigos.

O abandono afetivo inverso está ligado à ausência de carinho, afeição e assistência, levando ao desamparo das pessoas mais velhas. Mas não há como obrigar o ser humano a amar o outro, porém o não amar não significa desamparar, não dar o pouco se quer de atenção, de escutar. Pois quando crianças a figura dos entes parthenais prestaram toda a assistência e cuidados básicos e fundamentais para o crescimento, educação e evolução dos filhos, só que agora os papéis invertem e com eles a ignorância e impaciência surgem, fazendo com que se sintam inúteis e sem valor algum no meio social e familiar.

2.1. A legislação e o Idoso.

Os idosos têm direitos a personalidade, direitos pertencentes a todo e qualquer ser humano, ou seja, o direito personalíssimo dispendo da própria tomada de decisões em relação a sua vida, sendo eles irrenunciáveis e intrasmisíveis. O dever dos filhos com os pais está também estabelecido em lei, como será visto adiante, e cabe a família protegê-lo e apoiá-lo, pois a idade não está relacionada com a capacidade destas pessoas. Mas somente em casos em que é comprovada sua incapacidade de forma judicial é que a família deverá intervir, caso contrário eles poderão usufruir mais ainda a vida, de maneira digna e assegurados de que serão cuidados corretamente, cercados de todos os seus direitos. No artigo 11 do Código Civil de 2002, (2017) diz que com a exceção dos

casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitações voluntária.

Porém diante o descaso vivenciado pela pessoa idosa, que vem se tornando cada dia maior, existe a vigência dispositivos jurídicos que asseguram os direitos cabido a eles e garantem o seu cumprimento perante a lei. Mas como já mencionando anteriormente não existe ainda uma legislação específica que trata de forma absoluta sobre a falta de afeto, de cuidado.

Diante desta situação, para que o Idoso não se encontrasse totalmente desamparado foi criado no dia 1º de outubro de 2003 e publicado a Lei nº 10.741/2003 do Estatuto do Idoso, que descreve diretrizes, normas, regras, princípios para atender as necessidades básicas do idoso. A Constituição Brasileira utilizou-se do caráter biológico-cronológico para determinar as faixas etárias das pessoas que se enquadram com a melhor idade. Esta varia entre 60 (sessenta) e 65 (sessenta e cinco) anos, no tocante a aposentadoria. A Organização Mundial de Saúde (OMS), nos países desenvolvidos, a idade é de sessenta e cinco e países em desenvolvimento é de sessenta.

Essas necessidades são de fato necessidades pertencentes à vida humana, pois é feito que um dia todos cheguem à velhice. E com a melhor idade é inerente que diversos fatores, como o meio de se relacionar com a sociedade, a herança genética, o meio econômico surgem como questões delicadas em sua grande parte, mas é imprescindível que a qualidade de vida destas pessoas não seja inferiorizada, e sim cada vez mais digna.

Para tanto, o Estatuto do Idoso deixa claro em seu dispositivo assegurar o direito do idoso. Em seu artigo 4º, o legislador buscou preservar o idoso contra qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão. No título II, ele demonstra no artigo 8º ao artigo 42 direitos sociais, normas de ordem pública, de caráter protetivo dos direitos fundamentais dos mais velhos. Já o seguinte título alcança as medidas protetivas ao idoso compreendendo os artigos 43 ao 45. E, por conseguinte o título das políticas de atendimento ao idoso, versa sobre os esforços dos órgãos públicos, dos entes de iniciativa privada, e ainda das organizações não-governamentais e da sociedade no emprego dos recursos econômicos, sociais, matérias e humanos objetivando o cumprimento dos

benefícios para com o idoso. E o título V dispõe sobre os crimes praticados contra a pessoa idosa e por fim as disposições finais e transitórias.

Além desse dispositivo que assegura os direitos dos idosos, ainda existe a Política Nacional do Idoso - Lei nº 8.842/1994. Esta lei retrata o desenvolvimento socioeconômico, os anseios e preocupações com os indivíduos que eram vistos como ineficazes, mas que ainda tinham e tem muito no que contribuir para o crescimento social, preservando os cuidados, respeito e proteção devido e adequado com a realidade destes.

Ademais o Código Civil visa resguardar garantias básicas ao idoso em várias ocasiões, como no artigo 1.641 no seu inciso II: "Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos" (Redação dada pela Lei nº 10.406, de 2002). Como também nos artigos 1.695 e 1.696 que antecipam sobre o dever de assistência entre pais e filhos, permitindo o pedido de pensão alimentícia quando não puder se manter sozinho.

Artigo 1695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento. Art. 1696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. (Redação dada pela Lei nº 10.406, de 2002).

Como também o Código Penal de 1940 conta com normas que beneficiam o idoso, como o artigo 65, inciso I, o artigo 115 entre outros. O Processo Civil, no que se refere ao direito de ação, mantêm o idoso participativo, através do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que está expresso na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, XXXV. Ou seja, haverá prioridade nas tramitações dos processos quando qualquer um contar com idade superior a sessenta e cinco anos.

Mas como toda a legislação, as garantias ao idoso, ainda não são suficientes para a saúde mental, pois a ausência afetiva causa danos à personalidade do indivíduo como a falta de autoestima, de segurança e confiança que pode acarretar em depressão, solidão, insegurança, perturbação da mente, ansiedade e

ânseios. E todas essas doenças podem ser refletidas na parte física, no corpo da pessoa idosa, como a ausência de ânimo que impede a vontade de se mexer, de buscar algo novo, alguma atividade que possa melhorar no seu desempenho.

As causas do abandono afetivo inverso vão além do que possa ser demonstrado ou escrito, são marcas que ficarão registradas para uma vida toda. São sentimentos e dores, que poderiam ser transformadas se a família tivesse demonstrado um cuidado a mais para com os pais que hoje, neste estágio da vida se encontram como pessoas frágeis. É como menciona a Ministra Relatora Nancy Andrighi no recurso especial nº 1.159-242/SP que descreve a melhor justaposição da relação entre o amor e o dever:

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tido por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. (STJ - REsp nº 1.159-242/SP (2009/0193701-9). Rel. Ministra Nancy Andrighi. Segunda Seção, jul. 24.04.2012).

Por isso o afeto tem que ser observado como um valor jurídico, pois reúne preceitos que vão além do amor e do carinho, mas conecta a exata medida de cuidado, dedicação, preocupação que são destituídos, ficando reconhecido em cada indivíduo um ser possuído de dignidade e de direitos. Com isso a ação ou a omissão deste valor, esta ligada na maneira e na conduta dos filhos que provocam o abandono, contrariando os direitos da convivência familiar, sendo uma relação

biológica ou afetiva, gerando dano aos idosos, que muitas vezes podem ser permanentes ou até mesmo fatais.

A relação afetiva é o coração, o alicerce, a esperança para se ter uma velhice tranquila, sossegada e com paz. A vida já é difícil e quando a pessoa se encontrada neste estágio, só quer alcançar o restante de dignidade que ela tem, quer a atenção daqueles que são os mais importantes bens de sua vida, que é sua família, seus filhos, netos. Esses são os verdadeiro significado de cuidar, de laços afetivos, de dever e auxílio.

3. A RESPONSABILIDADE E O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS.

Posto que a vulnerabilidade do idoso por meio do abandono afetivo inverso está cada vez mais presente na sociedade e que pode gerar graves consequências, será verificado que com a negligência do dever de cuidado, como um o possível causador de dano, a possibilidade de responsabilização e reparação, por meio de uma tutela jurídica. A responsabilidade é um aspecto da realidade social e tem como objetivo reparar o dano causado a outrem, decorrente de uma violação de um dever jurídico, preservando os bens patrimoniais e os de personalidade.

Conforme os conhecimentos de Gonçalves (2016, p.19),

Toda a atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.

Posto que aquele que violar um direito, tem a incubência de ressarcir o prejuízo causado com o propósito de restituir o equilíbrio e tratando-se do idoso e do afeto é ainda mais comum observar esta violação. E ainda Gonçalves reforça seu entedimento dizendo (2016, p.19),

Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo multiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites

da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social.

Neste viés, a família é o primeiro contato de socialização do ser humano, sendo o suporte do meio social, e elemento que incentiva a realização dos seus integrantes, portanto, não há que se falar em distanciar a aplicação da responsabilização no âmbito familiar. E sobre essa dimensão é que entre os filhos e os pais não existe somente a ligação de afeto, mais existe também um vínculo legal.

A Constituição Federal de 1988 traz em seus artigos 229 e 230:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. (Redação dada pela Lei nº 10.406, de 2002).

É manifesto que tais atribuições comprovam um dever de responsabilidade, um dever jurídico na relação de filhos e pais, sendo notória que a violação gera dano e acarreta em indenização. Consequentemente é perfeitamente cabível a Teoria da Responsabilidade Civil nos casos de abandono afetivo. Como discorre Gonçalves em sua obra (2016, p.20) "Coloca-se assim, o responsável na situação de quem, por ter violado determinada norma, vê-se exposto às consequências não desejadas decorrentes de sua conduta danosa, podendo ser compelido a restaurar o *status quo ante*".

Sabe-se que o dever é uma conduta humana (responsabilidade subjetiva por ser baseada em culpa), transformada em ação ou omissão, que no caso do abandono afetivo inverso torna-se uma conduta omissiva do dever de cuidar, configurando uma ilicitude da norma, já que à responsabilidade dos filhos estão elencadas na Constituição e no Estatuto do Idoso e que na falta dessa, resulta em atos danosos para o idoso que sofre com abandono. O Código civil diz no seu artigo 186 que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou

imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (Redação dada pela Lei nº 10.406, de 2002).

A ilicitude de uma norma traz conjectura da culpa ou dolo que deverão ser analisados no caso concreto. O dano é observado a partir do momento e da medida que o idoso vai sofrendo com o desafeto e as conseqüências que causam. Porém o dano e o nexa causal deverão ser analisados de forma minuciosa para que não haja a banalização e descaracterização do afeto.

Assim o dano, é fator responsável pela obrigação de indenizar. Ele abrange o prejuízo material e imaterial alcançado na vítima, em função da conduta praticada pelo ofensor. E também denominado de dano moral e/ou patrimonial. O dano patrimonial adentra na esfera dos danos emergentes que são as perdas e a deteriorização do bem patrimonial, dos lucros cessantes e/ou frustrados, sendo tudo aquilo que o indivíduo deixou de ganhar com aquele bem. Assim é possível compreender ainda melhor, de acordo com os ensinamentos de Gonçalves (2016, p. 368):

É possível distinguir, no campo dos danos, a categoria dos danos patrimoniais (ou materiais), de um lado, dos chamados danos extrapatrimoniais (ou morais), de outro. *Material* é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido. *Moral* é o que só ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio.

Com relação ao dano moral, este vem tratar do direito da personalidade que são os direitos básicos inerentes ao ser humano. O dano no direito personalíssimo não afeta o bem patrimonial, mas afeta o bem da personalidade humana, podendo ou não também acarretar na atenuação de um patrimônio.

Portanto, por se referir de dano que afeta a esfera personalíssima, no caso do abandono afetivo inverso, ferindo a imagem, a conduta, a reputação, a honra, sentimento, este pode ser considerado um dano imaterial, ou seja, dano moral. Desta forma, Gonçalves conceitua o dano moral em seu livro de Responsabilidade Civil:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a

intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere nos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (GONÇALVES, 2016 p.387).

Para que não ocorra a mediocrização da penalidade do abandono afetivo inverso, surgem hipóteses a serem observadas para a compreensão e entedimento do dever de indenizar, sendo estas, a comprovação do ato ilícito e o abuso do direito, o surgimento concreto do dano de um bem extrapatrimonial, não operando nenhuma forma tentada. Em seguida é analisado o nexo causal, que também faz parte dos pressupostos da responsabilidade civil, e é nele que é identificado a ligação entre a conduta praticada pelo agente foi o motivador da causa do dano. E por fim a culpa, demonstrando que mesmo que o agente não agiu com a intenção de obter aquele resultado, agiu com negligência, imperícia e imprudência. Santos em seu trabalho, diz:

Os atos ilícitos são aqueles que contrariam o ordenamento jurídico lesando o direito subjetivo de alguém. É ele que faz nascer à obrigação de reparar o dano e que é imposto pelo ordenamento jurídico. O Código Civil Brasileiro estabelece a definição de ato ilícito em seu artigo 186: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Através da análise deste artigo é possível identificar os elementos da responsabilidade civil, que são: a conduta culposa do agente, nexo causal, dano e culpa. Este artigo é base fundamental da responsabilidade civil, e consagra o princípio de que a ninguém é dado o direito de causar prejuízo a outrem (SANTOS, 2012).

Por isso, o descuidado, descaso, menosprezo, gerados pelos filhos para com os pais atingem o direito da personalidade e da dignidade dessas pessoas, por isso há em que se falar na indenização por esse descuido. A indenização pecuniária, não vem com a intenção condenatória do filho pela inexistência do dever de cuidar, mas vem o intuito de "suprir" as necessidades da vítima, em razão do indivíduo responsável, que causou a dor, o sofrimento, seja punido de alguma forma e responda por seus atos.

Como é o caso, que foi retratado a respeito do tema em 2012 na Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) o recurso especial nº 1.159-242/SP, que manteve a decisão, por maioria dos votos, a condenação de um pai pagar à filha uma indenização de 200 mil reais devido ao abandono afetivo como mencionado anteriormente neste trabalho a Ministra Relatora Nancy Andrichi, fazendo com que esse se faça a interpretação extensiva do caso, para que haja um posicionamento seguro da jurisdição a respeito da posição dos idosos.

E também um projeto de Lei nº 4294/2008 que pretende acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 do Código Civil e ao art 3º do Estatuto do Idoso, estabelecendo a indenização tanto para idosos quanto para adolescentes em razão do dano moral causado pelo abandono afetivo. Este projeto descreve que as obrigações não são somente com o auxílio material, mas também há a necessidade do auxílio moral, que garantem a personalidade e a dignidade que são indispensáveis para o crescimento dos filhos, e ao respeito, cuidado e garantia ao idoso. E ainda frisa que não é a obrigação de amar o objetivo do tal projeto, mas sim, o cuidar, devendo ser responsabilizado aquele que gera o dano em favor do abandono.

Este projeto de Lei ainda não foi aprovado, mas já tem parecer pela a aprovação da Comissão de Seguridade Social e Família, da Relatora Jô Moraes e do Relator Geraldo Thadeu. E caso o projeto seja aprova, assim, o idoso será compensado com toda a seguridade de que nada poderá lhe falta, o dano moral será certo e determinado, podendo o julgador quantificar o dano moral conforme o caso concreto.

CONCLUSÃO

O fato de todos os seres humanos passarem pelo processo de envelhecimento, não se torna um fato novo, e sim é algo concreto, que permanece em sociedade desde o sua origem. Feito que vem acompanhando a sua evolução ao longo do tempo e que é sentido de formas divergentes e se enquadrando ao período social em questão.

Ocorre que este processo tem mudado e alterado gradativamente a realidade brasileira, pois ouve um aumento do número de pessoas da melhor idade, e com isso, o governo e a legislação não esta preparada para receber as

dificuldades, sem o amparo de políticas públicas para tentar resolver este cenário. A princípio, a maior dificuldade foi acreditar que o fato gerador de toda essa situação estava somente relacionado a idade, não observando que abordaria um processo com numerosas razões, das quais não se enquadrariam em uma única causa, padrões ou até em um mesmo tópico.

Portanto, a população também se encontra despreparada para suprir as necessidades da pessoa idosa forma efetiva, não só a população como também o Estado e a própria família. Carências essas que estão vinculadas com a qualidade de vida, que são alcançados por intermédio da educação, saúde, moradia, cultura, alimentos e o mais fundamental o afeto, o cuidado dos filhos, devendo cumprir com o seu papel.

Por mais que existam na legislação atual garantias e direitos constitucionais no âmbito destinado ao idoso, estes se encontram cada vez mais isolados, abandonados por suas famílias, dificuldade com o acesso a saúde, a inexistência de espaço para o mercado de trabalho, a escassez de ambientes educacionais para atender as necessidades destas pessoas, acarretando assim locais e cenários de baixo nível de expectativa de vida, de miséria.

É em meio a esse quadro que se vê a fundamental relevância da imagem jurídica do Abandono Afetivo Inverso, que é quando os filhos deixam os pais enquanto idosos desamparados de maneira negligencial em razão de uma conduta comissiva ou omissiva. A perspectiva do abandono retratado neste trabalho é fundamentado na falta de cuidado, amor e apoio por parte dos filhos.

Diante a não existência de uma legislação específica foi realizado uma análise em torno da Constituição Federal Brasileira de 1988, Estatuto do Idoso – Lei 10.741/2003, a Política Nacional do Idoso – Lei nº 8.842/1994, o Código Civil Brasileiro de 2002, o Código de Processo Civil, Código Penal de 1940, um projeto de Lei nº 4294/2008 e por fim um recurso especial nº 1.159-242/SP.

Com isso, é nótório que o legislador não deixou de amparar o idoso, e restou comprovado que o ordenamento jurídico fornece dispositivos legais de proteção, possibilitando a fruição de seus direitos. Porém a execução destes dispositivos, não é aplicada de forma eficaz e coerente, pois ainda existe uma carência em relação ao idoso, carência da qual o abandono se faz presente através dos responsáveis.

É fato que o afeto não se pode ser obrigado e tão pouco imposto, mas ele vem implícito nos termos legais e conseqüentemente põe em ação o dever de cuidar, e quando este dever não é obedecido ele contrária diversos princípios, tais como da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade entre outros. E se a uma violação de direitos quando se comprova a falta do afeto relacionado ao cuidado filial-paterno, a que se falar em indenização por meio da responsabilidade civil.

É um instituto que vem com o objetivo de reestabelecer o equilíbrio quando ocorre um dano, mais especificamente o dano moral, para suprir e reparar danos sofridos injustamente em razão da pessoa idosa, como forma de compensar a dor do sofrimento mediante a contrapartida pecuniária.

O objetivo é que aqueles responsáveis pelo abandono sejam punidos com o intuito preventivo, de conscientizar os filhos em relação ao seu papel dentro da entidade familiar. Mesmo que o amor, o afeto ainda não possa ser valorado no sentido pecuniário, aflora a vontade de se tutelar essa matéria, para que o dever de cuidar não seja violado e posteriormente seja uma medida preventiva para impossibilitar o ato do descuido, diminuindo a frequência do abandono afetivo inverso. Assim, o filho que negligenciar ou deixar de prestar o auxílio preciso por mero deleite, suportará a penalização e indeniza-lo-á pelo Abandono Afetivo Inverso.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BEZERRA, Carlos. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei nº 4294/2008**. Acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Disponível

em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>>. Acesso em: 23 de outubro de 2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 de abril de 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 30 de abril de 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994.** Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm>. Acesso em 30 de abril de 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 30 de abril de 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto de idoso e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em 30 de abril de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.1159.242/SP** (2009/ 0193701- 9). Rel. Ministra Nancy Andrighi. Segunda Seção, jul. 22.04.2012. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100798/Julgado_1.pdf>. Acesso em: 23 de outubro de 2018.

CARNEIRO, Sérgio Barradas. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei nº 2285/2007.** Revogam-se dispositivos das Leis nºs 10.406, de 2002; 5.869, de 1973; 5.478, de 1968; 6.015, de 1973; 6.515, de 1977 e 8.560, de 1992; além do Decreto-Lei nº 3.200, de 1941. Aplica dispositivos dos arts. 226 e 227 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373935#marcacao-conteudo-portal>>. Acesso em: 23 de outubro de 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Ana Luiza. Abandono Afetivo Inverso. **Revista Jus Navigandi** [online], 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45978/abandono-afetivo-inverso>>. Acesso em: 29 de Abril de 2019.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em: 24 de Abril de 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima. **O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Famílias**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NOTA:

[1] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito da Faculdade Católica do Tocantins. Advogado. E-mail: vinicius.marques@catolica-to.edu.br.