

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1021

(Ano XIII)

(11/06/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

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, 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.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelada em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

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

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



Einstein errou?

Carlos Eduardo Rios do Amaral, 08.

ARTIGOS

Apogeu e queda da classificação das empresas estatais entre prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividades econômicas

Gabriela Duque Poggi de Carvalho e Jacintho Arruda Câmara, 10.

Serial killer: aspectos psicológicos e jurídicos frente ao direito penal brasileiro

Layane de Jesus Marques e Jéssica Aline Araújo Luz, 36.

Improbidade administrativa sob a perspectiva do direito à saúde em tempo de pandemia

Náira Carvalho Cavalcante Wolney, 53.

Os reflexos do princípio da primazia do julgamento do mérito na ampliação da devolutividade dos recursos cíveis

Antonio João da Silva Neto e Igor Moura Araújo, 62.

Licitações públicas: Lei Complementar nº 123/2006 e os seus benefícios para pequenas empresas

Rodolfo Souza Santos, 83.

Herança digital e a possibilidade de transmissão post mortem dos bens adquiridos em ambiente virtual

Rayanne Marcella Ramos Corrêa e Guilherme Augusto Marques Lacorte, 95.

(Des)Criminalização do Aborto: Alterações sobre a Inteligência do Tema

Carmen Ferreira Saraiva, 116.

Abolicionismo penal: prisões anacrônicas e a possibilidade do seu aniquilamento

Calebe Araújo de Freitas e Eryanne Maria da Conceição Dias, 141.

A importância da assessoria jurídica contínua nos processos licitatórios da administração pública

Lucas Alves Costa, 163.

Inventário extrajudicial: vantagens e desvantagens

Cássia Rosana Masson, 178.

A violência psicológica contra a mulher

Vanessa Ribeiro Martins, 194.

A utilização da alienação parental como um instrumento de vantagem na disputa de guarda

Luana Caroline de Souza Moraes, 211.

O uso do Direito Penal diante da pandemia do novo coronavírus: as consequências penais do não cumprimento das medidas sanitárias

Francis Júnio Marques Medeiros de Souza, 239.

Alienação Parental

Yasmim Luiza de Souza Couto, 253.

A busca para a concretização do melhor princípio para a criança na guarda compartilhada

Cássio Leandro Menechelli, 271.

Família Homoafetiva: Judicialização “Versus” Omissão Legislativa

Carmen Ferreira Saraiva, 282.

Escolas do campo e ensino remoto no contexto da pandemia

Vanessa Andriani Maria, 302.

A atuação do advogado criminalista na execução penal

Elias Ribeiro de Freitas, 316.

Abandono socioafetivo e a obrigação de indenizar

Vitória Araújo Corrêa Acácio, 335.

A aplicabilidade da lei de improbidade administrativa.

Tiago Fiorese de Carvalho, 353.

O fornecimento judicial de medicamentos sem registro sanitário na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) sob a ótica do Supremo Tribunal Federal – STF

Kleber Kelvin Ribeiro Moraes, 374.

O reflexo da violência doméstica no período da Covid-19

Maria Beth Froz Marques, 386.

A inconstitucionalidade de um projeto de lei como afronta à memória coletiva: estudo de caso da biografia negligenciada de Monsenhor Luiz, Desterro de entre Rios – MG

Vagner Luciano de Andrade e Antônio De Paiva Moura, 397.

Natureza e recorribilidade da decisão de liquidação no Processo do Trabalho à luz da Reforma Trabalhista

Thaise Reinert, 426.

Desconsideração inversa da personalidade jurídica

Marcelo Masson, 435.

Da (in)constitucionalidade das prisões preventivas decretadas no âmbito da Central de Inquéritos de Teresina-PI

Éllen Alana da Silva Veloso e Francisco Marcos Almeida da Silva, 463.

O Código de Defesa do Consumidor nos contratos bancários: a teoria finalista mitigada em contratos bancários para capital de giro

André Lucas de Macedo Uchôa e Felype Manoel da Costa Cantanhede, 486.

Importância dos alimentos gravíticos ao nascituro com base na Lei n.º11.804/2008

Mázya Helane Lima Araújo, 509.

Famílias Poliafetivas: Na percepção do ordenamento jurídico

Gilmara Batista da Silva, 523.

EINSTEIN ERROU?

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:

Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

Diz a lenda que certa vez perguntaram a Albert Einstein como seria a 3ª Guerra Mundial. Tomado pela lembrança das bombas atômicas de Hiroshima e Nagasaki em Agosto de 1945 teria respondido:

“Não sei como será a Terceira Guerra Mundial, mas poderei vos dizer como será a Quarta: com paus e pedras”.

Não sei se realmente o gênio alemão disse essa sentença, mas todos nós no Século XX tínhamos essa certeza num mundo dividido entre as superpotências, Estados Unidos da América e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, cada uma com seu gigantesco arsenal nuclear. O diretor Nicholas Meyer bem retratou em *The Day After* (1983) nossas derradeiras expectativas sobre a Guerra-Fria.

A Perestroika e a Glasnost de Gorbachev, a queda do muro de Berlim em 1989, seguida da desintegração da URSS, fez o mundo respirar aliviado com relação ao apocalipse nuclear futuro. A Terra sobreviveu ao Século XX e sua chamada “Era da Catástrofe 1914-1945” (Eric Hobsbawm). A pax norte-americana cintilava em todos os paralelos e meridianos.

Entretanto, o Século XXI inaugura nova estratégia militar: a guerra digital. Exércitos, tanques, navios e aviões de guerra foram substituídos pela tecla “Enter”. Em 2021, ninguém ignora o assustador e imensurável poder da Internet e da conexão móvel. Se comunicação é poder, agora os senhores da guerra possuem poder ilimitado, senão quase divino.

Esse poder extraordinário e fascinante da guerra digital prenuncia que não teremos mais Waterloo, Stalingrado ou Iwo Jima. As campanhas de guerra não serão mais travadas em campos de batalha, mas nas telas de nossos laptops e celulares. A nossa mente é o alvo dessa artilharia, nossas sensações de medo e felicidade o bunker a ser explorado pelo fogo inimigo, a cada segundo.

Não teremos mais execuções sumárias de Romanov, Ceaușescu ou Aquino. A guerra digital fuzilará impiedosamente a vida privada, a honra e a moral de reis e presidentes, tornando-os verdadeiros cadáveres políticos a ser devorados pelas famintas hienas das redes sociais e outras alcateias de vida espartana. Bombardeios por memes, rajadas de metralhadoras por viralizações, snipers por disparo em massa

de mensagens, a bomba atômica pela temível fake news. Um arsenal militar transnacional e invencível concluso aos donos do mundo, “cancelando” qualquer potencial inimigo.

Einstein errou? Não sei. Talvez quanto a qual guerra futura será de “paus e pedras”. O que aprenderemos com a guerra digital? Como será o seu pós-guerra? Pessoalmente, espero que a humanidade encontre um caminho de respeito às diferenças e de sincera empatia a todas as criaturas.

APOGEU E QUEDA DA CLASSIFICAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS ENTRE PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS E EXPLORADORAS DE ATIVIDADES ECONÔMICAS

GABRIELA DUQUE POGGI DE CARVALHO:

Mestranda em Direito Administrativo na Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (Brasil)

JACINTHO ARRUDA CÂMARA¹

(orientador/coautor)

RESUMO: O artigo demonstra a origem da classificação das empresas estatais entre prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica e como essa criação doutrinária foi encampada pelo STF, proporcionando a aplicação em casos concretos de diferenças de regime jurídico que não estão previstas no direito positivo brasileiro. Aponta-se, na sequência, uma discreta movimentação da jurisprudência do STF na aplicação da tese e a opção reafirmada pelo legislador de não atribuir efeitos à diferença entre prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica ao editar o estatuto jurídico das empresas estatais. Ao final, como conclusão, são apresentados argumentos para referendar a constitucionalidade do tratamento previsto na legislação brasileira.

ABSTRACT: The article demonstrates the origin of the classification of state-owned companies among public service providers and operators of economic activity and how this doctrinal creation was taken over by the STF, providing for the application in concrete cases of legal regime differences that are not provided for in the Brazilian positive law. It follows, then, a discreet movement of the STF's jurisprudence in the application of the thesis and the option reaffirmed by the legislator of not attributing effects to the difference between public service providers and operators of economic activity when preparing state-owned companies bylaw. At the end, as a conclusion, arguments are presented to endorse the constitutionality of the treatment provided in the Brazilian legislation.

¹ Professor de Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (Brasil).
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (Brasil)

Palavras-chave: Organização administrativa; empresas estatais; estatuto jurídico das estatais; estatais prestadoras de serviços públicos; estatais exploradoras de atividades econômicas.

Keywords: Administrative organization; state-owned companies; state-owned companies bylaw; state-owned public service providers; state companies exploring economic activities.

Sumário: 1. Introdução. 2. O surgimento das estatais no Brasil. 3. A dicotomia empresa estatal prestadora de serviços públicos vs empresa estatal exploradora de atividade econômica. 4. A jurisprudência do STF. 5. Questionamentos à aplicação de regime jurídico diferenciado em função da atividade desenvolvida pela empresa estatal. 6. Conclusões.

1 Introdução

A Constituição e a legislação brasileiras contemplam uma distinção entre as empresas que integram a administração pública, as chamadas empresas estatais. A classificação positivada separa tais empresas em *empresas públicas*, cujo capital é exclusivamente estatal, e *sociedades de economia mista*, com maioria do capital votante sob controle estatal, mas com participação acionária privada.

Goza de prestígio em parte considerável da doutrina e jurisprudência brasileiras, contudo, uma classificação sobreposta à prevista no direito positivo e que produz reflexos práticos mais contundentes do que a própria distinção positivada. Trata-se da concepção segundo a qual o regime jurídico das estatais seria definido pelo tipo de atividade que exercem. As estatais prestadoras de serviços públicos, embora com natureza jurídica de direito privado, teriam direito a regime jurídico de proteção próprio das pessoas jurídicas de direito público (como a imunidade tributária e a impenhorabilidade de bens). As estatais exploradoras de atividades econômicas, por sua vez, estariam sujeitas ao regime jurídico próprio de direito privado, salvo quanto às derrogações previstas na Constituição (necessidade de realização de licitação e concurso público, por exemplo), mas sem gozar de prerrogativas próprias do regime de direito público. Essa classificação em função da atividade desempenhada foi criação da doutrina brasileira e passou a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, mesmo sem contar com previsão expressa no direito positivo. Trata-se de criação doutrinária e jurisprudencial de sensíveis efeitos práticos.

A classificação surgiu na Década de 1960, mas sua ampla difusão e incorporação pela jurisprudência da mais alta corte no país se deu após a Constituição

Federal de 1988. A tese busca respaldo em interpretação do art. 173 do texto constitucional, que disciplina a atuação estatal no campo do domínio econômico. Essa interpretação parte da premissa segundo a qual o constituinte só teria imposto o regime próprio das empresas privadas às estatais exploradoras de atividades econômicas e isso para evitar uma concorrência desleal quando atuassem no âmbito da livre economia. A partir dessa premissa sustenta-se, numa interpretação a *contrario sensu*, que as prerrogativas decorrentes da natureza jurídica de direito público só não seriam aplicáveis às estatais para evitar que elas gozassem de privilégios na competição com empresas privadas. Estatais que não competissem com o setor privado, como as prestadoras de serviços públicos, mereceriam as proteções que o ordenamento confere às pessoas com natureza jurídica de direito público.

O acolhimento da tese pelo STF parece ter sido o auge da influência desta classificação no Direito brasileiro. Essa fase, contudo, começa a dar mostras de esgarçamento. A tese tem sido objeto de questionamentos doutrinários e, também, a ser objeto de alguma modulação pelo próprio STF, ao restringir sua aplicação diante de certas empresas estatais que, embora prestadoras de serviços públicos, concorrem com prestadoras privadas dos mesmos serviços ou que negociam ações em Bolsa de Valores e estão voltadas à remuneração do capital de seus acionistas.

A edição da lei federal 13.303, de 30 de junho de 2016, que instituiu o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista intensificou o debate. Isso porque a nova lei, a primeira editada sob a égide da Constituição de 1988, embora posterior aos precedentes do STF favoráveis à dicotomia, reafirmou a postura constante da legislação anterior e conferiu regime jurídico uniforme às empresas prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividades econômica.

O presente estudo pretende expor a origem da construção doutrinária e os fundamentos de sua incorporação pelo STF, analisando em seguida a procedência dos argumentos empregados. O objetivo geral do artigo é se posicionar a respeito da falta de sintonia entre o direito positivo brasileiro e a defesa do regime de prerrogativas para as empresas estatais prestadoras de serviços públicos. A hipótese de trabalho é a de que a classificação das empresas estatais baseada na atividade por elas desempenhada, após atingir seu apogeu com o seu acolhimento pelo STF, passa a ser questionada pelo próprio STF e por estudos contemporâneos, assumindo uma tendência de perda de efeitos práticos e de prestígio.

O tema é atual e proporciona relevantes desdobramentos práticos, na medida em que projeta como deve ser o regime jurídico de um importante segmento da administração indireta nacional. Para desenvolver o estudo será empregado como método a pesquisa e análise de doutrina, especialmente a nacional, bem como o

levantamento e análise crítica da jurisprudência do STF sobre a matéria, além do levantamento e análise da legislação sobre as empresas estatais.

No item 2 será apresentada a origem das empresas estatais no direito brasileiro, bem como sua evolução até os dias atuais. No item 3 será apresentada a criação e desenvolvimento da tese que pretende separar em duas categorias as empresas estatais em função das atividades que desempenham e conferir a um grupo específico delas, o das prestadoras de serviços públicos, prerrogativas próprias de pessoas jurídicas de direito público. No item 4 serão apresentadas a evolução e o estágio atual da jurisprudência do STF sobre a matéria. No item 5 será apresentada análise crítica da classificação das empresas estatais em função da atividade desempenhada e de seus efeitos, apontando um juízo a respeito da constitucionalidade da opção adotada pelo legislador, que preferiu manter uma unicidade de regime jurídico sobre as empresas estatais. No item 6 serão resumidas as conclusões do estudo.

2 O surgimento das estatais no Brasil

O surgimento das empresas estatais no Brasil foi fruto de demandas políticas e econômicas. Bem antes de a doutrina e a legislação nacional debruçarem-se sobre as estatais e até sobre o fenômeno da descentralização, a administração pública brasileira, já no início do século XIX, fundou sua primeira estatal, o Banco do Brasil, no ano de 1808.

No século XX, a criação das estatais foi intensificada como o propósito de instrumentalizar a intervenção do Estado na economia, a fim de acelerar o processo de industrialização tardio brasileiro. São exemplos de estatais fundadas naquela época o Instituto de Resseguros do Brasil, em 1939; a Companhia Siderúrgica Nacional, em 1942; a Companhia Vale do Rio Doce, também em 1942; a Companhia Hidrelétrica do São Francisco, em 1945; e a Petróleo Brasileiro, em 1953.

Naquele momento, as estatais sequer tinham previsão constitucional. Vigorava a Constituição de 1937, que tratava de forma muito incipiente da intervenção do Estado na economia e não as mencionava. Na doutrina, uma voz pioneira a ecoar o

2 O Banco do Brasil foi criado através do Alvará assinado pelo então Príncipe-regente Dom João de Bragança em 12 de outubro de 1808. A imagem da primeira página do Alvará está disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Banco_do_Brasil#/media/Ficheiro:Alvará_Banco_do_Brasil_01.tif. Acesso em 01/06/2020.

3 FERREIRA, Sérgio Andréa. O direito administrativo das empresas governamentais brasileiras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 136, p. 1-33, abr./jun. 1979.

tema das empresas estatais foi a de Trajano de Miranda Valverde, em 1945⁴. A partir daí outros autores passaram a tratar das empresas estatais, quando já eram realidade consolidada no contexto da administração pública brasileira⁵. A submissão dessas sociedades ao direito dito por comum era opinião majoritária, sem distinções decorrentes do tipo de atividades que exerciam.

A Constituição Federal de 1967 trouxe para o direito constitucional positivado as empresas estatais, embora ainda de forma vaga. O seu art. 163 dispôs sobre a intervenção do Estado na economia e os seus §§ 1º a 3º reconheciam e, ao mesmo tempo, restringiam a possibilidade de o Estado explorar atividades econômicas, limitando-a a uma atuação suplementar à da iniciativa privada⁶. A intervenção estatal na economia só estava autorizada por intermédio de empresas públicas, autarquias e sociedades de economia mista, sobre as quais incidiriam as normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações, salvo quando exercessem atividade monopolizada, hipótese em que haveria a derrogação do regime tributário privado para a incidência das regras, nesse ponto específico, próprio do regime público.

Na sequência à promulgação da Constituição de 1967, foi editado o decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, primeira iniciativa legislativa a tratar de forma sistemática do processo de descentralização brasileiro, conceituando as empresas públicas e sociedades de economia mista e as incluindo na administração indireta. A emenda constitucional 1/1969 alterou por completo o texto da Carta Maior vigente e, no que se refere à intervenção estatal na economia, especificou as hipóteses em que o Estado poderia exercer diretamente atividades econômicas, substituindo a vaga ideia de uma atuação suplementar à da iniciativa privada pela especificação dos casos em que seria admitida. Com a alteração do dispositivo constitucional, as autarquias foram

4 VALVERDE, Trajano de Miranda. Sociedades anônimas ou companhias de economia mista. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 429-441. 1945.

5 Como exemplo, veja: PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 32, p.1-15. 1953.

6 "Art 163 - Às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar explorar as atividades econômicas.

§ 1º - Somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica.

§ 2º - Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas, as autarquias e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações.

§ 3º - A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas."

excluídas do rol dos instrumentos utilizados pelo Estado para a exploração da atividade econômica⁷.

A legislação não sinalizava qualquer distinção entre as normas e o regime aplicáveis a tais sociedades em razão do tipo de atividades que exerciam.

3. A dicotomia empresa estatal prestadora de serviços públicos vs empresa estatal exploradora de atividade econômica

A classificação das empresas estatais em função da atividade desempenhada, como já apontado, não encontra amparo no direito positivo brasileiro, tampouco na doutrina estrangeira⁸. É criação da doutrina nacional, que a adota não apenas para efeito taxonômico, mas, especialmente, para defender a aplicação de relevante diferença quanto ao regime jurídico a lhes ser aplicável.

É difícil estabelecer, com precisão, a origem da classificação. Celso Antônio Bandeira de Mello talvez tenha sido o autor que mais contribuiu para a difusão da ideia⁹. Ela foi apresentada em seu livro "Prestação de serviços públicos e administração

⁷ Veja-se a nova redação conferida ao art. 163 pela emenda constitucional 1/1969:

"Art. 163. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

Parágrafo único. Para atender a intervenção de que trata este artigo, a União poderá instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer."

⁸ Não se verifica citação a obra estrangeira para respaldar a tese nas obras dos principais autores nacionais. Embora a atuação de empresas estatais para explorar atividades econômicas ou prestar serviços públicos seja difundida nos países de tradição romano-germânica, não se percebe que esse aspecto seja considerado como relevante para determinar o regime jurídico aplicável às entidades. Para exemplos de tratamento da matéria no exterior, ver: GORDILLO, Agustín A., **Tratado de Derecho Administrativo**, parte general, tomo 1, 2. ed., Buenos Aires: Macchi, 1994, p. XI-24 – XI-36; GIANNINI, Massimo Severo, **Derecho Administrativo**, traduzido por Luis Ortega, vol. I, Madrid: MAP, 1991. p. 229-235; ENTERRÍA, Eduardo García de; y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, **Curso de Derecho Administrativo**, vol. 1, 7 ed., Madrid: Civitas, 1995. p. 401-408; RIVERO, Jean; WALINE, Jean, **Droit administratif**, 15. ed., Paris: Dalloz, 1995. p. 424-439; VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre, **Droit administratif**, tome 2, 12. ed, Paris: Puf, 1992. p. 624-649; BÉNOIT, Francis-Paul, **Le droit administratif français**, Paris: Dalloz, 1968. p. 243-244; LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves, **Traité de droit administratif**, tome 1, 12. ed., Paris: LGDJ, 1992. p. 242-243.

⁹ A influência deste autor é registrada em monografias e artigos que tiveram como objeto a distinção entre estatais prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividades econômicas. Conferir: MOTTA PINTO, Henrique. **Empresa estatal: modelo jurídico em crise?**. São Paulo, 2010. 200f.

indireta”¹⁰ e, posteriormente, incorporada em seu “Curso de direito administrativo”¹¹, com grande adesão e influência entre publicistas nacionais¹². Suas lições foram citadas

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 31 e ss.; COUTINHO, Diogo R.; MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo; NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Empresas estatais entre serviços públicos e atividades econômicas. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 1. p. 9 e ss. jan./abr. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201902>; e CYRINO, André; MENDONÇA, José Vicente. Estatais prestadoras de serviços públicos e as estatais concorrenciais: rever ou romper com a dicotomia? **Interesse Público**, Belo Horizonte, Ano 21, n. 117, p. 59. set./out. 2019.

¹⁰O livro teve duas edições e várias tiragens, sendo a primeira de 1973. O foco da obra é discorrer sobre as formas de prestar serviços públicos por meio da administração indireta e de particulares. O autor já empregava a classificação das empresas públicas e sociedades de economia mista que exploravam atividades econômicas e aquelas que prestavam serviços públicos, atribuindo diferenças práticas relacionadas ao seu regime jurídico. Confira-se exemplo dessa distinção em relação ao regime dos bens das sociedades de economia mista: “Os bens das sociedades de economia mista não se qualificam como bens públicos, caso contrário haveria profundo desvirtuamento do caráter privado e correspondente regime imputável a estas pessoas. Segue-se disto que se sujeita às mesmas vicissitudes de quaisquer outros bens particulares, podendo recair sobre eles gravames, ônus reais e execução para garantia ou satisfação de débitos resultantes de condenação judicial. Ressalve-se, tão-só, em sincronia com o que já ficou dito com respeito às concessionárias de serviço público, que, *em se tratando de sociedade de economia mista prestadora de serviço público*, os bens afetos à execução dele não se acham à mercê de terceiros, pois o saciar-se neles implicaria a paralisação do serviço, possibilidade excluída em face do notório princípio da continuidade dos serviços públicos.” (**Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta**, 2. ed., 3ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1987. p. 123-4).

¹¹Nesta obra, originada como *Elementos de Direito Administrativo*, em 1980, e convertida em *Curso* em 1993, Celso Antônio Bandeira de Mello confere contornos mais gerais e dogmáticos ao que sustenta ser a diferença no regime jurídico das empresas estatais em função da atividade que desempenham. Confira-se a síntese do argumento: “Há, portanto, dois tipos fundamentais de empresas públicas e sociedades de economia mista: exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos ou coordenadoras de obras públicas. Seus regimes jurídicos não são, nem podem ser, idênticos, como procuramos demonstrar em outra oportunidade. No primeiro caso, é compreensível que o regime jurídico de tais pessoas seja o mais próximo possível daquele aplicável à generalidade das pessoas de Direito Privado. Seja pela natureza do objeto de sua ação, seja para prevenir que desfrutem de situação vantajosa em relação às empresas privadas — às quais cabe a senhoria no campo econômico —, compreende-se que estejam, em suas atuações, submetidas a uma disciplina bastante avizinhada da que regula as entidades particulares de fins empresariais. (...) No segundo caso, quando concebidas para prestar serviços públicos ou desenvolver quaisquer atividades de índole pública propriamente (como promover a realização de obras públicas), é natural que sofram o influxo mais acentuado de princípios e regras de Direito Público, ajustados, portanto, ao resguardo de interesses desta índole.” (**Curso de Direito Administrativo**, 34. ed. São Paulo: Malheiros. 2019. p. 205-206)

¹²Entre os tributaristas, vale destacar o engajamento de Geraldo Ataliba na difusão da tese, seja por meio de artigos, seja pela organização de eventos e obras coletivas. Confira-se: Empresas Estatais e regime administrativo (Serviço Público – Inexistência de Concessão – Delegação – Proteção ao interesse Público). **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v.4, p. 55-70. 1993; Regime

como fundamento nos julgados do STF que determinaram a extensão de algumas prerrogativas típicas de entidades de direito público a estatais prestadoras de serviços públicos, como será visto a seguir.

Eros Grau é outro autor que exerceu grande papel na formulação e propagação da tese. Em seu “Ordem Econômica na Constituição de 1988”, defende leitura do art. 173 da Constituição Federal que justificaria o tratamento favorecido às estatais prestadoras de serviço público¹³. O autor teve ainda oportunidade de sustentar, como Ministro do STF, a aplicação de sua tese em casos concretos, atuando para formar maioria em torno desse entendimento. Por essas e outras influências o posicionamento que defende tratamento diferenciado às empresas estatais em função da atividade que desempenham passou a predominar na literatura jurídica nacional, especialmente nos manuais e cursos da disciplina¹⁴, obras comumente utilizadas para fundamentar decisões judiciais no país.

André Cyrino e José Vicente Mendonça parecem ter localizado a referência pioneira em defesa de um tratamento de direito público às empresas estatais prestadoras de serviço público¹⁵. Trata-se de artigo de autoria de Alfredo de Almeida Paiva, publicado na Revista de Direito Administrativo, em 1960¹⁶. Nesse texto, o autor defende que

“Nas hipóteses em que o Estado tenha em vista estimular ou amparar a iniciativa privada, equiparando-se ao simples particular, não haverá dúvida quanto à caracterização da personalidade jurídica de

jurídico das empresas estatais. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano XX, v. 83, p. 139-195, jul./set. 1987; Patrimônio Administrativo – Empresas Estatais delegadas de serviço público – Regime de seus bens – Execução de suas dívidas. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v.7, p. 21-40. 1994.

¹³GRAU, Eros R., **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 140 e ss.

¹⁴Veja-se alguns outros exemplos, além dos já citados: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 549-551. NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 677. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 139. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Forense, 2019. p. 142.

¹⁵CYRINO, André; MENDONÇA, José Vicente. Estatais prestadoras de serviços públicos e as estatais concorrenciais: rever ou romper com a dicotomia? **Interesse Público**. Belo Horizonte: Ano 21, n. 117, p. 55-80, set./out. 2019.

¹⁶PAIVA, Alfredo de Almeida. As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 60, p. 11. 1960.

direito privado. Ao invés disso, quando a sociedade de economia mista se constitui em simples instrumento do poder público, na realização de um serviço público concedido ou delegado, a personalidade jurídica de direito público melhor se ajustaria à realidade, sem prejuízo de suas atividades, com relação a terceiros, continuem regidas pelos princípios de direito privado, a não ser naquilo em que a lei específica haja por bem dispor em contrário à legislação comum, que lhes é aplicável.”.

Este pode ter sido o embrião da dicotomia. Mas ainda não se percebia no artigo a defesa da aplicação do regime de prerrogativas às prestadoras de serviços públicos, ou mesmo da flexibilização das regras de controle sobre as exploradoras de atividades econômicas. A divisão parece ter objetivo mais taxonômico, de distinção entre organismos que atenderiam a funções diversas e que, por este motivo, deveriam ser classificados como pessoas de naturezas diversas (públicas, as prestadoras de serviços públicos, e, privadas, as exploradoras de atividades econômicas).

A classificação ganhou adeptos e passou a servir de fundamento para a adoção de consequências práticas, criadas a partir de interpretações sem base em texto expresse constitucional ou legal. As consequências práticas sobre as quais se passou a construir certo consenso diziam respeito à aplicação de regras protetivas, previstas no direito positivo para beneficiar pessoas jurídicas de direito público.

A tese é a de que a sujeição ao regime de direito privado previsto no art. 173 da Constituição Federal teria abrangência restrita às estatais exploradoras de atividades econômicas. A finalidade da regra seria a garantia da isonomia na ordem econômica (dever de observância da justa competição). Assim, a barreira constitucional à aplicação de um regime jurídico mais vantajoso para as estatais só incidiria sobre aquelas que disputassem mercado com empresas privadas. Seria, portanto, algo a atingir apenas as exploradas de atividades econômicas e não as prestadoras de serviço público.

Esse argumento pode servir para legitimar a criação de um regime de prerrogativas para as estatais prestadoras de serviços públicos, mas ele é incapaz de, isoladamente, justificar a existência de privilégios para as prestadoras de serviços públicos que não tenham sido previstos em norma constitucional ou legal expressa. Também seria necessário apresentar razões jurídicas para que uma entidade, definida como sendo de direito privado pela legislação, passasse a usufruir de regras de proteção concebidas para entidades com natureza jurídica de direito público, como são as regras de imunidade recíproca entre entes federativos e de impenhorabilidade de bens.

Para tanto, passou-se a sustentar a ideia de que a forma escolhida para a entidade estatal deveria ser relativizada em função da natureza da atividade desempenhada. Se a atividade for de caráter público, como a prestação de serviços públicos, deveriam ser preservadas proteções típicas de entes com natureza jurídica de direito público. Empresa estatal, mesmo com personalidade de direito privado, deveria merecer o regime protetivo de direito público, sob pena de se prejudicar a atividade por ela desempenhada. Se esses benefícios são garantidos quando o Estado oferta serviços públicos por meio de entidade autárquica ou da administração direta, não seria razoável suprimi-los pela circunstância de o poder público haver optado por desempenhá-las por meio de empresa estatal. Num caso ou noutro seria o Estado ofertando serviços públicos, devendo, por identidade de razão, contar com as mesmas prerrogativas em ambos os figurinos.

Este, em síntese, é o raciocínio concebido doutrinariamente para criar um regime jurídico híbrido em favor das empresas estatais prestadoras de serviços público. Como será visto a seguir, a criação foi encampada pelo STF.

4 A jurisprudência do STF

É possível identificar três etapas na evolução da corte a respeito do tema 17. Na primeira, a distinção foi empregada para tentar flexibilizar o regime de controle aplicável às empresas estatais exploradoras de atividades econômicas. A segunda etapa marca a utilização da classificação para determinar, por criação judicial, a aplicação de benefícios do regime jurídico de direito público a empresas estatais prestadoras de serviços públicos. A terceira etapa, ainda em construção, passa a reconhecer limites à extensão das prerrogativas de entes públicos a empresas estatais prestadoras de serviços públicos, descortinando um processo que pode gerar revisão na jurisprudência consolidada na segunda etapa acima referida. O presente estudo fará referência a alguns julgados tomados como representativos de cada etapa¹⁸.

A primeira etapa do debate judicial calcado na dicotomia entre empresas estatais em função das atividades desempenhadas teve como objetivo afastar a regra do concurso público para admissão de empregados. Com a promulgação da Constituição de 1988, o concurso passou a ser necessário tanto para o preenchimento de cargos efetivos como para a admissão de empregados públicos, regra a ser

¹⁷ Foram analisadas decisões proferidas sob a égide da Constituição de 1988.

¹⁸ Para uma análise minuciosa e crítica da jurisprudência do STF sobre a matéria, ver MOTTA PINTO, Henrique. **Empresa estatal: modelo jurídico em crise?**. São Paulo, 2010. 200f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

respeitada por toda a administração pública, seja ela direta ou indireta, inclusive as empresas públicas e sociedades de economia mista. (art. 37, II). Contudo, nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 surgiu a tese segundo a qual referida regra não seria aplicável às estatais exploradoras de atividades econômicas, devido à previsão de que tais empresas, por força do art. 173, § 1º, estariam sujeitas ao “regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas”. A tese tornaria o regime jurídico das estatais exploradoras de atividades econômicas mais flexível do que o das prestadoras de serviços públicos, uma vez que a exigência de concurso só seria aplicável às últimas. O STF, contudo, rejeitou essa interpretação, consolidando o entendimento de que o dever de realizar concurso não estava afastado de qualquer ente integrante da administração direta ou indireta, inclusive das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas. A decisão foi proferida em julgamento de mandando de segurança interposto em face de decisão do Tribunal de Contas da União que exigia a realização de concurso na Companhia Docas do Estado do Ceará¹⁹. No acórdão, embora se tenha acolhido a classificação entre as estatais em função da atividade desempenhada, considerou-se que, para o fim de aplicação da regra do concurso, a classificação não importava, pois a Constituição havia estendido a exigência para toda a administração pública, por meio do art. 37, II.

A segunda etapa da evolução jurisprudencial marca a aceitação de diferença de regime jurídico em função da atividade desempenhada. É o estágio que dispõe de maior variedade de julgados e de empresas atingidas. Aqui se constata a adesão do tribunal à tese doutrinária de que as estatais prestadoras de serviços públicos não deveriam se sujeitar ao mesmo regime jurídico das exploradoras de atividades econômicas. Julgamento marcante dessa mudança de postura do STF envolve o reconhecimento da impenhorabilidade de bens da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, ocorrido em 2000²⁰. Na oportunidade o tribunal reuniu o julgamento de 5 recursos extraordinários envolvendo a mesma tese defendida pela empresa, de que faria jus aos benefícios da fazenda pública, tal como assegurado em sua lei de criação, anterior à Constituição de 1988 (art. 12 do decreto-lei 509/1969)²¹. Até então

¹⁹MS 21.322-1/DF. Relator Ministro Paulo Brossard, Plenário, julgado em 03/02/1992. Este julgado foi comentado por Carlos Ari Sundfeld em: A submissão das empresas estatais ao direito privado: uma definição histórica do STF. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo: Ano XI, n 5, maio. 1995. p. 287-285.

²⁰MOTTA PINTO, Henrique. **Empresa estatal: modelo jurídico em crise?**. São Paulo, 2010. 200f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 114-118.

²¹RE 220.906/DF, Relator Ministro Maurício Corrêa, Plenário, julgado em 16/11/2000; RE 230.072/RS, Relator Ministro Ilmar Galvão, Redator para o Acórdão Ministro Maurício Corrêa, Plenário, julgado em 16/11/2000; RE 230.051/SP, relator Ministro Ilmar Galvão, Redator para o Acórdão Min. Maurício Corrêa, Plenário, julgado em 16/11/2000; RE 225.011/MG, Relator Ministro Marco Aurélio, Redator para

o STF rejeitara essa tese, em decisão de uma de suas turmas²². No caso, houve o reconhecimento de que a Constituição de 1988 seria compatível com o regime jurídico de prerrogativas especiais da fazenda pública previsto no decreto-lei de criação da ECT. O STF fixou o entendimento de que a imposição às empresas estatais do regime jurídico próprio às empresas privadas e a vedação da concessão de privilégios que não fossem a elas extensivos seriam regras aplicáveis apenas às exploradoras de atividades econômicas. Empresas como a ECT, prestadoras de serviços públicos, não estariam submetidas às previsões dos §§ 1º e 2º do art. 173 da Constituição Federal. Depois desse precedente o STF estendeu o entendimento da impenhorabilidade de bens de estatais que não contavam com previsão em lei desse benefício. Assim, sem qualquer base legal, o tribunal passou a decidir que os bens de empresas estatais prestadoras de serviços públicos não se sujeitariam a penhora, por considerar que a extensão dos benefícios próprios da execução contra a fazenda pública seria uma decorrência indireta da inaplicabilidade das regras que exigem a isonomia de tratamento com empresas privadas (art. 173, §§ 1º e 2º)²³.

Essa postura também se estendeu para outros benefícios, como o da imunidade prevista no art. 150, VI, “a” da Constituição Federal (imunidade recíproca). O privilégio em matéria tributária também foi inaugurado em favor da ECT²⁴, sendo a partir daí também aplicado a outras estatais prestadoras de serviço público, inclusive de esferas federativas distintas da federal²⁵.

A jurisprudência do STF, que aparentemente estava consolidada, pode estar passando por processo de revisão. Duas importantes decisões sinalizam a mudança no entendimento da corte. A primeira negou a aplicação da prerrogativa da impenhorabilidade de bens a Eletronorte, sociedade de economista federal, prestadora dos serviços de geração e transmissão de energia elétrica²⁶. O julgamento teve início

o Acórdão Ministro Maurício Corrêa, Plenário, julgado em 16/11/2000; RE 229.696/PE, Relator Ministro Ilmar Galvão, Redator para o Acórdão Ministro Maurício Corrêa, Plenário, julgado em 16/11/2000.

22RE 222.041/RS, Relator Ministro Ilmar Galvão, 1ª Turma, julgado em 15/9/1998.

23MOTTA PINTO, Henrique. **Empresa estatal: modelo jurídico em crise?**. São Paulo, 2010. 200f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 119-137.

24RE 407.099/RS, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 22/06/2004.

25MOTTA PINTO, Henrique. **Empresa estatal: modelo jurídico em crise?**. São Paulo, 2010. 200f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 149-156.

26RE 599.628/DF, Relator Ministro Ayres Brito, Redator para o acórdão ministro Joaquim Barbosa, julgado em 25.05.2011.

com a reprodução do entendimento já consolidado da corte, com o então relator do acórdão, ministro Ayres Britto, aplicando a regra da impenhorabilidade e equiparando, nesse ponto, o regime jurídico da estatal ao de uma pessoa jurídica de direito público. O ministro Joaquim Barbosa, porém, abriu divergência agregando argumentos factuais relacionados à atuação da Eletronorte que refutavam as premissas incorporadas pelo tribunal até então. Segundo o ministro, sem abrir mão do posicionamento anterior, que excluiria as estatais prestadoras de serviços públicos do tratamento similar ao das empresas privadas, a Eletronorte não deveria ser caracterizada como mera prestadora de serviço público. Isso, basicamente, por duas circunstâncias: a empresa disputava o mercado de energia elétrica com empresas privadas; e, por se tratar de uma sociedade de economia mista, distribuía lucro entre acionistas privados. Tais características afastavam a ideia de que a concessão de prerrogativas às prestadoras de serviços públicos estatais não violaria as regras de igualdade de competição previstas nos parágrafos 1º e 2º do art. 173 da Constituição Federal. Os argumentos convenceram a maioria dos ministros e o STF negou o regime de impenhorabilidade de bens à Eletronorte.

O julgado não responde a algumas dúvidas que podem ser projetadas para novos casos que venham a chegar ao STF: a existência de competição com particulares afastará o regime de impenhorabilidade de qualquer empresa estatal prestadora de serviços públicos? A participação acionária privada seria suficiente para eliminar a extensão dos privilégios estendidos por força de entendimento jurisprudencial? Em rigor, pelos fundamentos adotados pela maioria nesse julgamento da Eletronorte, a resposta deveria ser positiva, ensejando uma sensível revisão no entendimento do tribunal, inclusive em relação a empresas já beneficiadas, como ECT, que tem parte relevante de suas atividades submetidas a concorrência com particulares (v. o segmento de encomendas expressas, para citar um dos mais evidentes).

Mais recentemente, o STF deu um segundo passo na revisão de seu entendimento. Trata-se do acórdão que apreciou o tema 508 da repercussão geral e negou provimento a recurso extraordinário da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP, sociedade de economia mista prestadora dos serviços públicos de distribuição de água e esgotamento sanitário, interposto em face de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que reconheceu a inaplicabilidade à recorrente da imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, IV, "a", da Constituição Federal²⁷. A decisão da relatoria do ministro Joaquim Barbosa

²⁷ RE 660.987/SP, Relator ministro Joaquim Barbosa, Redator para o acórdão ministro Luiz Fuz, julgado em 29.06.2020. Após julgar o recurso, o Tribunal, por unanimidade, fixou a seguinte tese de repercussão geral (tema 508): "Sociedade de economia mista, cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores, e que, inequivocamente, está voltada à remuneração do capital de seus controladores ou acionistas, não está abrangida pela regra de imunidade tributária prevista no art. 150, VI, 'a', da

disse estar presente no caso concreto peculiaridade que o afastaria da jurisprudência anterior da corte, qual seja, o fato de a SABESP negociar ações na Bolsa de Valores e estar direcionada a remunerar o capital de seus acionistas. Após calorosas discussões, o relator teve adesão da maioria do Plenário do STF. A tese fixada em repercussão geral deixou expresso que a imunidade tributária recíproca não poderia ser estendida à sociedade de economia mista unicamente em razão das atividades que desempenhe.

Esses precedentes, de todo modo, acenam para uma perspectiva de rediscussão das premissas gerais assentadas na segunda etapa da jurisprudência do STF sem maiores reflexões e esforço de comprovação. No caso da Eletronorte, duas foram as circunstâncias consideradas ao se negar a aplicação do regime próprio das pessoas jurídicas de direito público à estatal: a atuação em mercado competitivo e o fato de captar recursos no mercado de ações e, conseqüentemente, distribuir seus lucros entre os acionistas. No caso as SABESP, que presta serviços públicos sob monopólio natural, bastou a constatação da segunda circunstância para que fosse afastada a possibilidade de gozo da imunidade recíproca. .

No momento encontra-se aberta a oportunidade de a corte rever e uniformizar seu entendimento a respeito da matéria. A revisão será necessária em virtude do questionamento a respeito da constitucionalidade da lei 13.303, de 2016, o chamado Estatuto Jurídico das Empresas Estatais (Estatuto das Estatais)²⁸. A referida lei foi editada para dar cumprimento à previsão do § 1º do art. 173 da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela emenda constitucional 19/1998, que previa a instituição por lei de um estatuto jurídico para disciplinar a atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista. Se predominasse a leitura adotada pela maioria da doutrina nacional e que foi encampada pela segunda etapa da evolução jurisprudencial do STF sobre a matéria, referida lei deveria disciplinar exclusivamente a atuação de estatais exploradoras de atividades econômicas. Todavia, a lei seguiu rumo oposto. De modo expresso consignou, logo em seu art. 1º, sua incidência para todas as estatais, inclusive as prestadoras de serviços públicos, afirmando que abrangia “toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, *ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos*”. As regras ali dispostas não tratam de modo diverso as exploradoras de atividades econômicas e prestadoras de serviços públicos. Normas de

Constituição, unicamente em razão das atividades desempenhadas”, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, Redator para o acórdão.

28 ADI 5624/DF (com outras ações apensas). Relator Ministro Ricardo Lewandowski.

governança, de licitação e de contratações atingem igualmente as prestadoras de serviços públicos e as exploradoras de atividades econômicas. Este é um dos pontos impugnados em ação direta de inconstitucionalidade proposta contra a lei. Ao julgá-la, o STF terá oportunidade de deixar assentado até que ponto a dicotomia baseada em função da atividade desempenhada pela empresa estatal deve ir, sem contar com qualquer amparo legal.

Existem sólidos argumentos para abandonar os efeitos dessa sistematização baseada na atividade desenvolvida pela empresa, como será demonstrado a seguir.

5 Questionamentos à aplicação de regime jurídico diferenciado em função da atividade desenvolvida pela empresa estatal

Embora a classificação das empresas estatais entre prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica tenha surgido e se expandido na literatura jurídica especializada nacional, ela não ficou imune a críticas durante todo esse período²⁹. Sempre existiram autores nacionais que, ou simplesmente não aderiram à formulação ou chegaram a contestar abertamente a proposta. Neste tópico, pretende-se apontar razões que justificam a revisão da jurisprudência do STF, com o abandono da proposta criacionista surgida na doutrina nacional e encampada pela corte constitucional do país.

A principal razão para se abandonar a dicotomia é a sua absoluta falta de base normativa. André Cyrino e José Vicente Mendonça apontam a dicotomia entre prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividades econômicas como um dos “mitos fundadores do estudo das estatais”³⁰⁻³¹. Para os autores, o uso de

²⁹Conferir, como exemplo, SCHIATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016; MOTTA PINTO, Henrique. **Empresa estatal: modelo jurídico em crise?**. São Paulo, 2010. 200f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 175-186. JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das empresas estatais e a distinção entre serviços públicos e atividades econômicas. **Revista de Direito do Estado**, Salvador, Ano 1, n. 1, jan./mar., 2006. p. 119-135. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 530.

³⁰CYRINO, André; MENDONÇA, José Vicente. Estatais prestadoras de serviços públicos e as estatais concorrenciais: rever ou romper com a dicotomia? **Interesse Público**. Belo Horizonte: Ano 21, n. 117, p. 57, set./out. 2019.

³¹Essa parece ser a descrição abstrata do processo de criação do mito: “Distinções doutrinárias são usualmente utilizadas no Direito Público brasileiro para adaptar institutos jurídicos às particularidades do mundo real. No entanto, por vezes, construções desse tipo podem servir para afirmar impressões que pouco se amoldam ao funcionamento das instituições, tanto do ponto de vista prescritivo quanto em confronto com a realidade. Cristaliza-se determinada imagem, como uma espécie de dogma na interpretação do Direito, a despeito da inexistência de fontes que a legitime”. (CYRINO, André;

classificações para a imposição de tratamentos diferenciados a certos grupos de sujeitos em função da atividade que desempenhem é fenômeno comum no Direito, porém, nessa específica situação analisada no Direito brasileiro, haveria grave impropriedade, assim resumida: "O Direito Positivo pode atribuir realidade distinta para pessoas jurídicas que realizem certas atividades. Todavia, não se pode, a partir da atividade realizada, redefinir, por exercício hermenêutico, todo um regime jurídico".

A ausência de amparo no direito positivo também é registrada por esses autores como aspecto primordial para rever a diferença de regime jurídico entre estatais prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica³². Além dessa causa principal, eles destacam a impropriedade de resumir o universo de atividades desenvolvidas pelas estatais em apenas duas categorias³³. O referido estudo indica como exemplo de relevante consequência da revisão da classificação em função da atividade exercida, o reconhecimento da constitucionalidade da opção legislativa de criar, para todas das empresas estatais (inclusive as prestadoras de serviços públicos) um regime próprio e mais flexível de licitações³⁴.

Os argumentos empregados para, diante da ausência de diferenciação prescrita no direito positivo, defender a aplicação de regime jurídico diverso às empresas estatais em virtude da atividade que desempenham são insubsistentes. Adota-se como premissa para desenvolver todo o raciocínio a ideia de que o regime de direito privado só se justificaria em função da concorrência com as empresas do setor privado. Em função dessa concorrência é que seria proibida a atribuição de privilégios às estatais que não forem extensíveis às empresas privadas. Numa leitura a *contrario sensu*, defende-se a adoção das prerrogativas conferidas a pessoas jurídicas de direito público às estatais que não disputassem mercado com empresas privadas, mesmo sem previsão constitucional ou legal nesse sentido. A ausência de proibição para se criar benefício em favor das estatais que não disputem mercado com

MENDONÇA, José Vicente. Estatais prestadoras de serviços públicos e as estatais concorrenciais: rever ou romper com a dicotomia? **Interesse Público**. Belo Horizonte: Ano 21, n. 117, p. 56, set./out. 2019).

32CYRINO, André; MENDONÇA, José Vicente. Estatais prestadoras de serviços públicos e as estatais concorrenciais: rever ou romper com a dicotomia? **Interesse Público**. Belo Horizonte: Ano 21, n. 117, p. 65-69, set./out. 2019.

33CYRINO, André; MENDONÇA, José Vicente. Estatais prestadoras de serviços públicos e as estatais concorrenciais: rever ou romper com a dicotomia? **Interesse Público**. Belo Horizonte: Ano 21, n. 117, p. 69-70, set./out. 2019.

34CYRINO, André; MENDONÇA, José Vicente. Estatais prestadoras de serviços públicos e as estatais concorrenciais: rever ou romper com a dicotomia? **Interesse Público**. Belo Horizonte: Ano 21, n. 117, p. 70-76, set./out. 2019.

particulares, sem maiores esforços demonstrativos, passou a significar o reconhecimento da extensão de prerrogativas que só deveriam beneficiar, de acordo com o direito positivo, entidades de direito público.

A pressuposição de que a equiparação com as empresas privadas para fins concorrenciais está na raiz das diferenças de regime jurídico entre estatais e pessoas jurídicas de direito público acaba levando também à equivocada interpretação de que certas vantagens do regime de direito privado deveriam ser vedadas às prestadoras de serviço público. É justamente isso o que defendem aqueles que pregam a aplicação do Estatuto Jurídico das Estatais apenas às exploradoras de atividade econômica, apontando suposta inconstitucionalidade da aplicação de certas regras contidas nesta lei em benefício de estatais prestadoras de serviços públicos, como seria o regime próprio de licitação³⁵.

Estudos que tiveram como objeto a análise da dicotomia sob a ótica de seus efeitos apontam incongruências das premissas consideradas para a adoção de regime jurídico diferenciado entre estatais prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividades econômicas. Veja-se a linha de contestação da ideia segundo a qual regras de gestão mais eficientes só se justificariam para as empresas estatais exploradoras de atividade econômicas:

Contudo, apenas as estatais que desenvolvem atividades econômicas (em sentido estrito) devem ser regidas pelo direito privado? Não seria necessário que uma estatal como a Companhia de Saneamento Básico

³⁵Eis o que sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello: "Advirta-se que este regime jurídico foi substancialmente inovado com o advento da Lei 13.303, de 30.6.2016, denominada *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*, cuja primeira questão a ser enfrentada diz respeito ao seu alcance. Isto porque o art. 1º dessa lei prevê sua aplicação a 'toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços públicos. Quer a lei, portanto, que todas as empresas estatais sejam abrangidas pelo novo regime, o que, já dissemos no passado, incorre em grosseira inconstitucionalidade." (**Curso de Direito Administrativo**, 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 211). Parece ser esta também a opinião de Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz: "Hoje, a jurisprudência vem evoluindo no sentido de fazer distinção entre as empresas que prestam serviço público e as que atuam no domínio econômico. Essa distinção tem sido feita especificamente quanto à aplicação do processo dos precatórios, à natureza dos bens dessas entidades, à imunidade recíproca (v. item 10.8). (...) Lamentavelmente, a Lei nº 13.303/16, ao dispor sobre o estatuto jurídico das empresas estatais, não fez a distinção entre as que prestam serviço público e as que exercem atividade econômica a título de intervenção no domínio econômico. No entanto, muitas de suas normas são aplicáveis apenas às empresas que exercem atividade econômica (em sentido estrito), com fundamento no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, razão pela qual cabe ao intérprete, em cada situação, separar o que é e o que não é aplicável às empresas estatais prestadoras de serviços públicos." (**Direito Administrativo**, 32. ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 551).

do Estado de São Paulo (Sabesp), que têm ações listadas em bolsa, contasse com um regime garantidor de sua competitividade empresarial, por exemplo? Por outro lado, como até o momento da assinatura do contrato de concessão para a prestação de serviço público, a estatal atua como qualquer agente econômico – isto é, em competição com outros prestadores –, a incidência de privilégios em seu regime jurídico envolve, em última análise, a possibilidade de distorção da concorrência no setor³⁶.

Seguindo essa linha, seria ainda possível acrescentar: empresas públicas, que não têm ações em bolsa, deveriam ser privadas de um regime jurídico mais ágil e eficiente? Qual o sentido da imposição de regime mais rígido e burocrático a empresas que precisam buscar eficiência na oferta de serviços públicos à sociedade? Empresa estatal destinada à pesquisa, ou ao monitoramento do tráfego ou à proteção do meio ambiente, entre tantas outras atividades, não deveriam ter regime jurídico que conferisse maior agilidade em suas ações? A visão segundo a qual a maior dinâmica inerente ao direito privado só se justifica em ambiente de competição é míope e despreza a escolha do figurino empresarial como opção legítima para dotar a administração de maior eficiência em suas diversas ações.

No que diz respeito à extensão do regime da impenhorabilidade de bens às prestadoras de serviços públicos, a posição da jurisprudência e daqueles que a defendem em sede doutrinária parece presumir alto nível de desídia do legislador em relação à matéria. Isso porque se portam como se a ausência de previsão em lei ou na Constituição decorreria de omissão. Por ignorância ou falta de sensibilidade, o legislador teria descurado do interesse público, deixando de protegê-lo expressamente, ao não prever a impenhorabilidade de bens das empresas estatais prestadoras de serviços públicos.

E não faltaram oportunidades para criar expressamente a regra, desde 2000, quando o STF a encampou expressamente em julgado que favoreceu a ECT. Em 2002, foi aprovado novo Código Civil (lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002) e nada foi dito para conferir aos bens integrantes do patrimônio de empresas estatais prestadoras de serviços público o *status* de bem público; em 2015, foi a vez de o Código de Processo Civil ser renovado (lei 13.105, de 16 de março de 2015) e, mais uma vez, o legislador perdeu a oportunidade de fixar de modo expresso que não seria admitida a penhora

36COUTINHO, Diogo R.; MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo; NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Empresas estatais entre serviços públicos e atividades econômicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 1. p. 12, jan./abr. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201902>.

desses bens. O novo CPC renovou a lista extensa de bens impenhoráveis, mas não protegeu os bens das estatais prestadoras de serviços públicos (art. 833). Finalmente, em 2016, ao criar o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais (Lei 13.303, de 2016), o legislador deixou de indicar qualquer regra que protegesse de modo especial os bens das empresas prestadoras de serviços públicos, nominalmente incluídas entre as atingidas pela lei, mas sem merecer qualquer tratamento diferenciado. O constituinte reformador também teria deixado de considerar a necessidade de prever um regime próprio para a execução das estatais prestadoras de serviço público, mesmo havendo reformado o dispositivo que trata do tema dos precatórios (art. 100) em duas oportunidades desde 2000 (em 2002, com a emenda constitucional 37, e em 2009, com a emenda constitucional 62).

É inverossímil que as estatais prestadoras de serviços públicos, tão bem-sucedidas na defesa de seus interesses perante o STF, não tenham se mobilizado ou não tenham tido acesso ao Congresso Nacional em tantas oportunidades para expor a ideia de tornar impenhoráveis os bens de seu acervo. Se não foi aprovada regra específica com esse teor, ou o Congresso, soberanamente, não concordou com essa solução; ou não houve, de fato, qualquer iniciativa no sentido de aprovar uma regra geral e abstrata nesse sentido. A última hipótese parece mais plausível e revela, em verdade, que a submissão dos bens das estatais prestadoras de serviços públicos à possibilidade de penhora constitui vantagem operacional para essas empresas. Isso porque a condição de empresa e, por consequência, a possibilidade de dispor de seus bens e de oferecê-los em garantia, é instrumento relevante para a obtenção de financiamentos e celebração de outras contratações imprescindíveis para a boa prestação de serviços públicos. Ser empresa e dispor de patrimônio próprio, sujeitando-se às regras do direito privado, portanto, é útil e importante para a estatal desempenhar com mais eficiência sua função social (prestar serviços públicos). Esta última pode ser a verdadeira razão para o legislador não ter atribuído a impenhorabilidade aos bens das estatais prestadoras de serviços públicos.

A adoção do regime de impenhorabilidade a partir de decisão judicial parte de premissas equivocadas e confere incoerência e assimetria ao ordenamento jurídico. As empresas estatais, quando lhes convém, assumem o regime jurídico prescrito nas leis e reconhecem o regime de direito privado aplicável a seus bens, gozando das vantagens de os oferecer como garantia a empréstimos e outras contratações. Contudo, nas situações que entender conveniente, invoca perante o Judiciário a tese da impenhorabilidade para retardar execução indesejada (como em relação a débitos trabalhistas).

O risco à descontinuidade do serviço público é outro argumento incapaz de justificar, por si, a criação pela via judicial de regime genérico de impenhorabilidade de

bens de empresas estatais prestadoras de serviço público. Em alguns casos, o problema da desafetação dos bens e do consequente perigo de descontinuidade sequer se põe. Isso porque, certos ativos, por questões materiais, não serão desvinculados à prestação do serviço público, mesmo que venham a ser alienados devido à penhora. É o caso, por exemplo, de equipamentos atrelados irremediavelmente à destinação pública, tais como equipamentos empregados em estações de tratamento de esgoto, de usinas hidroelétricas, de ferrovias, de aeroportos. Não haverá interesse econômico do adquirente destes bens em desvinculá-los à prestação do serviço público. A detenção desses ativos, caso ocorra, servirá apenas para a transferência da renda decorrente da utilização desses bens pelas prestadoras de serviços públicos. A hipótese de descontinuidade, em tais casos, é simplesmente retórica. Noutros casos, quando houver efetivo risco, caberá ao poder concedente, pessoa jurídica de direito público, adotar as providências cabíveis para assumir o acervo da concessionária e, com isso, conferir proteções especiais em face da penhora³⁷. A simples invocação do risco de descontinuidade não justifica a criação da regra geral que impeça qualquer penhora sobre bem de estatais prestadoras de serviços públicos.

A extensão do regime de imunidade recíproca às estatais prestadoras de serviços públicos é ainda mais difícil de sustentar. Contraria regra expressa da Constituição Federal, que afasta referida imunidade do patrimônio, da renda e dos serviços relacionados a empreendimentos em que “haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário” (art. 150, § 3º da Constituição Federal). Como as prestadoras de serviços públicos normalmente desenvolvem atividades nas quais há pagamento de tarifas pelo usuário, a opção constitucional foi claramente a de excluir da imunidade recíproca o patrimônio, a renda e os serviços prestados pelas estatais prestadoras de serviços públicos³⁸.

37 Nessa linha é a disciplina estabelecida no Código de Processo Civil, que admite expressamente a penhora de bens de empresas que funcionem como concessionárias do poder público. Veja-se:

“Art. 863. A penhora de empresa que funcione mediante concessão ou autorização far-se-á, conforme o valor do crédito, sobre a renda, sobre determinados bens ou sobre todo o patrimônio, e o juiz nomeará como depositário, de preferência, um de seus diretores.

§ 1º Quando a penhora recair sobre a renda ou sobre determinados bens, o administrador-depositário apresentará a forma de administração e o esquema de pagamento, observando-se, quanto ao mais, o disposto em relação ao regime de penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel e imóvel.

§ 2º Recaindo a penhora sobre todo o patrimônio, prosseguirá a execução em seus ulteriores termos, ouvindo-se, antes da arrematação ou da adjudicação, o ente público que houver outorgado a concessão.”

38 Celso Antônio Bandeira de Mello, autor sempre citado em defesa da diferença de regime jurídico entre estatais prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica, reconhece que

Os argumentos utilizados pelo STF para negar vigência ao § 3º do art. 150 e estender a imunidade recíproca às estatais prestadoras de serviços públicos também são frágeis. Não há afronta ao pacto federativo se houver cobrança de impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços de estatais prestadoras de serviços públicos. O risco ao pacto federativo está no oposto, isto é, em criar uma imunidade judicialmente, caso a caso, a partir da impugnação realizada por certas empresas. O pacto federativo em matéria tributária se perfez em função do que foi estabelecido no art. 150 da Constituição Federal. Negar vigência a um de seus parágrafos, justamente o que esclarece os limites da chamada imunidade recíproca, representa a verdadeira desobediência ao pacto.

Também é impertinente apontar a proteção ao usuário dos serviços para impedir a cobrança de impostos sobre estatal prestadora de serviços públicos³⁹. A Constituição Federal não impediu a cobrança de impostos sobre serviços públicos. Nem protegeu de modo especial quem os prestasse. Ao contrário, admite expressamente a incidência de impostos sobre alguns deles⁴⁰. Ademais, por esse raciocínio, também seria necessário tornar imune o patrimônio, a renda e serviços prestados por empresas privadas concessionárias de serviços públicos, pois tais encargos acabam, de modo indireto, compondo o valor da tarifa cobrada dos usuários de seus respectivos serviços. Além disso, essa suposta externalidade positiva da

a imunidade recíproca não deve atingir as prestadoras de serviço público: “As empresas estatais, conquanto prestadoras de serviços públicos, quando haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo *usuário* do serviço não se beneficiam da imunidade prevista no art. 150, VI, ‘a’, da Constituição Federal — onde se proíbe que União, Estados, Distrito Federal e Municípios instituem *impostos* sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros. É que o § 3º do mesmo artigo é explícito em excluir, em tais casos, a incidência da referida imunidade. Ora, como ditas empresas operam mediante as referidas contraprestações, salvo em hipóteses incomuns nas quais inexistam, ficarão ao largo do aludido dispositivo protetor.” (**Curso de Direito Administrativo**, 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 222).

³⁹O argumento aparece, por exemplo, no voto do Ministro Carlos Ayres Britto, no julgamento da Ação Cível Originária 765: “reconhecer, em favor da empresa, a imunidade recíproca do imposto é contribuir para a modicidade da contribuição financeira dos usuários, ... ou seja, desonerado desse tributo, preexcluída de qualquer imposto, inclusive de imposto de renda que pode ser objeto de questionamento, a empresa tem custos menores e pode, evidentemente, prestar um serviço postal de custo módico a quem mais necessita da empresa. Por isso a Ministra Cármen Lúcia, certa feita, disse o seguinte: A EBCT presta serviços e cobra para que a Dona Joana, lá do morro, possa receber cartas como o milionário da Paulista. Então, a imunidade passa a se traduzir na possibilidade de um custo menor, de modicidade das tarifas, atendendo, portanto, às comunicações de pessoas mais pobres dos estratos sociais brasileiros”. (ACO 765/RJ. Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para o acórdão, Ministro Menezes Direito, Plenário, julgada em 13.05.2009).

⁴⁰A Constituição Federal, art. 150, II e § 3º, atribuiu aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituir impostos sobre os serviços de transporte interestadual e intermunicipal de passageiros, de comunicação, de energia elétrica e de telecomunicações.

imunidade recíproca, que seria baratear o valor das tarifas dos serviços prestados pelas estatais, também causaria uma correspondente externalidade negativa, que seria a redução das receitas dos entes tributantes, reduzindo sua capacidade de investimentos em serviços gratuitos, como segurança pública, saúde e educação. O legislador constituinte parece haver sopesado as vantagens e desvantagens de impedir a cobrança de impostos sobre empresas estatais prestadoras de serviços públicos e, soberanamente, optou por autorizá-la (art. 150, § 3º). É impróprio que o STF, por meio de argumentos de conveniência sobre política arrecadatória, venha a desconsiderar a decisão do constituinte originário e impeça entes federativos de exercerem de modo pleno sua competência tributária.

Em síntese, este estudo conclui que não há razão jurídica para deixar de aplicar regime jurídico uniforme às empresas estatais exploradoras de atividades econômicas e prestadoras de serviços públicos. A uniformidade de regime jurídico entre essas categorias decorre da fiel aplicação da Constituição e da legislação vigente no país. O criacionismo doutrinário e jurisprudencial precisa ser revisto.

6. Conclusões

A classificação das empresas estatais em prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividades econômicas foi criada pela doutrina tradicional brasileira. A tese é a de que a aplicação do regime de direito privado conforme previsão do art. 173, §1º, da Constituição Federal teria como propósito evitar a concorrência desleal em favor das estatais quando em disputa com a iniciativa privada. Sob essa lógica, não haveria razão para se deferir o regime dito por comum às prestadoras de serviços público e negar-lhes as prerrogativas próprias das pessoas jurídicas de direito público.

A posição foi encampada pela corte constitucional do país. É possível identificar três fases em sua jurisprudência. Na primeira a tentativa da distinção entre prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividades econômicas serviu de base para a defesa da inaplicabilidade da obrigação de realização de concurso público por estas últimas. O STF não acolheu o argumento, mas aceitou a classificação, dando o passo inicial na dicotomia. A segunda fase representa o apogeu da classificação. Foi quando o STF acampou a tese criada pela doutrina de prestígio nacional e atribuiu às prestadoras de serviços públicos prerrogativas e proteções próprias das entidades de direito público, com enormes repercussões de ordem práticas.

Na terceira e atual fase a classificação começa a dar sinais de esgarçamento. As premissas acolhidas pelo STF para fins de distinguir o regime jurídico aplicável a cada uma das duas espécies de empresas estatais foram revistas. Nesse momento a corte constitucional negou as prerrogativas próprias do regime de direito público à

sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos, a Eletrobras, em razão desta concorrer no mercado privado e distribuir lucros aos seus acionistas. À SABESP foi negado o gozo da imunidade tributária pelo fato de negociar ações na Bolsa de Valores e estar vocacionada a remunerar o capital de seus investidores. A utilização do racional pelo STF em seus futuros casos, por dever de coerência, deve implicar na revisão da posição anterior, que fez da classificação das estatais um divisor de águas para a definição do regime jurídica aplicável a cada qual.

Surge agora a oportunidade de o STF rever e uniformizar seu entendimento a respeito da matéria. A revisão se mostra necessária em razão do questionamento a respeito da constitucionalidade da lei 13.303, de 2016, o chamado Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, mediante ação direta de inconstitucionalidade. Há sólidos argumentos para se abandonar de vez a classificação baseada no tipo de atividade desenvolvida pela empresa estatal. O principal deles é a total ausência de base normativa para a dicotomia. Mas não é só.

Inexistem razões capazes de justificar o desapego à clara opção do legislador ao criar um estatuto único aplicável a todas as empresas estatais, independentemente da atividade que exerçam. A ideia segundo a qual a maior flexibilidade e dinâmica inerentes ao direito privado só se justifica em ambiente de competição desconsidera figurino empresarial como opção legítima para dotar a administração de maior eficiência em suas diversas ações e não justifica a extensão às prestadoras de serviços públicos de prerrogativas próprias das entidades de direito público. Não é possível ignorar o silêncio do legislador quando à impenhorabilidade dos bens das estatais, atribuindo às estatais o privilégio, tampouco é correto desconsiderar regra expressa da Constituição Federal, que prevê a incidência de tributos sobre o patrimônio, a renda e os serviços relacionados a empreendimentos em que "haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário" (art. 150, § 3º da Constituição Federal), para fins de estender às empresas estatais a imunidade tributária. Improcede a tese de que a proteção ao usuário dos serviços impediria a cobrança de impostos sobre as prestadoras de serviços públicos. Esta ideia afronta igualmente o texto da Constituição.

A uniformidade de regime jurídico entre essas categorias decorre da fiel aplicação da Constituição e da legislação vigente no país. Não há mais espaço para tamanho desapego ao legislador. A sistematização das empresas estatais segundo as atividades que exercem precisa ser superada, demarcando a queda da dicotomia criada pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

Referências Bibliográficas

ATALIBA, Geraldo. Empresas Estatais e regime administrativo (Serviço Público – Inexistência de Concessão – Delegação – Proteção ao interesse Público). **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v.4, p. 55-70, 1993.

_____. Patrimônio Administrativo – Empresas Estatais delegadas de serviço público – Regime de seus bens – Execução de suas dívidas. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v.7, p. 21-40, 1994.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta, 2. ed., 3. tiragem. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 1987.

BÉNOIT, Francis-Paul. **Le droit administratif français**. Paris: Dalloz. 1968.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 530.

COUTINHO, Diogo R.; MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo; NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Empresas estatais entre serviços públicos e atividades econômicas. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 1, jan./abr. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201902>

CRETELLA JÚNIOR, José. Sociedades de economia mista no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. v. 80, p. 33-43, 1965.

CYRINO, André; MENDONÇA, José Vicente. Estatais prestadoras de serviços públicos e as estatais concorrenciais: rever ou romper com a dicotomia? **Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 21, n. 117, p. 55-80, set./out. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, vol. 1, 7. ed. Madrid: Civitas. 1995.

FERREIRA, Sérgio Andréa. O direito administrativo das empresas governamentais brasileiras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 136. p. 1-33. 1979.

FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. **Empresas públicas e sociedades de economia mista**. São Paulo: RT, 1978.

GIANNINI, Massimo Severo, **Derecho Administrativo**, trad. Luis Ortega, vol. I. Madrid: MAP. 1991.

GORDILLO, Agustín A. **Tratado de Derecho Administrativo**, parte general, tomo 1, 2. ed.. Buenos Aires: Macchi, 1994.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 7. ed. São Paulo, Malheiros, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Regime Jurídico das Empresas Estatais e a Distinção entre "Serviço Público" e "Atividade Econômica". **Revista de Direito do Estado**, ano 1, n. 1, p. 119-135, jan./mar. 2006.

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. **Traité de droit administratif**, tome 1, 12. ed. Paris: LGDJ. 1992.

MOTTA PINTO, Henrique. **Empresa estatal: modelo jurídico em crise?**. São Paulo, 2010. 200f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Forense, 2019. p. 142.

PAIVA, Alfredo de Almeida. As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 60, p. 1-15, 1960.

PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 32, p.1-15, abr./jun. 1953.

RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**, 15. ed. Paris: Dalloz, 1995.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 139.

SARIA, Leandro. Ainda uma nova reflexão sobre atividades econômica e serviços público, **Boletim de Direito Administrativo**, SP, ano XXIX, n. 7, p.731-755, jul. 2013

SCHIATO, Vitor Rhein. Novas Anotações sobre as Empresas Estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 209-240, jan./mar. 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. A submissão das empresas estatais ao direito privado: uma definição histórica do STF. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, Ano XI, n 5, p. 287-285, maio. 1995.

VALVERDE, Trajano de Miranda. Sociedades anônimas ou companhias de economia mista. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p.434, abr. 1945.

VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre. **Droit administratif**, tome 2, 12. ed. Paris: PUF. 1992.

SERIAL KILLER: ASPECTOS PSICOLÓGICOS E JURÍDICOS FRENTE AO DIREITO PENAL BRASILEIRO

LAYANE DE JESUS MARQUES:

Graduanda do Curso de Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

JÉSSICA ALINE ARAÚJO LUZ ⁴¹

(coautora)

SAMILA MARQUES LEÃO ⁴²

(orientador)

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo geral realizar um estudo na doutrina, jurisprudência e legislação brasileira sobre a imputabilidade do *Serial Killer*. Apresenta como objetivos específicos: investigar a origem, o conceito e classificação do *Serial Killer*; discutir sobre o transtorno psicótico e a psicopatia frente ao *Serial Killer*; verificar na doutrina, jurisprudência e legislação brasileira se o *Serial Killer* pode ser considerado imputável. Para discutir os objetivos supracitados empregou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, descritiva, de natureza qualitativa. Realizou-se pesquisa bibliográfica com base em criações científicas como livros, artigos científicos, leis, periódicos, dissertações de mestrado, e teses de doutorado a qual fizessem referência à temática em estudo. Conclui-se, que o tratamento mais adequado é o de semi-imputável, pois afasta parcialmente a imputabilidade, podendo ser substituída por medida de segurança. Porém, no Brasil ainda não possui lugares com tratamentos adequados para *Serial Killers*. Assim, sugere-se uma atenção para esses casos, buscando criar lugares adequados e específicos para observar, estudar e manter esses indivíduos distante da sociedade, diante da impossibilidade da cura da psicopatia.

Palavras-chave: *Serial Killer. Modus operandi.* Transtorno psicótico. Psicopatia. Imputabilidade.

ABSTRACT: The present study has the general objective of conducting a study on Brazilian doctrine, jurisprudence and legislation on the imputability of Serial Killer. It

⁴¹ Graduanda do Curso de Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

⁴² Profa. Dra. Ma. Samila Marques Leão Orientadora de Trabalho de Conclusão de Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

has as specific objectives: to investigate in the doctrine the origin, the concept and classification of the Serial Killer; discuss about psychotic disorder and psychopathy in the face of Serial Killer; to verify in the doctrine, jurisprudence and Brazilian legislation if the Serial Killer can be considered imputable. To discuss the aforementioned objectives, bibliographic, descriptive, qualitative research was used as a methodology. Bibliographical research was carried out based on scientific creations such as books, scientific articles, laws, periodicals, master's dissertations, and doctoral theses which made reference to the subject under study. It is concluded that the most appropriate treatment is semi-imputable, as it partially removes imputability and can be replaced by a safety measure. However, in Brazil it still does not have places with adequate treatments for Serial Killers. Thus, attention is suggested for these cases, seeking to create suitable and specific places to observe, study and keep these individuals away from society, in view of the impossibility of curing psychopathy.

Keywords: Serial Killer. Operand modes. Psychotic disorders. Psychopathy. Imputability.

1 INTRODUÇÃO

O crime é um fenômeno social que existe entre os seres humanos desde seus primórdios. Existiu nas tribos e nos clãs e sempre exigiu um estudo acerca das suas causas e consequências buscando analisar o contexto social, econômico, biológica e psicológica. Com a evolução do direito natural (*jus naturalis*) para o direito positivo, muito se discutiu sobre ele. O direito natural é reputado como um direito autônomo com eficácia universal, no qual é soberano ao homem, Estado e leis, como, por exemplo, as leis divinas ou a natureza. Já o Direito positivo, compreende as regras materializadas (normas escritas) que se sobrepõe às não escritas (direito natural). No Brasil essa discussão passou por três períodos, clássico, neoclássico e finalista para chegar à definição sustentada na atualidade e que o define como uma conduta humana negativa ou positiva que se reproduz e se enquadra em um padrão tipificado em lei, de natureza antijurídica e penalmente reprovável (MORAES; CAPOBIANCO, 2010).

De todos os crimes que existem tipificados nos códigos penais de todos os países o homicídio é o que mais choca e se apresenta preocupante diante dos legisladores e dos indivíduos. Todos os dias são cometidos homicídios, tanto no Brasil quanto restante do mundo. Alguns, pela sua peculiaridade, frequência e forma como

são executados remetem a criminosos que possuem algum distúrbio mental, como é o caso dos assassinos em série (*Serials Killers*) (PORTELA, 2013).

Esse tipo de assassino vem sendo estudado por diversas áreas, como o Direito, a Psiquiatria e Criminologia. Ainda no ano de 1950, criminologistas de vários países como os Estados Unidos da América (EUA) sugeriram determinados parâmetros para caracterizar as várias formas de homicídios, e o perfil dos assassinos, estando o *Serial Killer* entre eles. Uma das definições mais aceitas no meio científico foi a desenvolvida pela estudiosa de crimes em série, Ilana Casoy (2014) que definiu os assassinos em série (*Serial Killers*) como indivíduos cruéis que matam quatro ou mais vítimas em um certo intervalo de tempo e local. Agem movidos pela explosão de violência que neles se manifesta dirigindo-a para o grupo que em suas fantasias ou psicoses o ameaçaram ou rejeitaram (SOUZA, 2015).

A ciência psicológica e do direito vem construindo ao longo da sua história discussão sobre o perfil psicológico do *Serial Killer*, já que não se encaixa em nenhum conhecido até agora pelos estudiosos, embora seja aceito o entendimento de se tratar de uma psicopatia. Esse fato nos faz indagar sobre o porquê de uma pessoa praticar crimes assim e se esse comportamento é fruto de uma questão genética ou são distúrbios decorrentes de traumas sofridos na infância. As formas de praticar esses crimes é o que mais chama atenção, pois as transgressões têm ligação uma com a outra, deixando uma espécie de assinatura no crime e chega a ser única, ou seja, é uma forma de identificar o autor do crime. Essa conduta é denominada de *modus operandi*, através dela é possível fazer as ligações entre o crime e determinar que se trate de um *Serial Killer*.

Acerca dos crimes praticados por *Serial Killers*, indaga-se: "Será se eles apresentam transtornos mentais?"; "Será se eles são realmente inimputáveis?", as medias aplicadas são justas para um criminoso desse nível?", "qual seria a medida mais adequada para punir esses criminosos?". Em solo brasileiro o legislador cuidou de grafar no Código Penal artigos voltados para os inimputáveis (Art. 26 *caput*) e semi-imputáveis (Art. 26 parágrafo único) (Art. 98). O inimputável é aquele isento de pena, pois seu desenvolvimento mental era inteiramente incompleto no tempo da ação ou omissão. Já o semi-imputável, é onde prevê a diminuição da pena do indivíduo que em virtude da perturbação mental, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato. E em regra os indivíduos com psicopatia, como os *Serial Killers* são considerados como semi-imputáveis pois estamos diante de um indivíduo psicopata, que sofre de perturbações mentais, assim não sendo inteiramente capaz de entender

o caráter ilícito do fato. Contudo, nem sempre é assim, pois existem casos na jurisprudência que esses tipos de criminosos foram enquadrados como imputáveis, diferenciando-se apenas o *quantum* da pena aplicada (PORTELA, 2013).

Diante do exposto pretende-se com essa pesquisa realizar um estudo na doutrina, jurisprudência e legislação brasileira sobre a imputabilidade do *Serial Killer*. O estudo justifica-se em virtude do fato das pesquisadoras terem observado que o tema é bastante complexo e exige um estudo aprofundado sobre a matéria.

Levando em consideração essa observação, o presente estudo tem como objetivo geral realizar um estudo na doutrina, jurisprudência e legislação brasileira sobre a imputabilidade do *Serial Killer*. Possui como objetivos específicos: Investigar na doutrina a origem, o conceito e classificação do *Serial Killer*; discutir sobre os transtornos mentais - transtorno psicótico e a psicopatia - frente ao *Serial Killer*; verificar na doutrina, jurisprudência e legislação brasileira se o *Serial Killer* pode ser considerado imputável.

Com intuito de tornar possível a realização desse estudo empregou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, descritiva, de natureza qualitativa. A pesquisa possui respaldo em doutrinadores como: Casoy (2014), Calhau *apud* Freire (2012) Trindade; Beheregaray; Cunea (2009), dentre outros não menos importantes. Dessa maneira, pretende-se repontar o seguinte questionamento: qual tratamento é dado aos *Serial Killers* pela legislação penal brasileira, quanto sua imputabilidade?

2 OS ASPECTOS PSICOLÓGICOS DO *SERIAL KILLER* E A SUA IMPUTABILIDADE FRENTE AO DIREITO PENAL BRASILEIRO

2.1 Conceito e Classificação de *Serial Killer*

O *Serial Killer* também denominado como assassinos em série são os indivíduos criminosos que praticam uma sequência mínima de 03(três) crimes subsequentes, que se repetem por certo intervalo de tempo, seguindo essa lógica e padrão. Esse intervalo de tempo entre um crime e outro os distingue dos genocidas, indivíduos responsáveis pelo extermínio de diversas pessoas em um curto tempo.

Existem vários aspectos psicológicos que os *Serial Killers* têm em comum, tanto no que diz respeito a sua ação quanto ao seu passado, onde muitas das vezes as vítimas e seus métodos podem falar muito sobre ele. Existem estudos que apontam

traços mais comuns encontrados na história de vida dos *Serial Killers*, como a tríade: enurese em idade avançada, abuso sádico de animais ou de outras crianças, destruição de propriedade ou piromania, isolamento social, mentiras crônicas, rebeldia pesadelos constantes, entre outras características marcantes na infância desses indivíduos.

Conforme Ilana Casoy defende essa tese onde podemos ver a seguir:

Na infância, nenhum aspecto isolado define a criança como um *serial killer* potencial, mas a chamada "terrível tríade" parece estar presente no histórico de todos os *serial killers*: enurese em idade avançada, abuso sádico de animais ou outras crianças, destruição de propriedade piromania. (CASOY, 2017. p. 27).

Outro aspecto importante ser discutido é sobre as fantasias, que para o *Serial Killer* ela é compulsiva e complexa e acaba se transformando no centro de seu comportamento. Portanto, o crime acaba se tornando a própria fantasia do criminoso, sendo planejada e executada por ele, enquanto a vítima é apenas um elemento que reforça a fantasia. Esse comportamento faz com que ele planeje de forma minuciosa para poder atingir seus objetivos, tendo como ponto forte sua grande necessidade de controle sobre a vítima, assim, tornando os acontecimentos mais reais, onde se torna o combustível para ele vir praticar futuros crimes, por isso quase todos estão à procura de vítimas mais vulneráveis para alimentar essa fantasia de que tem o poder ou o controle.

Essa necessidade de o assassino em ter controle sobre a vítima se torna um desejo incontrolável, onde muitas das vezes eles cometem o crime usando-se de artifícios que desvalorizam ou degradam a vítima, praticando tortura, relações sexuais e que para muitos não chega ser suficiente e ele acaba por matar a vítima. Por isso, a forma de realizar o crime é o que faz chegar até o criminoso, pois para eles tem um valor simbólico, o que faz ser uma característica marcante e fala muito sobre ele, essa característica é considerada uma assinatura do *Serial Killer*.

Segundo Ilana Casoy (2014) em sua obra "*Serial Killer-Louco ou Cruel*" os *Serial Killers* são classificados em quatro tipos:

-**Visionário:** é um indivíduo completamente insano, psicótico. Ouve vozes dentro de sua cabeça e as obedece. Pode também sofrer alucinações ou ter visões.

- **Missionário:** socialmente não demonstra ser um psicótico, mas internamente tem a necessidade de “livrar” o mundo do que julga imoral ou indigno. Este tipo escolhe um certo grupo para matar, como prostitutas, homossexuais, etc.

- **Emotivos:** matam pôr pura diversão. Dos quatro tipos estabelecidos, é o que realmente tem prazer de matar e utiliza requintes sádicos e cruéis.

- **Libertinos:** são os assassinos sexuais. Matam pôr “tesão”. Seu prazer será diretamente proporcional ao sofrimento da vítima sob tortura e a ação de torturar, mutilar e matar lhe traz prazer sexual. Canibais e necrófilos fazem parte deste grupo. (CASOY, p.15,2014).

2.2 Discutindo transtornos Psicóticos e a Psicopatia e sua relação com o *Serial Killer*

Para discutir sobre o transtorno psicótico da psicopatia é preciso primeiramente conceitua-los. O transtorno psicótico é uma desordem psíquica que não diz respeito ao âmbito da personalidade, mas, sim, da perda de contato com a realidade, essa perda muita das vezes é transitório, onde podemos citar a esquizofrenia. Já a psicopatia também denominada como transtorno de personalidade antissocial (TPA) é uma condição mais grave, onde não há cura, pois consiste em uma desordem de personalidade e que se torna muito marcante pelo comportamento caracterizado pelo padrão invasivo e desrespeitoso do indivíduo.

Em relação à psicose, caracteriza-se como um transtorno que apresenta sintomas, como delírios, discursos desorganizados, comportamento desorganizado ou catatônico, ou seja, tudo que leva ao delírio. Portanto, os sintomas do transtorno psicótico são heterogêneos onde possui características desiguais, podendo sua gravidade prever tantos os aspectos importantes, como o grau de déficits cognitivos ou neurológicos.

Ana Beatriz Barbosa Silva (2008) compreende que o termo psicopata não é *sui generis* na denominação utilizada para esta disfunção comportamental, como podemos ver a seguir:

Além de psicopatas, eles também recebem as denominações de sociopatas, personalidades anti-sociais, personalidades psicopáticas, personalidades dissociais, personalidades amorais,

entre outras. Embora alguns estudiosos prefiram diferenciá-los, no meu entendimento esses termos se equivalem e descrevem o mesmo perfil. (SILVA,2008. p.13).

O psicopata tem uma alteração do caráter onde ele não só é insensível aos outros como ele é indiferente, e essa insensibilidade do psicopata o leva a atos de crueldade, onde pode se manifestar desde matar alguém ou prejudicar gravemente. Esses transtornos da personalidade e psicopatia se tornam um grande desafio da psiquiatria, sendo que a personalidade será avaliada e, assim, determinará como ocorrerá a evolução dos quadros mentais, definindo também como esse indivíduo se comporta no meio social.

A psicologia entende que situações vivenciadas na infância podem levar ao desenvolvimento de dificuldades emocionais ao longo da vida. Os traumas sofridos como *bullying*, abusos sexuais e maus tratos por são vistos como um dos fatores que podem contribuir para o aparecimento de transtornos mentais.

Doutrinadores e estudos apontam que a maioria dos *Serial Killers* são psicopatas, mas também há registros que apontam alguns como sendo psicóticos, ainda que em número bem menor. Mougnot (2004) defende que os *Serial Killers* podem ser psicóticos, este, sim, doentes mentais.

Renan Arnaldo Freire (2012), aponta:

“O assassino serial é, regra geral, um delinquente inteligente e que, aproveitando-se disso, tenta manipular a ação das pessoas para obter a sua impunidade. É um psicopata, não tem sentimento de compaixão por ninguém, pois lhe interessam unicamente os seus objetivos. Para esse assassino, chega a ser um desafio prazeroso cometer o crime e ludibriar a ação do estado, como vistas a obter a total impunidade.” (CALHAU *apud* FREIRE, 2012).

Portanto, algumas doutrinas chegam a um entendimento, que os *Serial Killers* são doentes mentais que praticam crimes em razão da sua agressividade e também do alto nível de fantasiar a realidade, por isso, apesar de muitos serem diagnosticados como psicopata, ainda sim, existem casos em que se é encontrado características de psicóticos, mesmo que em números menores, mas existem *Serial Killers* psicóticos.

2.3 Aspectos Psicológicos e Características que Contribuem Para Identificar o *Serial Killer*.

A Psicologia está sempre em busca de características que fazem identificar um *Serial Killer* de maneira mais rápida. Os métodos que eles utilizam são dotados de incomum hediondez, fazendo surgir hesitações jurídicas e sociais quanto a motivação dos malfeitores em série, especialmente no âmbito psicológico em referência à saúde mental. Portanto, ao traçar o perfil criminológico de um *Serial Killer* torna-se uma forma fácil de identificá-los e até de evitar que pratiquem novas infrações, como também viabiliza a análise de como será delineada a sua punibilidade diante do ordenamento penal.

Os *Serial Killers* possuem características diferentes uns dos outros, onde segundo o psiquiatra Michael Stone (2001), 90% dos estudados eram diagnosticados como psicopatas, 89% eram sádicos, 60% apresentavam personalidade narcisista, 47% eram esquizoides, e 33% eram explosivos ou irritáveis, sendo que alguns deles eram capazes de construir família e manter uma boa relação, vivendo em duas realidades diferentes. No entanto, ao analisarmos os aspectos que contribuem para os identificar, devemos observar os aspectos psicossociais, onde estudos comprovam que danos no córtex pré-frontal, assim como no hipotálamo, podem contribuir para um comportamento violento, assim também como os aspectos psicológicos do indivíduo onde estudos confirmam a relação entre o transtorno de personalidade antissocial e a criminalidade.

Os estudos apontam que comportamentos como humilhar a suas vítimas e fazê-las sofrer, reforçando a convicção de que o psicopata criminoso tem sim, o discernimento, colocando a vítima nessa situação para que ele se sinta bem. É peculiar à atuação do *Serial Killer* o abandono à vítima, geralmente despida, pois a intenção de humilhar e constranger as vítimas é um traço marcante. Portanto, existem algumas marcas, quase que um ritual nos crimes em que cometem serem conhecidas como "assinaturas" e que ajudam a identificá-los.

Casoy define que o modus operandi de um psicopata é marcado pela criação de uma espécie de um "ritual" quando este comete um homicídio. Enquanto criminosos comuns agem almejando riqueza patrimoniais, vingança ou algum outro meio que justifique seus atos, os psicopatas apresentam manifesta e

gratuita crueldade. Para que seja estudado o “modus operandi”, ainda segundo a autora é necessário observar-se a arma, o tipo de vítima e o local escolhido para a realização do delito. CASOY (2002)

Casoy também trata sobre a assinatura de um *Serial Killer*, que para ela se trata da soma de comportamentos identificados pelo *modus operandi* e pelo ritual. Para o *Serial Killer* só cometer o crime não irá satisfazê-lo, pois em seu íntimo à necessidade de deixar a sua marca, uma assinatura para os delitos que comete (CASOY, 2004).

Já para Silva a assinatura de um serial killer é para eles, uma forma de identificação, como se fosse a assinatura de um artista em sua obra de arte. Como exemplo é o caso de Alexandre Pichushkin, o “Assassino do Xadrez”, atuava na zona sul de Moscou, o ritual iniciava com a captura da vítima, logo após estrangulava-as com um cinto, e ao constatar a morte destas, com um martelo abria um buraco no crânio e colocava uma garrafa quebrada nele. Alexandre fez 46 vítimas, todas usando o mesmo modus operandi e ao final deixando sua marca. Sendo assim, Silva define como o “modus operandi” a maneira que o criminoso comete o crime, já a assinatura é o que o criminoso faz como produto de seu desejo, sua realização e é imutável. SILVA (2010).

Desse modo, podemos dizer que existem vários aspectos que ajudam a identificar que o crime foi praticado por um *Serial Killer*, pois eles têm um ritual na hora de realizar o crime, onde escolhem suas vítimas e que muitas das vezes possuem características de pessoas vulneráveis, também o local onde vão realizar a infração penal e assim, também, como as marcas que ele deixou na vítima ou no local. Portanto, os meios mais comuns para identificar de imediato que se trata de um *Serial Killer* são identificar a assinatura e o *modus operandi*. Mas vale ressaltar que há situações em que os assassinos em série não têm uma assinatura, mas quando têm geralmente é constante, diferente do *modus operandi*.

2.4 Definição de Imputabilidade, Semi Imputabilidade e Inimputabilidade

Antes de expor qual o tratamento adotado pelo Código Penal brasileiro aos *Serial Killers* é importante saber o que é o juízo de culpabilidade e a definição dos institutos da imputabilidade, semi-imputabilidade e inimputabilidade.

Primordialmente, deve-se frisar que a culpabilidade na esfera penal se funda em uma conduta negativa do indivíduo infrator, essa conduta gera um critério de desaprovação, no qual o indivíduo podia e devia agir de modo diferente, porém optou por conduzir-se segundo a sua vontade ou por negligência no momento do fato concreto, embora tivesse plena capacidade de o evitar. Certamente, sem isso, não há possibilidade de articular sobre o juízo da reprovação tampouco da punição. Logo, sem conduta dolosa ou culposa não há de se falar em crime. (CAPEZ, 2020, p. 160).

Esse juízo de reprovação estabelece até qual ponto a prática de um ato que contraria o Código Penal pode ser censurado. Importante considerar que no Brasil a capacidade de culpabilidade se dá quando o indivíduo alcança a maioridade para efeitos cível e penal, passando a ser considerado apto para responder por seus atos e supõe-se que tenha consciência de antijuricidade.

Nas lições de CAPEZ (2020, p.566) para a exata definição da culpabilidade é imprescindível que estejam presentes os elementos: imputabilidade; potencial percepção da ilicitude; e exigibilidade de conduta diversa, dito isso confirma o que foi dito anteriormente.

Constata-se a imputabilidade como componente dos elementares do instituto da culpabilidade. Para definirmos o que vem a ser a imputabilidade é inescusável reputar os elementos cognitivos (consciência) e volitivos (vontade), por esses rudimentos define-se a imputabilidade como a “possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente.” (GRECO, 2017, p.435).

Nessa perspectiva Fernando Capez (2019) assevera:

“Imputável não é apenas aquele que tem capacidade de intelecção sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade de acordo com esse entendimento. [...] A imputabilidade apresenta, assim, um aspecto intelectual consistente na capacidade de entendimento e outro volitivo que é a faculdade de controlar e comandar a própria vontade, faltando um desses elementos a gente não será considerado responsável pelos seus atos.” (CAPEZ, 2019, p. 308).

Desse modo, só pode falar em imputabilidade se o agente tiver intenção de cometer o fato típico e ilícito e se ele tiver vontade, caso contrário há de se falar em

excludente de culpabilidade, dado que a responsabilização pelos atos depende da capacidade de conscientização ou autodeterminação cumulado com o desejo de cometer o ilícito penal (CAPEZ, 2019, p. 308). No mesmo sentido, conclui-se que a imputabilidade é a capacidade de assimilar a ilegalidade do ato cometido, seguido de uma vontade de fazê-lo.

A semi-imputabilidade, no que lhe concerne, deve ser interpretada como a redução da capacidade de assimilar o caráter ilícito do fato e de autodeterminação, em outras palavras, o agente ao tempo do fato não era inteiramente apto a agir de forma coerente com a norma penal devido perturbação mental ou desenvolvimento mental incompleto, ou retardado, nesse caso a pena obrigatoriamente será reduzida de um a dois terços (MASSON, 2018, p. 519).

Por outro lado, tem-se a inimputabilidade que diferentemente dos demais institutos, é a inaptidão de reconhecer o caráter criminoso do fato e a vontade de acomete-lo, por falta de discernimento completo. Isto significa que só será considerado houver cumulados os requisitos: a) causal: tiver doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, ou retardado; b) cronológico: praticar o ilícito penal ao tempo do fato; c) consequencial: perda total da capacidade de entender ou de querer. Tais pressupostos em conjunto caracterizam a inimputabilidade. Apesar de ser cumulativos, essa regra não se aplica aos menores de dezoito anos, em razão do Código Penal reconhece-los como inimputáveis mesmo na falta de algum desses critérios (CAPEZ, 2020, p. 337).

Como se verifica, a inimputabilidade é a possibilidade de se afastar a responsabilização Penal (culpa) pelos atos contrários à norma daqueles que dispõem de perturbação de saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto, ou retardado, ou que possui idade inferior a dezoito anos, portanto, são assim considerados para afastar a culpa por razão da falta dos requisitos de depreensão acerca da ilicitude e da vontade de cometer a infração penal.

Findo isso, os três institutos: imputabilidade, semi-imputabilidade e inimputabilidade têm a finalidade de responsabilizar o agente pela conduta que contraria o fato tipificado pelo Código Penal, podendo ponderar a culpabilidade se presentes as excludentes de imputação.

3 ANALISANDO O TRATAMENTO DADO AOS *SERIAL KILLERS* NO BRASIL

O comportamento doentio do *Serial Killer* tem levado à discussão na seara do direito penal brasileiro se essa categoria de criminoso é ou não imputável, ou se deve ser tratado, apenas como semi-imputável, tratamento dado em regra a essa modalidade de assassinos em solo brasileiro. Esse é o tratamento dado.

Já se disse anteriormente que o legislador pátrio elencou no Código Penal o art. 26 que trata da inimizabilidade e da semi-imizabilidade. No *caput* do referido artigo tem-se a seguinte redação: "Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento" (BRASIL, 1940, p. 1).

Não há qualquer dúvida que aí o legislador trata da inimizabilidade do agente. E o critério adotado é biopsicológico, representado pelos fatores "doença mental" e "desenvolvimento mental incompleto ou retardado" apresentados pelo artigo em epígrafe. Já o elemento psicológico está representado pela menção à incapacidade completa de entendimento do agente sobre o caráter ilícito do feito.

Por sua vez, a semi-imizabilidade encontra-se no parágrafo único do então art. 26, cujo texto *in verbis*, diz que:

Art. 26 – Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, 1940, p. 1).

Aqui se deve destacar que o critério adotado para a redação desse parágrafo é o mesmo, isto é, o biopsicológico. Note-se, entretanto, que o art. 26 aduz a questão da falta de entendimento do caráter do ilícito para decretar sua inimizabilidade ou semi-imizabilidade.

Ocorre que o *Serial Killer* não possui transtorno psicótico, isto é, não sofre de delírios nem fantasias, e sim psicopatia, que é diferente e mais grave, mas que lhe permite saber o grau de sua ilicitude, fato que leva ao entendimento de que sua conduta cabe a culpabilidade, sendo ele um agente semi-imputável. Essa também é a

concepção da Jurisprudência na pessoa do Relator Des. Costa Lima, no julgado 462/409:

A personalidade psicopática não se inclui na categoria das moléstias mentais acarretadoras de irresponsabilidade do agente. Inscreve-se no elenco das perturbações de saúde mental, em sentido estrito, determinantes da redução da pena". (TJMT – AP. Crim – Relator Des. Costa Lima – RT 462/409 (TRINDADE; BEHEREGARAY; CUNEA, 2009, p. 137).

Segue nessa mesma inteligência o Relator Des. Adriano Marrey (TR 495/304) ao declinar que:

Personalidade psicopática não significa, necessariamente, que o agente sofre de moléstia mental, embora o coloque na região fronteira de transição entre o psiquismo normal e as psicoses funcionais. (TJSP – Ap. Crim – Relator Des. Adriano Marrey – TR 495/304 (TRINDADE; BEHEREGARAY; CUNEA, 2009, p. 137).

Desse modo, observa-se que a jurisprudência não segue em linhas gerais o art. 26 do Código Penal brasileiro, enquadrando o *Serial Killer* como semi-imputável. Ao inovar pretende os tribunais demonstrarem que o legislador pátrio não acerta na sua interpretação do assassino em série, uma vez que ele não possui doença mental.

3.1 Caso Real de *Serial Killer* no Brasil

LACERDA (2012, p.13) relata, no livro "Meninos de Altamira: violência, "luta" política e administração pública", que em meados de 1991 a 2003 o caso "Meninos Emasculados" ganhou grande repercussão no mundo por retratar o crime cometido pelo mecânico Francisco das Chagas Rodrigues de Brito, também conhecido como "*Serial Killer* do Maranhão".

Suas principais vítimas eram meninos, de famílias de extrema vulnerabilidade social, cuja faixa etária era de 04 a 15 anos. Só no Maranhão foram 30 crianças assassinadas, mas houveram mais 12 casos no Pará, onde totalizam 42 assassinatos. Ele usava os mesmos *modos operandi*, onde atraía as crianças para a mata e a partir daí começava o ritual de crueldade, onde matava em simetria.

Todas as suas vítimas foram mortas com pancadas na cabeça, algumas tinham os dedos e mamilos extirpados, porém a marca em comum era a emasculação–

decepamento da parte íntima masculina— essa era a sua assinatura, e como “troféu” guardava as camisetas cortadas ao meio e algumas partes dos corpos. Atualmente, encontra-se preso no Complexo Penitenciário localizado em Pedrinhas no Maranhão com condenação que supera mais de 250 anos pelos crimes acima mencionados.

Para a psicóloga forense Maria Adelaide de Freitas Caíres, Chagas transparecia reconhecer a ilicitude de seus atos, pois os praticou escondido, mas a sua perturbação interferia na oportunidade de evitar. A doutora foi responsável por um dos laudos contra o aludido *Serial Killer*, no qual concluiu que esse indivíduo sofre de transtorno antissocial de personalidade voltado para a psicopatia.

Dessa forma, conforme tal entendimento da psicóloga Maria Adelaide, e do promotor, a imputabilidade de Francisco das Chagas não deve ser totalmente afastada, em razão dele ter consciência dos seus atos, sendo assim é considerado semi-imputável.

4 CONCLUSÃO

Ao buscarmos conceituar os *Serial Killers*, também denominados como assassinos em série, chegamos ao entendimento doutrinário, que os *Serial Killers* são indivíduos que cometem três ou mais crimes com um certo intervalo de tempo e lugar. O estudo feito através de análise de doutrinas e jurisprudências, e artigos, demonstrou que a maioria dos doutrinadores defende que os *Serial Killers* são psicopatas, pois possui uma desordem de caráter, mas há também alguns doutrinadores que defendem a tese de que existem casos de psicoses, sendo acometidos pôr a perda transitória de contato com a realidade, por isso se torna uma certa dificuldade para psiquiatria, visto que esses indivíduos não se encaixam em nenhuma linha específica de pensamento.

Vale ressaltar, que os *Serial Killers* geralmente são indivíduos inteligentes e manipuladores, a maioria deles ao serem analisados sobre sua história de vida, percebe-se que sofreram certos traumas na infância e ao longo de sua vida. Por isso, para chegar ao perfil de um *Serial Killer*, é preciso observar os *modus operandi* e sua assinatura pessoal, pois acaba por falar muito sobre sua característica pessoal. Verificou-se, também, que quanto a aplicabilidade da lei penal brasileira, os *Serial Killers* são tratados como semi-imputáveis, essa é a pena aplicada, porém reduzida, podendo ser substituída por medida de segurança, o que acaba, portanto, sendo uma

problemática, pois no Brasil ainda não possui lugares com tratamentos adequados para quem é considerado *Serial Killer*.

Além disso, conclui-se também que esses indivíduos possuem diversas características que são fatores de risco para a sociedade, e pelo fato de não haver um tratamento adequado acaba por dificultar a ressocialização deles, na sociedade, então sugere-se uma atenção para esses casos, buscando criar lugares adequados e específicos para observar, estudar e manter esses indivíduos em tratamentos conforme o grau de periculosidade, diante da impossibilidade da cura da psicopatia.

REFERÊNCIAS

BARDIN, L. ***Análise de conteúdo***. 3. ed. Lisboa: Edições, 2015.

BONFIM, Edilson Mougenot. **O Julgamento de um *Serial Killer***. O julgamento do maníaco do parque. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. [Decreto-lei n. 2.848 (1940)] Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 29 out. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal 1-Parte Geral**. Saraiva Educação SA, 2021. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=2bkZEAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=CAPEZ,+Fernando.+Curso+de+direito+penal+1++parte+geral.+23.+ed.+S%C3%A3o+Paulo:+Saraiva,+2019.+&ots=eNKtXPqy46&sig=fKpQjXzMa6u8i04ogWRXh74r9o#v=onepage&q=CAPEZ%2C%20Fernando.%20Curso%20de%20direito%20penal%201%20%20parte%20geral.%2023.%20ed.%20S%C3%A3o%20Paulo%3A%20Saraiva%2C%202019.&f=false>. Acesso em: 01 maio 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal 1 - parte geral**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CASOY, Ilana. ***Serial Killer: louco ou cruel?***. WVC Editora. Disponível em: <https://lelivros.love/book/baixar-livro-serial-killer-louco-ou-cruel-ilana-casoy-em-pdf-epub-mobi-ou-ler-online/>. Acesso em: 19 out. 2020.

CASOY, Ilana. ***Serial killer: louco ou cruel?***. 2. ed. São Paulo: WVC, 2002.

CASOY, Ilana. ***Serial killer: Louco ou Cruel***. 6. ed. São Paulo: Madras, 2004.

CASOY, Ilana. **Serial Killers**. Louco ou cruel? Histórias reais, assassinos reais, arquivos *serial killers*. Crime Scene Darkside, 2014.

FILHO, M. A. P. F. **Culpabilidade Crítica à Presunção do Conhecimento da Lei Penal**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FREIRE, Renan Arnaldo. **PLS nº 140/2010**: o tratamento penal ao serial killer. **Revista Jus Navigandi**, ISSN, p. 1518-4862, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22638/pls-n-140-2010-o-tratamento-penal-ao-serial-killer>. Acesso em: 19 out. 2020.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projeto de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, v.1, 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GUARIZI, Luciane Grigoletto. **SERIAL KILLER**: REFLEXÕES SOBRE IMPUTABILIDADE. **Intertem@s** ISSN 1677-1281, v. 28, n. 28, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Outros%20Usu%C3%A1rios/AppData/Local/Temp/4540-11900-1-PB.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2021.

LACERDA, Paula. **O caso dos meninos emasculados de Altamira**: polícia, justiça e movimento social. 2012. Tese (Doutorado em Antropologia social) –UFRJ, Rio de Janeiro 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/7162465/O_caso_dos_meninos_emasculados_de_Altamira_pol%C3%ADcia_justi%C3%A7a_e_movimento_social. Acesso em 03 maio 2021.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Geovane; CAPOBIANCO, Rodrigo Julio. **Como se preparar para o exame de ordem**: penal. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PICOLI, Renata. SERIAL KILLERS E SUA IMPUTABILIDADE. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498**, v. 8, n. 8, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Outros%20Usu%C3%A1rios/AppData/Local/Temp/3757-9576-1-PB-2.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2021.

PIMENTEL, Edilia Gama. Perfil criminológico dos assassinos em série e as implicações jurídico-penais. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 13 dez. 2017. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51135/perfil-criminologico-dos-assassinos-em-serie-e-as-implicacoes-juridico-penais>. Acesso em: 25 out. 2020.

PORTELA, Talita Laercia Gomes Nunes. **A imputabilidade do assassino em série no ordenamento jurídico brasileiro**. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3725, 12 set. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25256/a-imputabilidade-do-assassino-em-serie-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 28 out. 2020.

REVISTA CONTEÚDO JURÍDICO. São Paulo: **DIA DO JUÍZO**- Acusado de matar 42 meninos começa a ser julgado no Maranhão. [Boletim jurídico]. 2006. ISSN 1809-2829. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-ou23/acusado-matar-42-meninos-comeca-julgado-ma>. Acessado em: 23 maio 2021.

SENADO FEDERAL. Atividade Legislativa. **Projeto de Lei do Senado nº 140, de 2010**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96886>. Acesso em: 28 out. 2020.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**. Globo Livros, 2014. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=rO4TBAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT7&dq=SILVA,+Ana+Beatriz+Barbosa.+Mentes+perigosas:+O+psicopata+mora+ao+lado.+1.+ed.+p.+11.+Rio+de+Janeiro:+Objetiva,+2008.&ots=2XGhyf4QDU&sig=FKkcp87xUMg0zge3wjTzFbRtWMg#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 01 dez. 2020.

SOUZA, Klaucyane de Fátima. **Serial killers: prisão ou tratamento?** 2015. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/serial-killers-prisao-ou-tratamento.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

STONE, Michael H. **Serial sexual homicide**: Biological, psychological, and sociological aspects. **Journal of personality disorders**, v. 15, n. 1, p. 1-18, 2001. Disponível em: <https://guilfordjournals.com/doi/abs/10.1521/pedi.15.1.1.18646?journalCode=pedi>. Acesso em: 03 fev. 2021.

TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEA, Mônica R. **Psicopatia: a máscara da justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editoria, 2009.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO À SAÚDE EM TEMPO DE PANDEMIA

NÁIRA CARVALHO CAVALCANTE WOLNEY:

Centro Universitário Católica do Tocantins –
UniCatólica.

WELLINGTON GOMES MIRANDA

(orientador)

RESUMO: No atual cenário de calamidade pública devido ao novo Coronavírus (COVID-19), a improbidade administrativa está relacionada diretamente ao direito fundamental à saúde. É possível perceber que a má conduta alcança além da corrupção pública, mas também as distorções inerentes à desorganização administrativa, ao desgoverno e à ineficiência endêmica. Ademais, o controle das políticas públicas vinculado ao direito fundamental à boa administração pública, requer a escolha de agir do agente público para enfrentar problemas causados pela crise sanitária, econômica e social. Desse modo, o objetivo dessa pesquisa é analisar a improbidade administrativa na esfera do direito fundamental à saúde e apresentar os impactos causados por atos ímprobos, assim como, demonstrar a fragilidade das políticas públicas voltada a implementação do direito fundamental à saúde no contexto da realidade brasileira em tempo de pandemia. Por conseguinte, promover o desenvolvimento do pensamento crítico em relação a cidadania e precaução dos gestores públicos de órgãos fiscalizadores, para que resulte na redução dos atos de improbidades administrativas e melhora nos investimentos do direito à saúde.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Direito Fundamental à Saúde. Controle das Políticas Públicas. Direito Fundamental à Boa Administração Pública.

ABSTRACT: In the current scenario of public calamity due to the new Coronavirus (COVID-19), administrative misconduct is directly related to the fundamental right to health. It is possible to see that misconduct goes beyond public corruption, but also the distortions inherent in administrative disorganization, mismanagement and endemic inefficiency. Furthermore, the control of public policies linked to the fundamental right to good public administration, requires the public agent to choose to act to face problems caused by the health, economic and social crisis. Thus, the objective of this research is to analyze the administrative improbity in the sphere of the

fundamental right to health and to present the impacts caused by improbable acts, as well as to demonstrate the fragility of public policies aimed at the implementation of the fundamental right to health in the context of the Brazilian reality. in a pandemic time. Consequently, promoting the development of critical thinking in relation to citizenship and precaution of public managers of supervisory bodies, so that it results in the reduction of acts of administrative improprieties and improves investments in the right to health.

Key words: Administrative dishonesty. Fundamental Right to Health. Control of Public Policies. Fundamental Right to Good Public Administration.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa apresenta à boa administração pública como preceito fundamental e instrumento de controle das práticas de improbidades administrativas, em suas execuções políticas públicas na esfera do Direito à Saúde no atual cenário de calamidade pública devido ao novo coronavírus Covid-19.

A saúde é um direito fundamental inerente ao direito à vida, assegurado pelo Estado Democrático de Direito por meios de seus Entes Federados. Entretanto, essa garantia constitucional encara sérias dificuldades para sua efetivação, uma vez que podem resultar em abusividade no tocante das prioridades constitucionais vinculantes. Nesse sentido, observa-se que a situação de crise impõe que seus gestores públicos tomem decisões de emergência, a fim de conter o avanço do vírus, e é por meio dessas políticas públicas que podem acontecer os atos de improbidade com mais facilidade, através de dispensas de licitações e desvios na destinação de recursos.

Outrossim, a improbidade administrativa desencadeia inúmeros atos corruptos que afetam diretamente a sociedade, pois provocam lesões aos cofres públicos, resultando em baixos índices de investimento e desenvolvimento econômico e social, consequentemente prejudicando o bem-estar dos cidadãos.

Dessa forma, cabe questionar se os recursos destinados a saúde estão sendo utilizados para o enfrentamento de problemas causados pela pandemia e de que forma a improbidade administrativa afeta a aplicação dos direitos fundamentais à saúde em tempo de pandemia. É imprescindível a necessidade de conhecimentos voltados aos direitos do cidadão e deveres do Estado, bem como, a destinação de verbas públicas que é de extrema importância no contexto da sociedade brasileira e de indubitável atenção dos órgãos públicos e fiscalizadores.

Infere-se, portanto, a necessidade do estudo em virtude da crescente situação crítica na saúde pública em termos políticos, econômicos e sociais, no qual os impactos causados pela escassez de recursos vindos de atos ímprobos de servidores públicos afetam diretamente os direitos fundamentais sociais.

Esta pesquisa foi elaborada a partir da problemática e objetivos do trabalho, o qual foi utilizado o método dedutivo. Ademais, foi realizada a pesquisa do tipo bibliográfico, que se caracteriza por ser uma pesquisa que exige do investigador uma revisão da literatura, que fornece diversos dados por meio de artigos científicos, livros doutrinários e jurisprudências.

Conceito de Improbidade Administrativa

A improbidade administrativa é a violação do princípio da moralidade previsto no art. 37, caput da Constituição Federal. A exigência de uma atuação moral se relaciona com o dever de probidade, ética e honestidade da Administração Pública.

Conforme estabelece a Carta Magna, em seu art. 37, § 4º (BRASIL, 1988), a improbidade administrativa implicará à suspensão dos direitos políticos, perda de função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário. Portanto, dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos da administração direta e indireta de qualquer dos Poderes, que age com deslealdade no exercício de sua função, cargo, mandato ou emprego público.

Apesar de ter uma relação entre a probidade administrativa e moralidade, como já mencionado, os casos de improbidade são muito mais amplos. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, p. 1022), a improbidade administrativa abrange não só atos desonestos ou imorais, mas principalmente atos ilegais em sentido estrito, aqueles que confrontam as leis, regulamentos ou outros atos normativos.

Diante disso, a improbidade administrativa caracteriza-se como uma patologia associada ao mau exercício das funções públicas, decorrentes de ações ou omissões do agente competente. Uma das figuras centrais de impropriedade é o desvio de poder, alcançando toda e qualquer espécie de atos previstos. Assim, pode ocorrer nos tipos que sancionam enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou pura agressão as normas.

Dentro desse contexto, para regulamentar o art. 37, § 4º da Constituição da República Federativa do Brasil, foi promulgada a Lei Federal nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), norma de caráter nacional, que estabelece inúmeras hipóteses de atos de improbidade e suas sanções, assim como, seus atos, normas e sujeitos ativo e passivo.

Espécies de atos de improbidade administrativa

A Lei 8.429/1992 classifica os atos de improbidade administrativa em quatro categorias principais: (a) enriquecimento ilícito; (b) prejuízo ao erário; (c) concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário e (d) os que atentam contra os princípios constitucionais, dispostos nos arts. 9º, 10, 10-A e 11.

Como primeira conduta típica encontram-se os atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º). Decorrem sempre que alguém obter qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão de exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades da administração direta e indireta ou fundacional. São as condutas mais graves, por conseguinte, receberão penalidades mais gravosas.

Como segunda conduta típica inserem os que causam lesão ao erário (art. 10). Trata-se de qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que cause perda patrimonial, desvio, apropriação ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades mencionadas. São casos intermediários, que geram penas de nível médio.

No caso de atos de improbidade administrativa, só se admite conduta culposa nos que causam lesão ao erário, enquanto nos outros, só admitem conduta dolosa. Portanto, é indispensável a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público.

Como terceiro grupo de condutas, temos a concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A), incluído por meio da Lei Complementar nº 157/2016. Ocorre quando uma autoridade, por ação ou omissão, conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário que enseje a aplicação de uma alíquota abaixo de 2%, previsto no art. 8º-A da Lei Complementar nº 116/2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza.

Por fim, como quarto e último grupo, as condutas que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), ou seja, qualquer ação ou omissão que

viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, são consideradas as menos gravosas.

Improbidade administrativa no âmbito dos direitos fundamentais à saúde em tempo de pandemia (COVID-19)

Os problemas causados no âmbito dos direitos fundamentais à saúde podem ser percebidos não só nos hospitais e postos de saúde, mas no aumento de quantitativo de ações judiciais junto ao Poder Judiciário, por meio das quais os cidadãos buscam haver a proteção de um direito constitucional, a saúde.

A crise na saúde pública devido ao COVID-19 desencadeia inúmeros problemas sociais, e conseqüentemente a forma de aplicação dos recursos públicos, ensejando diversas práticas corruptas. A forma ilícita mais comum é evidenciada na destinação de recursos para aquisição de bens, insumos e contratos com dispensa de licitações.

A divulgação da escassez de recursos públicos muitas vezes é omitida pelo próprio Estado, sendo constatada falhas no serviço público ou ausência de prestação de serviço, com isso, gera danos decorrentes de negligências dos agentes da Administração Pública frente aos direitos fundamentais sociais.

O direito fundamental à saúde é um dever do Estado e direito de todos, sendo integralmente assegurado pela Constituição Federal, que também estabelece a responsabilidade solidária dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para o fornecimento dos serviços de saúde.

Vale ressaltar, que a atual crise sanitária requer a escolha de agir do agente público sem protocolos específicos, sendo exigida medidas preventivas e repressivas, caracterizadas por urgentes, temporárias, excepcionais e proporcionais.

Ademais, deve-se levar em consideração a destinação das verbas públicas, para que não haja o desvio para proveitos particulares oriundo de valores voltados a coletividade e ao bem-estar social, da mesma forma, nos casos que visem favorecer empresas ou superfaturar valores de serviços com intenção de dividir valores excedentes aos servidores.

Assim como, nos casos que o gestor não prestar contas da forma como deveria, podem ser tipificadas condutas de improbidade administrativa, sendo sujeito as penalidades elencadas na Lei nº 8.429/1992 – LIA.

Direito fundamental social à boa administração pública sob a perspectiva do Direito a Saúde

O Estado Democrático de Direito tem a obrigação de facilitar e fornecer o acesso aos direitos fundamentais sociais à boa administração pública, com o comprometimento de ser eficiente, proporcional, transparente, sustentável e imparcial a respeito à moralidade e participação social, com responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.

A boa gestão é um conjunto complexo de direitos, regras e princípios, no qual a responsabilidade do Estado em combater os excessos de discricionariedade e omissões inconstitucionais pode resultar em abusividade no tocante das prioridades constitucionais vinculantes.

É sabido que os direitos fundamentais sociais é uma parte essencial para atuação positiva do Estado em prol dos indivíduos, com o dever principal de fazer, agir e implementar políticas públicas que tornem realidade os direitos constitucionalmente previstos.

Ao se falar em direitos sociais, a saúde pública é um direito fundamental pertencente à coletividade e garantida por meio de políticas sociais e econômicas, portanto, uma obrigação do Estado e uma garantia de todo cidadão, conforme previsão no art. 196, da Carta Magna:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988)

Portanto, para garantir a efetivação do direito à saúde, os gestores públicos devem implementar medidas que promovam o acesso aos serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos para quem necessite da tutela estatal, além de políticas públicas para prevenção de doenças.

Controle das políticas públicas voltada a implementação do direito fundamental à saúde

O controle das políticas públicas quer uma análise inovadora, que ilustre a integridade do processo decisório administrativo, desde a escolha de agir até atingir os efeitos primários e secundários, buscando sempre a priorização dos benefícios ao longo do tempo dos custos sociais, ambientais e econômicos.

Conforme entendimento de Juarez Freitas (2014, p. 33 e 34), as políticas públicas não são meros programas episódicos de governo, devendo ser revisto o seu núcleo com a reconceitualização da discricionariedade administrativa, com dever de cumprimento das prioridades constitucionais e adequação ao caráter necessário dos direitos fundamentais.

A necessidade de planejamento, execução e controle das políticas governamentais é primordial para melhora da sustentabilidade das políticas públicas, para conceder bens e serviços necessários para o fornecimento de acesso eficiente ao direito à saúde.

Desse modo, o trabalho é feito em conjunto dos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), propondo políticas públicas, criando leis, agindo para aplicação das medidas e verificando sua adequação para cumprimento do objetivo, com a função de promover o bem-estar da sociedade.

Desta maneira, deve-se observar se essas ações e serviços estão sendo programados e planejados de acordo com as necessidades de saúde da sociedade e com as suas condições e realidades locais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo realiza-se por sua atual relevância social e constante situação de crise na saúde pública em termos políticos, sociais e econômicos, que mostra os impactos causados pela escassez de recursos e falta de fiscalizações em meio estado de calamidade pública.

Buscou-se mostrar que o acesso a saúde, ainda que assegurado pelo Estado Democrático de Direito, encara problemas para sua efetivação, tendo em vista ao aumento de condutas desonestas dos agentes públicos, com excessos de

discricionariedade e omissões inconstitucionais, que podem resultar em abusividade no tocante das prioridades constitucionais vinculantes.

Tratou-se de improbidades administrativas, elencadas na Lei Federal nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas principalmente atos ilegais, aqueles que confrontam as leis, regulamentos ou outros atos normativos.

Outrossim, verificou-se a improbidade administrativa no âmbito dos direitos fundamentais à saúde em tempo de pandemia, que é evidenciada na destinação de recursos para aquisição de bens, insumos, respiradores e contratos com dispensa de licitações. Assim, nota-se a necessidade da atenção dos órgãos públicos fiscalizadores.

No intuito de verificar a boa administração pública sob a perspectiva do Direito a Saúde, no qual é um conjunto complexo de direitos, regras e princípios, o Estado tem o dever de fazer, agir e implementar políticas públicas que tornem realidade os direitos constitucionalmente previstos. Na efetivação do direito à saúde, os gestores públicos devem implementar medidas que promovam o acesso aos serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além de políticas públicas para prevenção de doenças.

Dessa forma, a necessidade de planejamento, execução e controle das políticas governamentais é primordial para melhora e garantia do direito à saúde, com intuito de conceder bens e serviços necessários para o fornecimento de acesso eficiente aos direitos constitucionais em tempo de pandemia.

Infere-se, portanto, a importância dos órgãos fiscalizadores em um momento que a saúde e garantias constitucionais estão fragilizadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, Distrito Federal: 05/10/1988.

BRASIL, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de improbidade administrativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em 20 de outubro de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Improbidade administrativa** - *Limites constitucionais*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626157/>. Acesso em 27 de outubro de 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 32ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984830/>. Acesso em 25 de outubro de 2020.

FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. **Sequência (Florianópolis)**, 2015.

MAGALHÃES, Jaqueline Silva; ALCARÁ, Marcos. Reflexos da Improbidade Administrativa na Saúde Pública. **Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça**, 2017. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/2357>. Acesso em: 2 de outubro de 2020.

MARCONI, M. de A. e LAKATOS, E. M. **Fundamentos de Metodologia Científica**, 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2003. Disponível em: <file:///C:/Users/05599204154.SEPLAN/Downloads/LAKATOS%20-%20MARCONI%20-%20FUNDAMENTOS%20DE%20METODOLOGIA%20CIENTIFICA.pdf>. Acesso em 8 de novembro de 2020.

PRODANOV, Cleber e FREITAS, Ernani. **Metodologia do Trabalho Científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico**. 2ª edição. Rio Grande do Sul: Universidade FEEVALE, 2013. Disponível em: <http://www.feevale.br/Comum/midias/8807f05a-14d0-4d5b-b1ad-1538f3aef538/E-book%20Metodologia%20do%20Trabalho%20Cientifico.pdf>. Acesso em 7 de novembro de 2020.

OS REFLEXOS DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO NA AMPLIAÇÃO DA DEVOLUTIVIDADE DOS RECURSOS CÍVEIS

ANTONIO JOÃO DA SILVA NETO:

Bacharelando do Curso de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

IGOR MOURA ARAÚJO⁴³

(coautor)

FABRÍCIO DE FARIAS CARVALHO⁴⁴

(orientador)

RESUMO: A presente pesquisa analisou a interação do princípio da primazia do julgamento do mérito com o efeito devolutivo dos recursos nas hipóteses do artigo 1013 do CPC a fim de analisar possíveis ofensas aos princípios do devido processo legal, do duplo grau de jurisdição, da ampla defesa, do contraditório e do juiz natural, tendo em vista as limitações temáticas que sofrem as causas julgadas diretamente pelos tribunais de serem levadas a uma segunda instância de julgamento. Indaga-se se tal ampliação da devolutividade dos recursos em prol de uma busca por celeridade e mérito pode atingir, macular ou minimizar as garantias incidentes. Para tanto, esta pesquisa foi desenvolvida através de pesquisa bibliográfica, baseada em materiais já elaborados, compostos por livros, artigos científicos e jurisprudências.

Palavras-chave: primazia do julgamento do mérito; devido processo legal; celeridade; efeito devolutivo; supressão de instância.

ABSTRACT: This research analyzed the interaction of the principle of primacy of judgment on the merits with the devolution effect of resources in the hypotheses of article 1013 of the CPC, in order to analyze possible offenses to the principles of due process of law, of the double degree of jurisdiction, of broad defense, the adversary and the natural judge, in view of the thematic limitations suffered by the causes judged directly by the courts to be brought to a second instance of judgment. It is questioned whether such an increase in the devolution of resources in favor of a search for speed

⁴³ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho.

⁴⁴ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho, Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.

and merit can reach, tarnish or minimize the incurred guarantees. Therefore, this research was developed through bibliographical research, based on materials already prepared, composed of books, scientific articles and jurisprudence.

Keywords: primacy of judgment on merit; due legal process; speed; devolutive effect; suppression of instance.

Sumário: 1. Introdução 2. A primazia do julgamento do mérito no devido processo legal 2.1 O direito constitucional à ação e ao recurso 3. A busca pela celeridade e a nova dinâmica processual do CPC/15 3.1 Garantias constitucionais e infraconstitucionais incidentes 3.1.1 Duplo grau de jurisdição 3.1.2 Contraditório e ampla defesa 3.2 O conflito entre a celeridade processual e o devido respeito às garantias inerentes às partes e ao processo 4. O efeito devolutivo dos recursos e as hipóteses do artigo 1013 do CPC 4.1 A “supressão de instância” e o processo cooperativo 5. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Publicado em 16/03/2015 e vigente desde 18/03/2016, em respeito a sua *vacatio legis*, o Novo Código de Processo Civil surge após uma hegemonia de mais de 40 anos do código de 1973, motivado a resolver — ou pelo menos — amenizar os problemas do ambiente processual que se propunha a regular, além de estabelecer um novo patamar de segurança jurídica e celeridade.

Ascendendo a este ideal, a nova lei de ritos destitui e institui novos procedimentos dispostos a recondicionar o direito substantivo a uma via justa que resulta em uma prestação jurisdicional rápida e com conteúdo de mérito.

Exemplo disso e foco desta pesquisa é seu artigo 1.013. No referido, é determinado que a matéria recorrida em primeiro grau e devolvida ao judiciário por órgão de instância superior, devolve, também, todo conhecimento que nela gravita, incluindo todas as questões suscitadas no processo que o tribunal julgar relativas à questão impugnada, além de seus fundamentos, podendo até mesmo julgar a causa em sua totalidade se o processo já estiver *devidamente* instruído e assim entender possível.

Como problema de pesquisa, indaga-se se tal ampliação da devolutividade dos recursos em prol de uma busca por celeridade instigada pela primazia do juízo de

mérito pode atingir, macular ou minimizar as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e seu decorrente lógico: o duplo grau de jurisdição. Assim visualizados à luz dos princípios do devido processo legal, do direito à ação e ao recurso e do juiz natural.

Como objetivo de estudo destaca-se a tarefa de analisar as influências do princípio da primazia do julgamento do mérito e a busca pela celeridade no Novo Código de Processo Civil na esfera do ordenamento recursal brasileiro, assim como discutir sobre o protagonismo do contraditório e ampla defesa e a sobre a chamada “supressão de instância”. Além disso, busca revisar e analisar a biografia referente ao tema e coletar a jurisprudência nos tribunais superiores e de 2ª instância.

Como motivação, o estudo tem o propósito de assegurar o debate relativo ao tema de cuja importância e relevância é inegável e inafastável, posto a amplitude de matérias e processos regulados pelo CPC e pela sensibilidade e relevo que seus princípios incidentes ocupam no ordenamento jurídico.

Para tanto, o presente estudo foi desenvolvido através de uma pesquisa bibliográfica com abordagem dedutiva e fora dividido em capítulos. O de número 2 se destinou a tratar sobre a primazia do julgamento do mérito, norte do processo moderno, e como ela reverbera nas disposições do código, diminuindo potenciais óbices ao juízo de mérito.

No terceiro fora tratada a busca pela celeridade e a forma como a legislação atual tenta resumir cada vez mais a duração de suas lides e causas no judiciário e como essa busca pode afetar a experiência democrática dos indivíduos. Ademais, fora analisado como essa deificação da celeridade interage com as garantias constitucionais e como ela pode suprimir etapas e assim inviabilizar o exercício de determinados direitos no âmbito recursal.

O capítulo seguinte buscou estudar o efeito devolutivo dos recursos nas hipóteses do artigo 1.013 do CPC e como elas demonstram uma maior ampliação da devolutividade dos recursos, levando ao juízo de 2º grau matérias não apreciadas e discutidas no juízo *a quo* e como isso pode macular o amplo debate, a participação das partes e processo constitucional. Busca-se, também, estabelecer um panorama de consequências incidentes e supervenientes, além de conceitualizar e contextualizar a teoria da supressão de instância.

2 A PRIMAZIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO NO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O Direito Processual Civil é um ramo do direito público que mantém íntima ligação com o Direito Constitucional por, junto com as demais áreas processuais, efetivar o exercício do direito de ação, garantindo aos indivíduos o acesso a uma decisão proferida por um terceiro imparcial revestido de função jurisdicional que resolva seus conflitos intersubjetivos (jurisdição contenciosa) ou que, inexistindo lide, lhe garanta prestação eficaz que regularize determinada situação fática especial (jurisdição voluntária) através de um processo organizado e institucionalizado previamente e que respeite seus moldes principiológicos, concretizando a trilogia estruturante do processo civil: ação, jurisdição e processo, consagrada pelo processualista argentino José Ramiro Podetti (1963).

Com efeito, por ter sido o primeiro código de processo civil a vigor no Brasil após a Constituição Federal de 1988, o Código de 2015 foi muito influenciado pelo movimento *neoconstitucionalista* pós-guerra que busca(r) promove(r) os direitos fundamentais inerentes à sociedade atual e à condição humana. Desse contexto, surge o *neoprocessualismo* (CAMBI, 2020): movimento de adequação da lei de ritos ao texto constitucional, facilmente perceptível a partir da leitura do seu primeiro artigo, que diz que o processo civil deve congruência à Constituição, *in verbis*:

Art. 1 - O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código

Vê-se, então, uma analogia constitucional-processualista que condiciona a boa aplicação do código à atenção às normas e valores (princípios) da Carta Fundante. Emerge, desse contexto, o direito do acesso à justiça, consagrando não só a garantia de ingresso ao poder judiciário, mas também o direito medular de se chegar ao fim do processo (CÂMARA, 2015) resolvendo a demanda postulada em juízo e, essencialmente, primando pela resolução de seu mérito em detrimento à resolução sem mérito.

Esse raciocínio é a tenra nascente do Princípio da Primazia do Julgamento do Mérito, observado explicita e implicitamente em diversas passagens da Lei 13.105/15, como, por exemplo, nas hipóteses de inépcia da petição inicial (art. 321, CPC), espaço

em que o juiz dá à parte um prazo — de 15 dias — para corrigir defeitos e irregularidades a fim de que se dê continuidade ao processo e que o direito tutelado não venha a ser privado de julgamento pelo Estado-juiz ou maculado por atos procedimentais mediatos que obstarão a análise do seu mérito. Afinal, tais atos não têm, na nova perspectiva processual, fins em si mesmos: servem à marcha processual como as leis servem ao direito.

De acordo com o princípio primazia do julgamento do mérito o órgão julgador deve tomar como prioridade inarredável a confecção da decisão de mérito, sendo, pois, responsável por fazer o possível para que isso ocorra (DIDIER, 2019). Ocupando a resolução do mérito posição prevaletente e dominante no processo, etapas e atos mediatos são inevitavelmente sintetizados e transformados em degraus que levam a ela.

Muito desse espírito instrumentalista do Novo Código de Processo Civil de 2015 é devido ao princípio da primazia do julgamento do mérito, que, inobstante ao ar hedíerno que se envolve, é decorrente lógico do direito de ação previsto no art 5º, XXXV, do texto constitucional, mantendo, pois, longa e constante vigência desde 1988 (JOBIM; CARVALHO. 2019). Tal princípio foi abraçado pela nova lei de ritos — em evidente tentativa de aproximação com o texto da Carta Magna — que, em diversas passagens, o trouxe de forma assertiva, fazendo eclodir novos (sub)princípios e revigorando aqueles que, embora racionalmente subentendidos de outras fontes, não gozavam do devido apreço que mereciam pelo texto processual de 1973, seguindo o espírito *mutatis mutandis* do direito e das coisas.

Assim, importantes amostras medulares desse princípio foram pulverizadas pelo novo código, (re)vigorando a ascendência do predado célere ao sujeito processo, defletindo da hipervalorização ritualística de outrora.

Dessa forma, percebe-se a finalidade máxima dessa nova visão de justiça no ordenamento, enxergando além do dever do sistema processual jurídico de conferir a possibilidade de ingresso na justiça, o dever, também, de confeccionar uma resolução com conteúdo de mérito, respeitando a cooperação processual, a ampla defesa, o contraditório e que satisfaça o módulo constitucional de dizer o direito avocado pelo Estado e conferido ao Poder Judiciário, fazendo-o em uma duração que seja considerada *razoável*.

2.1 O direito constitucional à ação e ao recurso

Peça fundamental da trilogia estruturante do processo, o direito à ação é motivo de debates entre processualistas que divergem sobre seu conceito e sua relação com o direito subjetivo. Diversas teorias foram criadas, ao longo da história, com as posteriores pretendendo suprir lacunas das anteriores.

A teoria civilista (ou imanentista), criada no século XIX e que teve como grande defensor o jurista alemão Savigny, considera que o direito a ação é extremamente interligado com o direito material, surgindo somente após a violação deste. Assim sendo, não existiria direito a ação sem direito material e vice-versa (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015).

Porém, essa tentativa de unir o direito material ao processual (direito à ação) trouxe consigo um paradoxo, pois, caso o pedido em juízo seja declarado improcedente não teria havido então o prejuízo do direito subjetivo, o que impossibilitaria a existência do direito à ação.

As falhas da teoria civilista demonstraram que seria necessário enxergar o direito à ação como um direito autônomo. Essa visão é compartilhada pela maioria dos doutrinadores, que mesmo divergindo sobre certos aspectos do direito, e mesmo criando novas teorias sobre sua natureza, convergem no sentido de enxergá-lo independente do direito subjetivo.

Após a consolidação dessa interpretação, o debate foi pautado em analisar se a existência do direito à ação estaria submetida a uma sentença favorável ao autor. Nesse sentido, a teoria do direito à ação como direito autônomo abstrato afirma que a realização do direito não depende do resultado da sentença e sim somente da entrada em juízo. Segundo o ilustre doutrinador Marinoni (2020), a teoria afirma a garantia constitucional de acesso à justiça, criando uma obrigação ao Estado de analisar o caso, independente da resposta ser positiva ou não a quem se utilizou do seu direito à ação.

A Constituição Federal de 1988 corrobora com essa ideia, ao afirmar em seu artigo 5º, inciso XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Além disso, demonstra o caráter público do direito à ação, já que é uma relação jurídica entre o indivíduo e o Estado, no qual aquele aciona este para iniciar o processo a fim de proteger seu direito.

O cidadão que utiliza seu direito à ação espera que o processo possua todas as garantias constitucionais, que ajam diretamente ou em formas de instrumentos processuais, para a defesa do seu direito material (BONAVIDES, 2019). À vista disso, a Carta Magna aponta, em seu artigo 5º, inciso LX, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, restando claro também, portanto, a existência do recurso como meio inestimável à busca pela reanálise das decisões judiciais em um contexto de participação popular que revigore os preceitos constitucionais do amplo debate e da democracia.

Sendo assim, o recurso é o instrumento utilizado para impugnar decisão judicial, concedendo a ambas as partes um maior espaço para a dialética processual, além de possibilitar percepções mais amplas sobre a lide, realizadas por outro órgão julgador.

Desse modo, a existência dos institutos recursais emana dos princípios do contraditório e da ampla defesa devido a sua importância para o acréscimo de debate entre os partícipes do processo e o Estado-juiz, com o intuito de permitir uma maior garantia de que a decisão seja a mais justa possível, diluindo o poder do juiz da causa e a soberania de sua decisão (que por vezes pode ser parcial, errônea ou motivada por impressões irreais) ao juiz do recurso, que deverá julgar somente aquilo que lhe fora solicitado para que não avoque para si competência indevida. Logo, é inegável que o direito ao recurso é constitucional e que ocupa um papel fundamental na democracia, por fomentar a participação do povo — aqui entendido como as partes — no exercício da jurisdição cogente (privativamente atribuída ao Estado, que a exerce através do poder judiciário) que vincula sua sentença àqueles que a ela se submetem ou são submetidos.

3 A BUSCA PELA CELERIDADE E A NOVA DINÂMICA PROCESSUAL DO CPC/15

A liturgia processual é um dos óbices mais evidentes da justiça brasileira, não sendo inabituais processos com mais de década em aberto. Afinal, “a demanda por justiça está anos-luz à frente da capacidade de o Judiciário como um todo, o que gera, diariamente, um estoque indigesto de processos” (FARIA, 2010, p. 371-388). Esse cenário é conflitante ao que prega o inciso LXXVIII do Artigo 5º da Constituição, *ipsis verbis*:

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:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Assim, um processo que não possua duração razoável é um processo injusto, já que acorrenta às partes um tormento à espera da resolução da lide, muitas vezes com perdas ou invalidação temporal de direitos durante esse período, caracterizando, também, uma espécie de antecipação desnecessária de juízo punitivo pela demora. O Código de Processo Civil de 1973 se mostrava defasado em atingir a celeridade desejada, possuindo barreiras que burocratizavam atos processuais, sendo necessária criações jurisprudências para desviar de alguns desses obstáculos.

Devido a isso, uma das principais preocupações na elaboração do Novo Código foi resolver essa morosidade, criando, retirando e simplificando institutos e etapas processuais com a finalidade de obter a velocidade almejada e a concretização do ideal de justiça eficaz, aqui idealizada como aquela que é oferecida no menor tempo possível.

3.1 Garantias constitucionais e infraconstitucionais incidentes

Certo é que a celeridade assume importante lugar do processo moderno, mas sua busca deve ser sopesada junto à segurança jurídica. Nesse sentido, é prudente buscar e localizar um equilíbrio entre a agilidade e a exatidão, situação em que se faria vivo o ideal mister do direito: a efetividade, devendo sê-lo analisado à luz de alguns princípios.

3.1.1 Duplo Grau de Jurisdição

O Princípio do duplo grau de jurisdição concede o direito às partes estágios sucessivos de julgamento por órgãos hierarquicamente distintos (RIBEIRO, 2006), sendo que o primeiro é o juiz da causa e, caso não exista aquiescência da decisão, o recurso será remetido para o segundo, que é o juiz do recurso (THEODORO JÚNIOR, 2019).

A existência desse instituto é de suma importância para o processo, devido ao acréscimo de segurança jurídica na decisão, já que possíveis erros (*in judicando* e/ou *in procedendo*) existentes na decisão do órgão *a quo* poderiam ser corrigidos. Seu amparo constitucional é compreendido pela doutrina a partir do devido processo legal

e da ampla defesa, apesar de encontrar impasses na jurisprudência quanto a sua invocabilidade, como mostra o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em decisão de 2006:

EMENTA AGRADO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. PENA DE PERDIMENTO. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ASSENTO CONSTITUCIONAL. INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA REFLEXA.

Segundo a jurisprudência da Corte, não há no ordenamento jurídico brasileiro a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição. A afronta aos princípios do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição, em termos processuais, configura, via de regra, apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição. [...] (STF, 2006, on-line)

Observa-se na decisão um afastamento do princípio ao caso sob a alegação de que dele não há previsão explícita na Constituição Federal. Bem verdade é que o duplo grau de jurisdição é compreendido, na constituição, de forma implícita.

Entretanto, ainda que afastando o princípio do duplo grau, o desprezo ao não julgamento em primeira instância pode constituir ofensa às regras de competência decorrentes do próprio princípio do juiz natural (DADALTO, 2017), que estabelece regras de competência à causa, visando a proteção da integridade do processo e da estrutura de julgamento monopolizada pelo Estado.

3.1.2 Contraditório e Ampla Defesa

De inegável escopo constitucional, o princípio do contraditório está estampado junto ao princípio da ampla defesa no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que diz que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Assim, o princípio confere às partes o direito de proteger seus interesses utilizando-se de todos os meios permitidos em direito a fim de provar-se sem culpa, defender-se de alegação ou manifestar-se diante de alguma matéria relevante para si a que possa incorrer prejuízo futuro ou perda de direito.

Como afirma José Augusto Delgado (2001), a efetividade do contraditório só se concretiza quando há defesa integral da parte no processo. Partindo desse ponto, pode-se compreender que a não dupla análise do mérito por diversas e seguidas instâncias prejudica, à medida que retira da parte a possibilidade de manifestar-se sobre a prestação do primeiro grau, a boa cooperação processual, a manifestação de direitos, a exposição de argumentos e o amplo debate.

O princípio da ampla defesa tem, também, influência ímpar em todas as esferas processuais do direito brasileiro, como — talvez — a maior personificação do estado democrático de direito. No meio ambiente cível, tal qual nos demais que se aglutinam no poder sancionatório do Estado sobre pessoas (físicas e jurídicas), o princípio se manifesta através faculdade da parte de exercer, de forma irrestrita, seu direito de defesa (CARVALHO, 2002).

Tal princípio em muito se assemelha ao princípio do contraditório e, portando, por grande parte da doutrina (e até pela própria lei constitucional, que os cita, na maioria das vezes, juntos) como sinônimos ou garantias intrínsecas e inerentes, estando, na manifestação de um, a do outro.

3.2 O conflito entre a celeridade processual e o devido respeito às garantias inerentes às partes e ao processo

É inegável que o novo processo brasileiro relativiza princípios e etapas por vezes essenciais para promover a celeridade. No entanto, acaba esbarrando em situações potencialmente causadoras de insegurança jurídica ao impedir as partes de obter uma dupla apreciação de seu pedido, assim como dos fundamentos que o cercam.

A garantia do contraditório é base fulcral de diversas passagens do código, mas é afastada, em alguns casos, para dar lugar à celeridade, dando vazão a um ideal questionável de que a rapidez e a quase-instantaneidade é a melhor e mais louvável forma de garantir prestação jurisdicional, aduzindo aos conceitos imediatistas de uma sociedade pautada no consumo de prazos cada vez menores. Sobre isso, aponta José Carlos Barbosa Moreira (2004, pag. 4).

Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso

implique – nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores – hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.

Portanto, a busca pela rapidez deve ter sempre sua eficácia estudada, discutida e revista nos moldes do interesse constitucional e infraconstitucional — sendo esse último, também, uma manifestação indireta daquele, pois todo regimento legal serve aos interesses da Carta Magna.

4 O EFEITO DEVOLUTIVO DOS RECURSOS NAS HIPÓTESES DO ARTIGO 1013 DO CPC

Ampliando as hipóteses previstas na redação do artigo 515 do Código de Buzaid, o artigo 1.013 do NCPC apresenta uma manifestação do efeito devolutivo dos recursos, no qual o judiciário, por meio dos tribunais de segunda instância, retorna a apreciar matéria que o fora enviada por meio de recurso pelo juízo *a quo*, nesses termos:

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

O *caput* do art. 1013 do Novo Código de Processo Civil demonstra o efeito devolutivo dos recursos quando afirma que a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. Com efeito, mesmo que o comando esteja no rol do recurso de apelação, as regras presentes nele valem para todos os recursos (CHEIM JORGE, 2015).

O efeito devolutivo se caracteriza pela remessa da matéria julgada e impugnada para seu reexame, seja pelo mesmo órgão ou por outro órgão hierarquicamente superior que componha o poder judiciário (ASSIS, 2017). A realização de uma nova análise é significativa para a obtenção de uma maior segurança jurídica, já que adiciona novos olhares ao conteúdo que será julgado, oferecendo à parte interessada uma melhor e mais extensa apreciação da matéria que colocara em juízo.

A análise do efeito pode ser feita por dois ângulos distintos: em extensão e em profundidade (BUENO, 2020). Quanto à extensão, o julgador deverá se atentar a apreciar a matéria de acordo com os limites do pedido do recorrente para não recair em hipóteses *ultra*, *citra* e *extra petita*. Quanto à profundidade, o *ad quem* poderá analisar todas as questões discutidas acerca da matéria, mesmo que o *a quo* não tenha se manifestado sobre. Assim, fundamentos são devolvidos em totalidade e pedidos são devolvidos conforme estritamente requeridos.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

Os parágrafos 1º e 2º do referido artigo apresentam a profundidade do efeito devolutivo (BUENO, 2020). No primeiro parágrafo, é apontado que todas as questões suscitadas e discutidas no processo deverão ser observados pelo tribunal, desde que estejam no capítulo impugnado, ou seja, são respeitados os limites da matéria, mas todos os fundamentos que a rodeiam são objeto de reapreciação. No segundo parágrafo, é previsto que o tribunal que receberá o recurso terá conhecimento de todos os fundamentos relativos à matéria, mesmo que o juiz tenha analisado somente um ou alguns deles.

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

I - reformar sentença fundada no art. 485;

II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;

IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

O parágrafo terceiro versa sobre a doutrinariamente intitulada “teoria da causa madura”. É aquela que já possui todos os fundamentos necessários para ser julgada de forma imediata (e inédita) pelo tribunal a qual se destinou recuso, sem a necessidade de ser observado apreciação anterior. Esse instituto encontra-se atrelado diretamente ao princípio da primazia do julgamento do mérito por possuir a finalidade de conceder celeridade ao processo.

No primeiro inciso do parágrafo, o aplicador do direito poderá julgar de imediato quando a sentença a ser reformada for fundamentada nas causas de extinção do processo sem resolução do mérito do art. 485, nas hipóteses do inciso II a X, já que no primeiro inciso (indeferimento da inicial) não existe o contraditório, não havendo, desse modo, “causa madura” (MONTENEGRO FILHO, 2019); no segundo e no quarto inciso, a sentença terá sua nulidade decretada, quando respectivamente, não for congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir (sentença extra petita) e quando não for fundamentada. Possuindo todas as provas necessárias para o julgamento, o tribunal terá que julgá-lo, sem necessidade da devolução do processo ao primeiro grau de jurisdição; no terceiro, quando for constatado a omissão no exame de um dos pedidos, sendo então uma sentença *citra petita*, o tribunal também não precisará devolver o processo para o juízo anterior, devendo ser, então, julgado pelo órgão em que o recurso se encontra.

Sobre essa questão, Didier e Cunha (2016) afirmam acertadamente que para que seja aplicado a causa madura é preciso que o recorrente, em suas razões recursais, requeira expressamente que o tribunal dê provimento ao recurso e, desde logo, aprecie o mérito da demanda. Caso o recorrente requeira que após o provimento do recurso sejam os autos devolvidos ao juízo de primeira instância para análise do mérito, não poderá o tribunal, valendo-se do §3º do art. 1.013 do CPC, adentrar o exame do mérito, sob pena de proferir decisão *extra petita*. Concedendo, assim, direito à parte ao controle e gerência do seu direito ao contraditório e à ampla defesa no curso do processo.

Apesar disso, nada obsta o tribunal de reconhecer madura a causa de ofício, solicitando provas para seu julgamento, fundamentando-se no art. 370, parágrafo único, do código (DADALTO, 2017), que diz que “o juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”, caso em que o juiz reduz a manifestação de vontade e do direito da parte a um mero ato protelatório.

§ 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.

O parágrafo 4º do artigo versa sobre a hipótese na qual o juiz *a quo* sentencia indevidamente, sob os olhos do juiz *ad quem*, a prescrição ou decadência da lide, devendo o tribunal julgar o mérito de imediato, caso, obviamente, existem condições materiais para isso. Processos nos quais não existiram atos suficientes, como por exemplo, a ausência de citação ao réu, o que retira seu direito de resposta e, em análise óbvia, fere frontalmente o princípio do contraditório, não possuem condições de serem julgados de imediato, devendo então retornar ao juízo que decretou a prescrição ou decadência em matéria de sentença.

§ 5º O capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação.

Por último, o parágrafo 5º reconhece como instrumento válido para contestar a decisão na sentença que disserta acerca da tutela provisória, seja para confirmar, conceder ou revogar, é o recurso de apelação. Antes do advento do Novo Código de Processo Civil, existia uma divergência doutrinária sobre qual seria o recurso cabível, já que não existia previsão legal nesse sentido. Devido a isso, reinava a instrumentalidade das formas, sendo aceito o recurso de agravo de instrumento para combater decisões sobre tutela provisória. A dúvida pereceu em virtude do parágrafo citado.

4.1 A "supressão de instância" e processo cooperativo

Supressão de instância é a análise e julgamento de matéria pelo órgão *ad quem* que não foi submetida e devidamente analisada no órgão em que se deu origem. Constitui hipótese de transformação de competência derivada (em razão do recurso) em competência originária para julgar matéria de competência natural da instância inferior.

A experiência desse instituto constitui, na maioria dos casos, tipo irregular de julgamento e causa de nulidade da sentença que possa vir a ser proferida, além de ser causa e motivação para afastamento por incompetência (absoluta) em razão da hierarquia funcional do poder judiciário, de cujo reconhecimento é visto amostras facilmente encontrados na jurisprudência. A exemplo, decidiu o STJ:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. JULGAMENTO SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS. APLICAÇÃO DO ART. 10 DO CPC/2015. PROIBIÇÃO DE DECISÃO SURPRESA. VIOLAÇÃO. NULIDADE. [...] 2. **Trata-se de proibição da chamada decisão surpresa**, também conhecida como decisão de terceira via, contra julgado que rompe com o modelo de processo cooperativo instituído pelo Código de 2015 para trazer questão aventada pelo juízo e não ventilada nem pelo autor nem pelo réu. 3. **A partir do CPC/2015 mostra-se vedada decisão que inova o litígio e adota fundamento de fato ou de direito sem anterior oportunização de contraditório prévio, mesmo nas matérias de ordem pública que dispensam provocação das partes.** [...] 6. A proibição de decisão surpresa, com obediência ao princípio do contraditório, assegura às partes o direito de serem ouvidas de maneira antecipada sobre todas as questões relevantes do processo, ainda que passíveis de conhecimento de ofício pelo magistrado. O contraditório se manifesta pela bilateralidade do binômio ciência/influência. Um sem o outro esvazia o princípio. [...] **17. Por derradeiro, o retorno dos autos à origem para adequação do procedimento à legislação federal tida por violada, sem ingresso no mérito por esta Corte com supressão ou sobreposição de instância, é medida que se impõe não apenas por tecnicismo procedimental, mas também pelo efeito pedagógico da observância fiel do devido processo legal, de modo a conformar o direito do recorrente e o dever do julgador às novas e boas práticas estabelecidas no Digesto Processual de 2015.** (grifo nosso)

No caso acima, o direito ao contraditório não foi respeitado no Tribunal Regional Federal da 4ª região e devido a isso não se teve produção de provas necessárias para a realização da análise da lide, sendo, então, extinto o feito sem julgamento do mérito. Por via recursal, O Superior Tribunal de Justiça entendeu como errônea a decisão da instância inferior. Além disso, entendeu ser necessária a remessa dos autos para o tribunal com o intuito de que se realizasse a análise do mérito, avaliando que a Corte não deveria efetuar o exame, já que essa prática se adequaria

em supressão de instância, como corrobora decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí (2020):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. PROCESSO EXTINTO, NOS TERMOS DO ART. 267, VI, DO CPC/73. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA ARGUIDA. ACOLHIMENTO. ERROR IN PROCEDENDO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. [...] 2. Nessa senda, é manifesta a nulidade da decisão de 1º grau, dada a prolação prematura do *decisum* requestado, porém, não se pode perder de vista que o respeito à interdependência entre as instâncias atua como salvaguarda do princípio do Juiz Natural e do due process of law, quedando-se, por isto, imprescindível a remessa dos autos ao Juízo de origem para que o Juiz Natural do feito profira nova decisão, desta vez, à luz dos comandos normativos insertos no Código de Processo Civil, bem assim os preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa, adequando a tramitação e resolução da contenda, mediante a análise de todos os pedidos formulados na petição inicial executiva. 3. Logo, não se trata de causa madura, de modo que esta Corte de Justiça não poderá apreciar o pedido executivo contido na exordial, sob pena de supressão de instância. 4. Recurso conhecido e provido, para acolher a preliminar de nulidade do *decisum* de 1º grau, por error in procedendo, cassando a sentença recorrida, e determinando, via de consequência, o retorno dos autos ao Juízo de origem, para que seja dado o regular prosseguimento ao feito, a partir de sua interrupção pela prolação da sentença anulada.

Na referida decisão fora identificado *error in procedendo* na sentença de 1º grau arguido pelo apelante, que fora feita de forma generica, sem especificar o número do processo, das partes e dos procuradores, bem como fora constatada ausência de elemento essencial da sentença: o relatório.

Ademais, o apelante suscita o reconhecimento de *error in judicando* do magistrado *a quo* que entendeu pela ausência de interesse de agir, extinguindo o processo em decisão terminativa. No entanto, não fora juntado aos autos a comprovação da intimação do então apelante para tomar ciência da referida sentença, ensejando violação ao contraditório e à ampla defesa, reconhecida pelo tribunal.

Após isso, restou ao tribunal a tarefa de analisar se a causa já possuía todos os elementos necessários para seu julgamento de imediato, excluindo-se a primeira instância originária. A respeito disso, manifestou-se sabiamente o relator Des. Brandão de Carvalho, através do seu voto à referida decisão supracitada:

[...] não se pode perder de vista que o respeito à interdependência entre as instâncias atua como salvaguarda do princípio do Juiz Natural e do *duo processo of law*, quedando-se, por isto, imprescindível a remessa dos autos ao Juízo de origem para que o Juiz Natural do feito profira nova decisão.

Ao voto, faz-se imprescindível contemplar a precisa citação do princípio do Juiz Natural. O ordenamento jurídico brasileiro é estruturado de forma a garantir aos indivíduos uma previsibilidade do juízo a qual serão destinados suas causas (com base na natureza, no valor, nas pessoas envolvidas, em critérios funcionais e afins). Dessa forma, os órgãos de primeira instância são os únicos responsáveis, dentro do processo constitucional, por proferir sentença e exercer jurisdição sobre as matérias (e fundamentos inerentes) que lhes foram atribuídos originalmente, sendo, pois, seus juízes naturais.

Assim, constata-se que o julgamento pelo tribunal *ad quem* a matéria de competência do juízo *a quo* vai de encontro ao que prega o referido princípio, podendo-se reconhecer essa potencial ofensa independentemente da análise do estado em que se encontra a causa ("madura" ou não), das provas já produzidas ou de qualquer subjetividade do juízo *ad quem* que lhe ofereça justificativa para a avocar para si conhecimento e jurisdição de matéria da qual não é competente natural por se tratar de uma simples questão objetiva de competência em razão da hierarquia. Portanto, ao conhecer e julgar, em sede de recurso, matéria atribuída ao juízo de primeira instância, o tribunal corre o risco de suprimi-la, anulando a atuação daquela que realmente deveria fazê-lo.

Fato é que tal afecção jurídica, potencialmente causadora de conflito de competência, é largamente arguida como forma de jurisprudência defensiva. A saber, tal medida, em sua forma defensiva, constitui-se em finalidade na obstrução do acesso ao órgão judicial, ao exame de mérito do recurso ou a demais provimentos judiciais através do excessivo apeço a formalidades estéreis ou a brechas legais que a dê permissão.

No entanto, é importante observar que apesar seu uso prejudicial no processo — pelos motivos acima expostos —, a figura da supressão de instância no processo civil brasileiro é essencial para análise de competência em matéria recursal. Ora, se a lei indica que determinado órgão não é competente para julgar matéria suscitada em

ordem de recuso, é essencial que haja, portanto, um instrumento a ser utilizado por esse órgão para afastar-se da discussão e, dessa forma, garantir o devido processo legal.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo analisou a interação de um novo ideal processo com velhas garantias de caráter constitucional e infraconstitucional, colocando-as nos moldes daquilo que se entende por justo e adequado, além de ter buscado entender como o julgamento e análise de matéria nova em 2ª instância como se 1ª fosse pode gerar feridas a direitos substancialmente mais importantes que a celeridade que seu sacrifício justificaria.

A liturgia processual e o imenso número de julgados em que não eram analisadas as matérias justificam a relevância que o princípio da primazia do julgamento do mérito possui no atual Código de Processo Civil, sendo implementadas normas com o ímpeto de desburocratizar atos processuais a fim de se chegar o mais rápido possível ao julgamento propriamente da matéria. Entretanto, esse desejo por celeridade suprimiu certas garantias intrinsecamente ligadas ao processo, tendo como um dos principais sintomas as hipóteses previstas no artigo 1.013 do CPC, que permitem ao tribunal julgar e conhecer de imediato questões e matérias não analisadas sequer pelo juízo a *quo*.

O direito ao recurso é imanente dos princípios da ampla defesa e do contraditório, já que permite o prolongar das discussões entre as partes e o reexame do direito pleiteado por órgãos e juízos distintos. A supressão de instância implicitamente admitida no referido artigo, embora sirva para uma análise de mérito em menor tempo, realiza sua finalidade obstruindo garantias processuais essenciais em um Estado Democrático de Direito, subtraindo segurança jurídica das partes.

À vista disso, a aplicação do Princípio da Primazia do Julgamento de Mérito não deve se confundir com uma busca incessante para conceder uma resposta precipitada aos litigantes. Sendo, para isso, essencial a participação e incidência de outros fenômenos jurídicos que primem pela justiça em duração razoável – aqui entendida como aquela, adequada à causa, necessária para que sejam realizados todos os atos processuais que satisfaçam a análise do direito substantivo, sendo feita em tempo adequado, mas não dando causa à exclusão e invalidação do exercício de direitos.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de, **Manual dos recursos**. 9 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

_____. **Lei nº. 13.105/15, de 16 de março de 2015**, que instituiu o Código de Processo Civil. In: Palácio do Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 28 out. 2020

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL: REsp 1676027 PR 2017/0131484-0**, Ministro Herman Benjamin, DJe: 11 de setembro 2017, disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514568082/recurso-especial-resp-1676027-pr-2017-0131484-0>. Acesso em: 13 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 976.178 - PARANÁ**. Agravo regimental. Tributário. Pena de perdimento. Duplo grau de jurisdição. Inexistência de assento constitucional. Inafastabilidade da jurisdição. Devido processo legal. Ofensa reflexa. Segundo a jurisprudência da Corte, não há no ordenamento jurídico brasileiro a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição. A afronta aos princípios do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição, em termos processuais, configura, via de regra, apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição. Ministro Dias Toffoli, DJ: 06 de dezembro de 2006, disponível em [stf.jus.br: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12412111](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12412111). Acesso em: 13 out. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella, **Manual de direito processual civil** - volume único. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo código de processo civil. **Revista da Advocf**, 2015.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. Grupo Almedina, 2020.

CARVALHO, Fabrício de Farias; JOBIM, Marco Félix. **Primazia do julgamento de mérito: o formalismo-valorativo e o processo cooperativo no sistema recursal do Código de processo civil de 2015**. 2019.

CARVALHO, Gustavo Arthur Coelho Lobo de. Os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório e os limites de intervenção do Poder Judiciário nos partidos políticos. **Jus Navigandi, Teresina, a**, v. 6. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2515/os-principios-constitucionais-da-ampla-defesa-e-docontraditorio-e-os-limites-de-intervencao-do-poder-judiciario-nos-partidos-politicos>. Acesso em: 24 out. 2020.

CHEIM JORGE, Flávio. Teoria geral dos recursos cíveis. rev., atual. e ampl. **São Paulo: Ed. RT**, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. [S.l: s.n.], 2015.

DADALTO, Rafael Gaburro. Supressão de instância e a teoria da causa madura no agravo de instrumento. In: **Anais do Congresso de Processo Civil Internacional**. 2017. p. 243-254.

DELGADO, José Augusto. Princípio da instrumentalidade, do contraditório, da ampla defesa e modernização do processo civil. **Revista jurídica**, p. 31-60, 2001.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento**. 2019.

_____. Fredie. **Curso de direito processual civil: 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. JusPODIVM, 2016.

FARIA, Márcio Carvalho. O acesso à justiça e a jurisprudência defensiva dos tribunais superiores. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, Belho Horizonte**, v. 16, p. 371-388, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Manual do Processo Civil**. 5. ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MONTENEGRO FILHO, Misael, **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. rev. E atual. São Paulo: Atlas, 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: **Revista de Processo**. 2004. p. 141-150.

PIAUÍ. Tribunal de Justiça (2ª Câmara de Direito Público). **Apelação Cível nº** 2016.0001.010620-0. Apelante: Estado do Piauí. Apelado: M. G. Martins dos Santos. Relator: Des. Brandão de Carvalho. Picos, PI, 02 de julho de 2020. DJe: Picos, PI, 10 de julho de 2021. Disponível em: http://www.tjpi.jus.br/diarioeletronico/public/dj200709_8941.pdf. Acesso em: 23 maio 2021.

PODETTI, José Ramiro. **Teoría y técnica del proceso civil: y Trilogía estructural de la ciencia del processo civil**. Ediar, 1963.

RIBEIRO, Evilazio Marques. O estudo principiológico do duplo grau de jurisdição em nível constitucional à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal. **Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX**, n. 33, 2006. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitoconstitucional/o-estudo-principiologico-do-duplo-grau-de-jurisdiacao-em-nivel-constitucional-a-luz-do-entendimento-do-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 24 out. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – vol. III**. 50. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LICITAÇÕES PÚBLICAS: LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 E OS SEUS BENEFÍCIOS PARA PEQUENAS EMPRESAS

RODOLFO SOUZA SANTOS:

bacharelando em Direito pela
Universidade de Gurupi – UNIRG.

AGNELO ROCHA NOGUEIRA SOARES

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o tratamento diferenciado dado às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas, de acordo com a Lei Complementar nº 123/06 e a Lei nº 14.133/2021. Nesse contexto, o trabalho se propõe a examinar o impacto trazido pelos benefícios legais concedidos às MEs e EPPs para o desenvolvimento regional, bem como, averiguar a compatibilidade dessas regras especiais com os princípios que regem a Administração Pública. Para tanto, desenvolveu-se uma pesquisa bibliográfica de caráter qualitativo, a partir da análise de documentos, leis, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, culminando com a exposição de evidências que comprovam a importância da utilização dos procedimentos licitatórios como instrumento promotor do desenvolvimento social e econômico por meio de incentivo ao crescimento da participação das micro e pequenas empresas no fornecimento de bens e serviços para a Administração Pública.

Palavras-chave: Licitações. Administração Pública. Microempresa. Pequenas empresas.

ABSTRACT: This article aims to analyze the different treatment given to micro and small businesses in public tenders, in accordance with Complementary Law No. 123/06 and Law No. 14,133 / 2021. In this context, the work proposes to examine the impact brought by the legal benefits granted to MEs and EPPs for regional development, as well as, to verify the compatibility of these special rules with the principles that govern Public Administration. To this end, a qualitative bibliographic research was developed, based on the analysis of documents, laws, doctrinal and jurisprudential positions on the subject, culminating in the presentation of evidence that proves the importance of using bidding procedures as an instrument that promotes development. social and economic by encouraging the growth of the participation of micro and small companies in the supply of goods and services to the Public Administration.

Keywords: Bids. Public administration. Micro enterprise. Small business.

INTRODUÇÃO

A Licitação é um instrumento previsto em lei, indispensável para que o Poder Público adquira bens e realize obras e serviços imprescindíveis ao cumprimento de suas obrigações, respeitando assim princípios norteadores do ordenamento jurídico, como o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Observa-se, entretanto, que os objetivos da licitação transcendem à mera busca pela proposta mais vantajosa, mas envolvem a busca pelo tratamento isonômico entre os licitantes e pela promoção do desenvolvimento nacional sustentável, como bem asseveram os incisos II e IV do artigo 11 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021).

Nesse contexto, a presente pesquisa tem como objetivo geral analisar os impactos trazidos pelo tratamento especial conferido pela Lei Complementar 123/06 ao crescimento das microempresas e empresas de pequeno porte, bem como, os principais reflexos desse aporte no desenvolvimento nacional. Como objetivos específicos, pretende-se relatar de forma aprofundada sobre a Lei complementar 123/06, expor os impactos causados por essa lei e ressaltar a importância de microempresas e empresas de pequeno porte no Brasil.

A escolha do tema deu-se pelo fato de que as micro e pequenas empresas, apesar da grande participação no cenário nacional, estavam em situação de desigualdade frente às médias e grandes empresas em questão de competitividade. Diante disso, foi realizado um estudo para verificar o impacto da Lei Complementar nº 123/06 nas licitações, ressaltando que as contratações públicas passam a exercer uma função social, deixando de ser apenas um instrumento de aquisição de bens e serviços para a Administração Pública, uma vez que, ao apoiar o crescimento das micro e pequenas empresas, o poder público pode influenciar diretamente na geração de emprego e renda, fortalecendo as economias locais.

Dessa maneira, o presente estudo se configura como uma pesquisa bibliográfica e de caráter qualitativo. Para desenvolvimento do tema, buscou-se analisar a Lei complementar 123/2006 à luz das disposições doutrinárias e jurisprudenciais, de maneira a evidenciar a importância da utilização do procedimento licitatório como ferramenta de incentivo ao crescimento das MEs e EPPs e, conseqüentemente, promotor do desenvolvimento social e econômico do país. Como localizador dos artigos, foram utilizados os descritores licitações públicas, administração pública, pequenas empresas, grandes empresas e a Lei nº 14.133/2021.

1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E LICITAÇÃO.

O desenvolvimento e superação dos problemas sociais em nível como local, nacional e global, tem por finalidade o reconhecimento do papel das liberdades, Amartya Sen, em seu livro *Desenvolvimento como Liberdade*, faz o seguinte apontamento que “a expansão da liberdade é vista, por essa abordagem, como o principal fim e o principal meio do desenvolvimento” (SEN, 2000, p. 10). A respeito disso, o mesmo autor diz:

Se a liberdade é o que o desenvolvimento promove, então existe um argumento fundamental em favor da concentração nesse objetivo abrangente, e não em algum meio específico ou em alguma lista de instrumento especialmente escolhida. Ver o desenvolvimento como expansão das liberdades substantivas dirige a atenção para os fins que o tornam importantes, em vez de restringi-la a alguns dos meios, que *inter alia*, desempenham um papel relevante no processo (SEN, 2000, p. 17-18).

Essa concepção de desenvolvimento apresentada pelo autor destaca a importância da liberdade individual como fator indispensável para a conquista da condição de agente aos sujeitos. A condição de agente é a ligação que conecta os meios, que alcança o objetivo de pensar no desenvolvimento criando um conceito fundado em ideais que combinam temas sociais na realidade institucional e política do Estado.

Sobre as liberdades instrumentais na contribuição para o aumento da liberdade humana em geral, Amartya Sen destaca que as cinco liberdades é o caminho para se ter o desenvolvimento como liberdade. As cinco liberdades instrumentais defendidas por ele são: liberdade política, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora, o autor chama a atenção para o papel construtivo entre as liberdades políticas e as necessidades econômicas.

O interesse público deve prevalecer em todas as relações estabelecidas pela administração pública, não seguindo o administrador a sua própria vontade, mas seguindo as leis e os regulamentos ligados à moral de cada instituição, ela tem o objetivo de cumprir os interesses da coletividade deixando em segundo lugar os interesses particulares, ou seja, os interesses do povo prevalecem sobre os interesses dos indivíduos.

Os órgãos públicos foram criados pelo governo para prestação de serviços públicos ao seu povo, portanto é necessário que esses órgãos públicos sejam bem administrados e é assim que nasceu a Administração Pública. Diante do exposto, Meirelles, Aleixo e Burle Filho (2012, p. 65) conceituam Administração Pública:

A Administração Pública, em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em

sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade (Meirelles; Aleixo; Burle Filho, 2012, p. 65)

A administração pública tem o compromisso de bem servir os interesses da população de acordo com os preceitos do Direito e da Moral Administrativa. A defesa dos interesses públicos é a principal finalidade da administração segundo os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme dita o artigo 37 da Constituição Federal: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência".

O processo de compras na Administração Pública é um procedimento extremamente rigoroso e envolve uma série de procedimentos que, muitas vezes, podem conferir morosidade e ineficiência nas aquisições públicas. Nesse contexto, a Constituição Federal dispõe em seu artigo 37, inciso XXI que:

"Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações". (BRASIL, 1988, p.42)

Observa-se, portanto, que a Administração Pública quando precisa adquirir bens ou serviços é obrigada a licitar, procurando sempre a proposta mais vantajosa em igualdade de concorrência a todos os interessados. No entendimento de Gasparini (2008, p. 476):

A seleção dessa melhor proposta, feita segundo os critérios objetivos previamente estabelecidos, ocorre entre as apresentadas por interessados que pretendem contratar com a entidade obrigada a licitar e que atenderem ao seu chamamento, promovido mediante instrumento convocatório disciplinador de todo o procedimento, denominado por alguns, lei interna da licitação e do contrato. (GASPARINI, 2008, pag. 476):

Inicialmente, ressalta-se que a Constituição Brasileira (1988) em seu artigo 22, inciso XXVII, determina a competência privativa à União de legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas, da União, Estado, Distrito Federal e Municípios, empresas públicas e sociedade de economia mista. Com isso, em 21 de junho de 1993 foi promulgada a

Lei de nº 8.666, conhecida como a lei das licitações, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos. Recentemente, em 01/04/2021, foi promulgada a Lei 14.133, conhecida como Nova Lei de Licitações e Contratos.

A natureza jurídica da licitação é a de procedimento administrativo com finalidade seletiva, porque bem registra Entrena Cuesta (apud CARVALHO FILHO, 2010, p. 218) Que tal procedimento constitui um "conjunto ordenado de documentos e atuações que servem de antecedente e fundamento a uma decisão administrativa, assim como às providências necessárias para executá-las".

Com efeito, o administrador público, ao realizar um procedimento licitatório, encontra-se condicionado à observância de princípios constitucionais, princípios infraconstitucionais, bem como, à legislação vigente correlata à matéria de licitações. Atualmente o ordenamento Jurídico Brasileiro possui a Lei 14.133 veio substituir a Lei 8.666, a Lei 10.520 e a Lei do RDC. Hoje são previstas na Nova Lei apenas as modalidades: concorrência, pregão, concurso, leilão e diálogo competitivo.

Tem sua base legal esculpida no art. 28, § 1º e 2º, LEI Nº 14.133, de 1º de abril de 2021 Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o qual dispõe o seguinte:

Art. 28. São modalidades de licitação: I - pregão; II - concorrência; III - concurso; IV - leilão; V - diálogo competitivo. § 1º Além das modalidades referidas no **caput** deste artigo, a Administração pode servir-se dos procedimentos auxiliares previstos no art. 78 desta Lei. § 2º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou, ainda, a combinação daquelas referidas no **caput** deste artigo. (Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 2021)

A lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos no seu artigo 2º relata que "as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação" Carvalho Filho (2010, p. 281) leciona que são duas as modalidades de Pregão: O Pregão Presencial ou comum e o Pregão Eletrônico. O primeiro se caracteriza pela presença, em ambiente físico, de agentes da administração (como o pregoeiro) e dos interessados em determinadas etapas do procedimento; o segundo é o que se processa em ambiente virtual, por meio de tecnologia da informação (Internet).

Mello (2008, p. 516) comenta a respeito dos objetivos da Licitação citando que:

A licitação visa a alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso e assegurar aos administrados ensejos de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com particulares. (Mello, 2008, p. 516)

A grande vantagem que o processo licitatório proporciona à Administração é que permite à Administração a escolha da proposta mais vantajosa entre os fornecedores interessados em contratar com a Administração e consonância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Justen Filho (2005, p. 42) aponta que "A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação".

As modernizações legislativas agindo positivamente, são essenciais para o crescimento do nosso país. Atualmente para gerar melhores condições para os micros e pequenos empreendimentos que foi criada a Lei Complementar nº 123 de 2006, também conhecida como Estatuto Nacional da Microempresa e Empresas de Pequeno Porte. Nesta lei são regulamentados os benefícios exclusivos das MEs e EPPs. A lei que regulamenta os processos de licitação é baseada no princípio da isonomia, que diz que todos são iguais perante a Lei.

Diante dos benefícios concedidos às MPEs perante as médias e grandes empresas: O § 4º do artigo 3º da Lei 123/2006 prevê vedações quanto ao enquadramento de EPPs e MEs que, por conseguinte, não fará jus da fruição dos benefícios concedidos às pequenas empresas.

2 IMPORTÂNCIA E EVOLUÇÃO DAS MICROEMPRESAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

As definições de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte estão presentes na Lei Complementar 123/2006 conhecida como o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, que conforme dita o seu artigo 1º "estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios". Esse tratamento diferenciado é dado principalmente no que tange aos impostos e tributos, as obrigações trabalhistas e previdenciárias e ao acesso ao crédito e mercado, especialmente neste último caso às compras públicas. As definições de Microempresa e Empresa de Pequeno estão ligadas ao total da sua receita bruta anual de acordo com o artigo 3º da Lei Complementar nº 123/2006 e incisos I e II:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais). (Lei Complementar nº 123/2006, incisos I e II).

Observa-se que o artigo 3º, enfatiza as figuras da sociedade empresária, sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário. Santana e Guimarães (2009, p. 34) afirmam que:

Determinada ME/EPP, embora preencha todos os requisitos legais para ser enquadrada no Simples Nacional, por sua decisão poderá permanecer no regime tradicional, não perdendo com isso a possibilidade de gozar dos benefícios que lhe reserva a lei. (Santana e Guimarães, 2009, p. 34)

É importante destacar que para que seja dado esse tratamento privilegiado às ME e EPP não basta apenas estarem enquadradas nos limites da receita bruta anual de acordo com a LC 123/2006 artigo 3º, I e II. O próprio artigo 3º § 4º e incisos cita as empresas que não farão jus ao benefício.

As microempresas e empresas de pequeno porte empregam mais da metade dos trabalhadores formais do Brasil gerando cada vez mais novos empregos, com o advento da Lei 123/2006 surgiu um novo enfoque para as compras públicas através do tratamento diferenciado dado às micro e pequenas empresas, sendo assim, é obrigatório que as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte tenham inseridas no seu nome empresarial as denominações de "Microempresa" ou "Empresa de Pequeno Porte", ou suas respectivas abreviações, "ME" ou "EPP" de acordo com o artigo 72 da LC 123/2006. O Departamento Nacional de Registro do Comércio apresentou a Instrução Normativa nº 103/2007, que dispõe sobre o enquadramento, reenquadramento e desenquadramento de microempresa e empresa de pequeno

porte nas Juntas Comerciais. A referida instrução destaca que o empresário deve declarar à Junta Comercial que possui as condições necessárias para ser enquadrado como ME/EPP e quando necessário poderá solicitar declaração atestando tal condição. É de grande valia falar da importância das micro e pequenas empresas para a economia do Brasil, pois elas apresentam relevante papel econômico e social, na medida em que contribuem para o aumento do Produto Interno Bruto, distribuição de renda e arrecadação de impostos.

3 LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 E SEUS ASPECTOS RELEVANTES

Uma inovação legislativa de grande importância para foi a introduzida pela lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Essa lei 123 instituiu o Simples Nacional e trouxe, entre outras vantagens, tratamento diferenciado para os ME's e EPP's no que diz respeito aos contratos com o governo. Com essa mudança, algumas práticas foram modificadas. Com base no artigo 146 da Constituição Federal, o objetivo da Lei 123 foi determinar tratamento diferenciado e privilegiado a ser concedido às micro e pequenas empresas, tanto no que se refere à arrecadação unificada de tributos e contribuições como em processos licitatórios (SILVA, 2008).

A Lei Complementar 123/2006 surgiu de uma ação regular envolvendo várias entidades da Sociedade Civil, visando a instituição de um novo regulamento de promoção do crédito, que inclui um regime especial unificado de cobrança de impostos e contribuições para ME's e EPP'S e acesso à justiça. É possível entender também que o incentivo ao empréstimo inclui certos privilégios na contratação com o poder público (SOUTO; CASTRO, 2017).

Por muito tempo as micro, pequenas e grandes empresas brasileiras receberam o mesmo tratamento jurídico que ignorava a desigualdade existente entre elas. Isso impediu a sobrevivência e o crescimento de pequenas empresas que tinham que cumprir as mesmas obrigações das grandes empresas. 99,2% das empresas brasileiras são micro e pequenas, por isso a dificuldade de permanência no mercado começa a travar o desenvolvimento econômico do país (SOUTO; CASTRO, 2017).

Para tratar dessas questões, foi criada uma lei geral sobre micro e pequenas empresas, a Lei Complementar nº 123/2006, que reconhece a desigualdade entre as grandes, pequenas e médias empresas e cria ativamente um ambiente propício ao crescimento das menores para um dia também se tornar um grande negócio. Os empresários devem, portanto, estar atentos e verificar se os municípios e estados cumprem essa lei, por se tratar de uma lei nacional, o que faz com que suas disposições sejam aplicáveis em todo o Brasil (MOURA, 2009).

Santos e Barros (2018) defendem que a lei acima citada foi a que instituiu o Simples Nacional, também apelidado de Super Simples, e teve como alguns de seus objetivos, a unificação no recolhimento de contribuições e impostos (federais, estaduais e municipais), e no cumprimento de obrigações acessórias para as ME's e EPP's, além do tratamento diferenciado a elas dispensado na contratação com o poder público.

É uma lei que incentiva a desoneração e a desburocratização dos processos de abertura, operação e encerramento de empresas. Isso cria uma série de oportunidades para que as Micro e Pequenas Empresas se organizem melhor por meio do crescimento, vendam mais e, por fim, aumentem seus lucros. Isso cria mais empregos e aquece a economia nacional, promovendo a economia local. Era preciso ter uma política que proporcionasse um tratamento diferenciado e simplificado e privilegiasse quem mais gerava empregos em todo o país (VILLAVARDE et al., 2020).

Segundo Souza (2007), o conceito de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, que era definido pelas Leis 9.317/96 (que tratava do Regime Tributário destas), e 9.841/99 (antigo Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), agora é definido pela Lei Complementar nº 123, que institui um novo Estatuto para tais empresas.

O principal ponto mencionado no artigo 1º da Lei Complementar nº 123/2006 é o estabelecimento de regras gerais de tratamento diferenciado e preferencial para micro e pequenas empresas. Para seus fins, a referida lei enfatiza a unificação dos tributos e contribuições federais, estaduais e municipais na arrecadação de tributos, onde será realizado um único pagamento por meio de percentual reduzido que afetará a renda mensal. Um único recibo será agora emitido em vez de vários recibos (GILBERTO et al., 2013).

A referida lei também enfatiza o acesso ao crédito e ao mercado, a redução substancial da burocracia, facilitando a abertura e formalização de empresas, e a racionalização das exigências de documentos e vales para os empresários. Em vez de vários números de identificação, haverá um número baseado no CNPJ. A abertura da empresa dar-se-á mediante registro simplificado dos seus atos constitutivos, dispensando ME e EPP de inscrição em qualquer outro registro. Além disso, todos os requisitos para abrir uma empresa serão consolidados e disponibilizados de uma só vez para que o empresário saiba o que deve fazer para formalizar seu negócio (GILBERTO et al., 2013).

Para Fortini (2008), embora significativas para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, tais inovações não esgotam os benefícios trazidos pela Lei do Super

Simples. Suas disposições vão ainda mais além ao conferir tratamento favorecido a essas empresas quando da contratação com o poder público

Além disso, a lei também permite a externalização de MEs e EPPs por empresas de maior porte e a possibilidade de contratação parcial de grandes partidos, o que, entre outras vantagens, permitiria às empresas de menor porte participarem efetivamente em licitações em igualdade de condições. grandes companhias (FORTINI, 2008).

Os artigos 42.º e 43.º da Lei Complementar n.º 123/2006 favorecem as micro e pequenas empresas no que se refere à prova de regularidade fiscal, uma vez que apenas têm de apresentar certidão negativa de dívidas fiscais para efeitos da celebração do contrato, para além da contando com o prazo de 02 dias úteis para a regularização de eventuais irregularidades fiscais - o que não é o caso das grandes empresas. Os artigos 44º e 45º da referida lei tratam do que se designa por sorteio, em que são tidas em consideração as propostas de preços de ME's e EPP's que não ultrapassem 10% do valor inicialmente considerado a melhor proposta vinculado. No entanto, esse percentual é reduzido para 5% quando se trata de licitar em pregão.

Além disso, Rigolin e Bottino (2009) destacam que, além dos benefícios já citados, a Lei Complementar nº 123/2006, em seu artigo 47, ainda confere ao Poder Público, municipal ou estadual, a faculdade de favorecer as ME's e EPP's por meio de legislação própria, editando normas que confirmam tratamento diferenciado e simplificado a estas.

Por fim, a lei geral dos ME's e EPP's, em seu artigo 49, proíbe a aplicação das vantagens previstas nos artigos 47 e 48, em certos casos, tais como: ausência de previsão dessas vantagens no edital de aplicação - inciso I: inexistência de pelo menos 3 fornecedores classificados como micro ou pequenas empresas e que cumpram os requisitos do concurso - Inciso II: o contrato ME ou EPP não é vantajoso para a administração pública ou representa prejuízo para o objeto da oferta - Inciso III: e, por fim, quando a lei considerar que a oferta é supérflua ou inaplicável - inciso IV.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, apesar da grande participação no cenário nacional, elas estavam em situação de desigualdade frente às médias e grandes empresas em questão de competitividade, fazendo com que grande parte dessas empresas fechem suas portas antes mesmo de dois anos de atividade.

Conclui-se que com o tratamento diferenciado que é dado principalmente no que tange aos impostos e tributos, as obrigações trabalhistas e previdenciárias e ao

acesso ao crédito e mercado, especialmente neste último caso às compras públicas. Com esse tratamento privilegiado e diferenciado dado às microempresas e pequenas empresas nas licitações públicas de acordo com a Lei Complementar nº 123/06 referente ao Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, as licitações públicas e as contratações públicas exerce uma função social, deixando de ser apenas uma forma de aquisição de bens e serviços para a Administração Pública, sendo assim, havendo o crescimento das micro e pequenas empresas na geração de emprego e renda, podendo fazer análise benefícios, ou melhor, dizendo, das vantagens e desvantagens do tratamento diferenciado dado às micro e pequenas nos processos licitatórios.

Portanto, as micro e pequenas empresas têm a vantagem de poder comprovar a regularidade fiscal depois da fase de habilitação da licitação, facilidade que as demais empresas não possuem. Sendo assim, a vantagem que o processo licitatório proporciona à Administração, é a escolha da proposta mais vantajosa entre os fornecedores interessados em contratar com a Administração e consonância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sidney. As Licitações Públicas e o Estatuto Nacional das Microempresas. Belo Horizonte, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 mai. 2021.

BRASIL. **DECRETO Nº 8.538, DE 6 DE OUTUBRO DE 2015**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 06 Out. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato20152018/2015/decreto/d8538.htm>. Acesso em: 05 novembro 2020.

BRASIL. **LEI Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 Dez. 2006. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/LeisComplementares/2006/leicp123.htm>>. Acesso em: 03 Out. 2020.

BRASIL. **LEI nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993** - Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

BRASIL. **LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 01 abr. 2021. <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>. Acesso em: 03 mai. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

COMPRASNET. Informações Gerenciais de Compras e Contratações Públicas: Micro e Pequenas Empresas: janeiro a junho de 2012. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Manuais/0201_A_12_INFORMATIVO%20COMPRASNET_MPE.>. Acesso em: 05 Out. 2020

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo.** 14. ed. São Paulo: Saraiva 2009.

Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 54, agosto de 2011, disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo> . Acesso em: 06 de out. de 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 4º ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo.** 7ª. Edição. Impetus. Rio de Janeiro, 2013.

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

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GILBERTO, Thalisa Maria Jati et al. SIMPLES NACIONAL: um estudo de análise tributária após lei complementar 147/2014. **Diálogos em Contabilidade: Teoria e Prática**, v. 1, n. 1, 2013.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Erivam Paulo da. **O uso do poder de compra do estado como instrumento de política pública: a lei complementar nº 123/2006, sua implementação.** 2008. Tese de Doutorado.

VILLAVARDE, Emanuela et al. Os aspectos econômicos resultantes do empate ficto previsto na Lei Complementar nº 123/2006 nas contratações da Secretaria Municipal da Educação de Curitiba. **Revista Direito UTP**, v. 1, n. 1, p. 182-203, 2020.

HERANÇA DIGITAL E A POSSIBILIDADE DE TRANSMISSÃO POST MORTEM DOS BENS ADQUIRIDOS EM AMBIENTE VIRTUAL

RAYANNE MARCELLA RAMOS CORRÊA:

Graduada em Gestão Pública pela UNA - Centro Universitário UNA. Graduanda do Curso de Direito da UNA - Centro Universitário UNA.

GUILHERME AUGUSTO MARQUES LACORTE.⁴⁵

(coautor)

RESUMO: *Temática recente no Direito brasileiro, a Herança Digital vem ganhando grande visibilidade e interesse por parte dos operadores do Direito devido a modificação da sociedade frente as novas tecnologias e suas mídias digitais, que vem impulsionando uma mudança na utilização de tais mídias, bem como na forma de aquisição e armazenando desses ativos digitais. A sociedade vem virtualizando os seus bens, produzindo conteúdos virtuais, vendendo e comprando mídias digitais, tais como livros, músicas, jogos e etc.; todos com valor econômico no mundo físico. E o que falar das “criptomoedas”? Cada vez mais valorizadas no mercado financeiro. Os usuários estão criando um patrimônio, um acervo digital. Logo, um estudo do Direito em conjunto com as novas tecnologias é de extrema importância. O presente estudo se faz necessário, pois caso o autor da herança não tenha um testamento deixando, por exemplo, senhas de bancos digitais, redes sociais, e-books, mídia digital, moedas virtuais etc., como ficaria o acesso a estes bens pelos herdeiros? Por meio de revisão bibliográfica e estudo de projetos de lei, este trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de transmissão dos bens digitais e a necessidade das disposições de última vontade e do planejamento sucessório.*

Palavras-chave: *Direito Sucessório; Herança Digital; Mídias Digitais; Patrimônio Virtual, Testamento.*

Abstract: *A recent theme in Brazilian law, Digital Heritage has been gaining great visibility and interest on the part of law operators due to the change in society in view of new technologies and their digital media, which has been driving a change in the use of such media, as well as in the way acquisition and storage of these digital assets. Society has been virtualizing its assets, producing virtual content, selling and buying digital media such as books, music, games, etc.; all with*

45 Acadêmico do 9º (nono) período do Curso de Direito da UNA - Centro Universitário UNA.

economic value in the physical world. And what about “cryptocurrencies”? Increasingly valued in the financial market. Users are creating a heritage, a digital collection. Therefore, a study of Law in conjunction with new technologies is extremely important. The present study is necessary, because if the author of the inheritance does not have a will, leaving, for example, passwords for digital banks, social networks, e-books, digital media, virtual currencies, etc., how would access to these goods by heirs? Through literature review and study of bills, this work aims to analyze the possibility of transmission of digital assets and the need for last will provisions and succession planning.

Key-words: *succession law, Digital Inheritance; Digital Media; Virtual Heritage, Testament.*

Sumário: 1.Introdução. 2. Direito das Sucessões. 2.1. Noção introdutória ao Direito das Sucessões. 2.2. Modalidades de sucessão. 2.2.1. Sucessão legítima. 2.2.2. Sucessão testamentária. 3. Herança Digital. 3.1 Conceito. 3.2. Classificação dos Bens digitais. 3.2.1 Bens Suscetíveis de valoração econômica. 3.2.2. Bens não suscetíveis de valoração econômica. 4. As redes sociais e as políticas de privacidade. 5. Projetos de lei alusivos à temática no Brasil 6. Considerações Finais. 7. Referência

INTRODUÇÃO

Todas as áreas do conhecimento precisam, e devem acompanhar o avanço tecnológico e com a Ciência Jurídica não poderia ser diferente.

Com a popularização do uso da internet e, conseqüentemente, a mudança de comportamento da sociedade, a Ciência Jurídica vem se deparando com situações oriundas dessa nova realidade. Constantemente, aportam no Sistema Judiciário temáticas e discussões advindas desta imersão da sociedade no ambiente virtual.

É sabido que a sociedade atual está ultra conectada, realizando pela internet atividades que antes comumente necessitavam da presença física. A preferência pelo meio virtual se dá em virtude da comodidade que esta modalidade proporciona, visto que a sociedade contemporânea está a cada dia mais sem tempo e busca sempre por realizar suas atividades com mais conforto e dentro do “tempo livre” que dispõem.

Além disso, com o cenário atualmente vivido, em virtude da Pandemia de Coronavírus (COVID-19) que assola todo o Mundo, várias medidas para se evitar a disseminação e propagação do vírus foram adotadas, tais como: quarentena, isolamento social e distanciamento social. Estas medidas fizeram com que a população recorresse ainda mais para o ambiente virtual. Empresas e órgãos públicos precisaram se adaptar às plataformas digitais em tempo recorde, precisaram implementar o Home

Office (trabalho remoto) para dar continuidade às atividades. Todos recorreram ao ambiente virtual e suas novas tecnologias.

A Pandemia impulsionou a transformação digital e sua utilização.

Nesse sentido, em virtude de uma utilização assídua das novas tecnologias, a sociedade hodierna começou a criar um acervo online, criar conteúdo, novas profissões, adquirir bens, comprar bens, até mesmo, pagar com moedas virtuais e, assim, começaram a criar um patrimônio no ambiente virtual.

A chamada Herança Digital é um dos temas que vem ganhando visibilidade no mundo jurídico, visto que "paira" sobre esse assunto o questionamento de qual seria o destino pós-morte dos bens acumulados pelo indivíduo durante toda sua vida, por exemplo, músicas, vídeos adquiridos por meio de *plataforma de streaming*, *e-books*, contas nas redes sociais, moedas virtuais, jogos online, e-mails, fotos na "*nuvem*" etc.

Assim, questiona-se, o que acontecerá com os bens adquiridos em um ambiente virtual pelo "*de cujus*"? Há possibilidade de transmissão destes bens digitais à título de herança? A disposição de última vontade seria o melhor caminho?

Dado a falta de regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, dúvidas quanto à possibilidade de transmissão e acesso de tais bens pelos herdeiros do "*de cujus*" crescem e são levadas ao Poder Judiciário, que precisa decidir se tem direito ao acesso ou não e, por falta de regulamentação, as decisões acabam por serem desiguais, podendo resultar em injustiças. Cabe ressaltar que há no Congresso Nacional propostas legislativas que visam incluir a Herança Digital em nosso Ordenamento Jurídico. Contudo, tais propostas não tiveram a atenção necessária pelo Poder Legislativo e encontram-se "arquivadas".

Em virtude da contemporaneidade do tema, o presente trabalho não pretende esgotá-lo, mas contribuir para o conhecimento e avanço acadêmico.

Sendo assim, este artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de transmissão dos bens digitais aos herdeiros, analisar os projetos de lei sobre esta temática e verificar se as disposições de última vontade são os meios eficazes para destinar o acervo patrimonial digital de forma segura enquanto não há uma regulamentação específica.

Ademais, será utilizada a revisão bibliográfica, por meio de livros, artigos científicos, revistas jurídicas ligados ao tema, bem como o estudo dos projetos de lei que versam sobre a temática central, dada a atualidade da temática.

2 DIREITO DAS SUCESSÕES

Antes de nos empenharmos na temática central da discussão, devemos revisitar alguns conceitos básicos, porém, de fundamental importância.

Trataremos neste capítulo sobre o Direito das Sucessões.

2.1 Noção introdutória ao Direito das Sucessões

Em sentido amplo, a palavra Sucessão está relacionada a transmissão da titularidade de um direito. Esta substituição pode ser por Sub-rogação pessoal, que é a substituição do sujeito da relação jurídica em vida (*inter vivos*) e sub-rogação real, que é a substituição do objeto da relação jurídica (FARIAS e ROSENVALD, 2017, p. 32).

Nessa senda, o Direito das Sucessões é um dos ramos da Ciência Jurídica que se destina ao estudo da transmissão de bens, direitos e obrigações advindas do evento morte. Logo, pode ser compreendida como a substituição do sujeito da relação jurídica por ato causa *mortis* (FARIAS e ROSENVALD, 2017, p. 32).

Abordado no Livro V do Código Civil de 2002 (arts. 1.784 a 2.027) o Direito das Sucessões põe fim à ordem sistematizada deste diploma legal, tratando, por último, do término da existência da Pessoa Natural. Além disso, o Direito à Herança é assegurado pela Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXX. Sendo compreendido como um dos direitos fundamentais de todo cidadão brasileiro.

Advindo o evento morte, para que ocorra a transmissão dos bens do "*de cujus*" há duas modalidades de sucessões presentes no Direito Brasileiro. São elas: A sucessão operada por força de lei (Sucessão legítima) e a Sucessão de acordo com a vontade do titular do patrimônio (Sucessão testamentária) **46**.

2.2 Modalidades de Sucessão

2.2.1 Sucessão legítima

Ao abrir o Código Civil no Livro das Sucessões, o artigo 1.784 dispõe que "aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários". Este direito opera-se por meio do Princípio de Saisine. Portanto, ao ocorrer o evento morte, os bens, direitos e obrigações deixados pelo autor da herança devem ser transmitidos aos seus herdeiros e legatários.

46 Farias, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Sucessões/ Cristiano Chaves de Faria, Nelson Rosenvald. Salvador: JusPodivm, 2017.

A transmissão dos bens pode se dar de forma testamentária ou legítima, conforme o art. 1.786, do Código Civil. Neste tópico iremos analisar a parte da legítima.

A primeira parte do art. 1.788, do Código Civil, estabelece que em caso de morte sem testamento, a herança é transmitida aos herdeiros. A Sucessão Legítima, prevista no art. 1.829 do Código Civil, é uma imposição legal que estabelece uma porção indisponível do patrimônio do "*de cujus*" na existência de herdeiros necessários. Portanto, na existência de herdeiros necessários (cônjuge ou companheiro sobrevivente, descendentes e ascendentes) a herança é transmitida aos herdeiros obedecendo à ordem da vocação hereditária⁴⁷ e, em caso de testamento, a parte legítima é resguardada, não podendo ser disponível.

Destarte, a Sucessão Legítima é extremamente importante, pois, o evento morte para a população brasileira é cercada por "tabus", o que faz a Sucessão Testamentária, a ser tratada no próximo tópico, tão pouco utilizada.

O evento morte é um assunto inaceitável e pouco discutido pelas famílias brasileiras, às vezes nem discutido, pois, até mesmo a ideia de se aderir um plano funerário é rejeitado. Como a morte é tratada como uma impiedosa vilã (FARIAS e ROSENVALD, 2017, p. 379) tratar de assuntos como elaboração de um testamento, aderir um plano funerário ou, inclusive, planejar as situações oriundas desse acontecimento natural tende a "chamar a morte" (PIGNATA, 2014) para o seio familiar. A visão da sociedade sobre a morte é rodeada por superstições.

No entanto, a morte é a única certeza que se tem. Sendo assim, a Sucessão Testamentária deve ser estimulada, as conversas sobre a morte devem acontecer no âmbito familiar, agora mais ainda, visto que a sociedade mudou, evoluiu e começou a adquirir bens para além do mundo físico, o que, em um futuro, poderá gerar entraves jurídicos.

2.2.2 Sucessão Testamentária

47 Art. 1.829 - A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

A Sucessão Testamentária, prevista entre os artigos 1.857 e 1.990, do Código Civil é a manifestação de última vontade, pela qual a pessoa pode expressar, em vida, qual o destino dos seus bens, respeitando, claro, a parte da legítima quando houver herdeiros necessários. Cumpre salientar que a validade deste negócio jurídico está condicionada ao evento morte. Portanto, antes da morte do testador, há, tão somente, uma expectativa de direito.

O art. 1.857, do Código Civil prevê que “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens ou partes dele, para depois de sua morte”. Ressalvando a parte da legítima, conforme exposto no parágrafo primeiro do artigo supramencionado.

Para além da destinação de patrimônio com valor econômico, o parágrafo segundo do art. 1.857⁴⁸, prevê a possibilidade de disposições sem caráter patrimonial. No testamento, o testador pode: nomear testamentário (art. 1.976); reconhecer filhos (art. 1.609, CC); deserdar herdeiros (art. 1.961, CC); nomear tutores para filhos incapazes que foram deixados (art. 1.729, p. único CC), dentre várias outras possibilidades.

Cumpre salientar que em caso de revogação do testamento, algumas vontades não serão afastadas, por exemplo, o reconhecimento de filho não registrado.

Vale destacar que o Código Civil estabeleceu duas formas de elaboração de testamento, Ordinário e Especial. São testamentos ordinários: o testamento público, cerrado e particular (art. 1.862, CC). O testamento especial compreende o testamento marítimo, aeronáutico e o militar (art. 1.886, CC).

Como mencionado no tópico anterior, esta modalidade de sucessão é pouco utilizada no Brasil, visto que a sociedade é supersticiosa e tem medo de falar da morte.

No entanto, em razão da Pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19), de acordo com o levantamento feito pelo Colégio Notarial do Brasil (CNB-CF) no primeiro semestre do ano passado (2020), houve um aumento na procura por testamentos por pessoas que se enquadram no grupo de riscos e profissionais da saúde.

48 Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

Tal atitude demonstra a necessidade de estímulo da Sucessão Testamentária e do planejamento sucessório na cultura brasileira, pois, pandemias, epidemias, desastres naturais etc., infelizmente, cercam a fragilidade da vida humana.

Além disso, a forma de adquirir bens pela sociedade mudou. Antigamente pensava-se em imóveis, carros, joias, obras de arte etc. hoje deve-se pensar em milhas aéreas, “*e-books*” em plataformas digitais, moedas digitais, contas em redes sociais, ou seja, patrimônios digitais.

E, infelizmente, esta nova realidade ainda não possui respaldo no ordenamento jurídico brasileiro.

3 HERANÇA DIGITAL

A denominação “Herança Digital”, apesar de não existir no ordenamento jurídico brasileiro, vem ganhando visibilidade no meio jurídico, principalmente no âmbito acadêmico, pois, com o advento da internet, as inovações tecnológicas, mudança cultural da sociedade impulsionada pelas novas tecnologias e a virtualização dos bens, começou-se a pensar em como ficariam estes bens em caso de morte ou incapacidade de seu titular, pois a prática de armazenamento de dados em plataformas digitais, por exemplo, em “*nuvem*”, tem sido frequente entre os usuários em todo mundo e, via de regra, o acesso a estes dados são feitos por meio de senhas.

Como já mencionado, este artigo não pretende esgotar ou aprofundar-se na presente temática, pois o objetivo é contribuir para o estudo deste novo tema e de notável importância, visto que as novas tecnologias estão adentrando o universo jurídico e a vida dos usuários em todo o mundo.

Neste capítulo iremos tratar deste novo instituto: a Herança Digital.

3.1 Conceito

O instituto da herança, de acordo com Farias e Rosenvald (2017, p. 69), é um conjunto de relações jurídicas, ativas e passivas, patrimoniais pertencentes ao falecido e que foram transmitidas aos seus herdeiros para partilha, em virtude do evento morte.

Como já mencionado, no ordenamento jurídico brasileiro ainda não existe uma legislação específica que trate sobre a Herança Digital, tampouco fora criado um conceito ou definição jurídica para tal instituto. Tal fato não diminui a importância deste tema, pelo contrário, o estudo deste novo instituto é de extrema importância, tendo em vista a mudança cultural da sociedade e a evolução na forma de aquisição dos bens.

No entanto, utilizando uma interpretação extensiva, é possível conceituar a herança digital como um conjunto de bens adquiridos pelo falecido em um ambiente virtual e que, em tese, poderá ou não ser transmitido aos seus herdeiros. Este acervo digital pode compreender senhas, músicas, fotos, livros (*e-books*) dentre outros e podem estar armazenados tanto em um "*drive*" físico, como na "*nuvem*".

Isto posto, o próximo tópico irá estudar a classificação dos bens adquiridos em um ambiente virtual, compreendidos, por alguns doutrinadores, como bens suscetíveis de valoração econômica e bens não suscetíveis de valoração econômica.

3.2. Classificação dos Bens digitais.

3.2.1 Bens Suscetíveis de valoração econômica.

Ao pesquisar sobre o tema herança digital, a denominação predominante quanto aos bens digitais relaciona-se à possibilidade ou não de valoração econômica.

É possível compreender os bens digitais de valoração econômica como aqueles que notavelmente possuem um valor econômico e, como tal, compõe o patrimônio do falecido.

Por sua natureza patrimonial, estes ativos digitais devem ser passíveis de transmissão aos herdeiros, seja pela via legítima ou testamentária, visto que se enquadram ao conceito básico de patrimônio, conceito este que não encontra óbice na doutrina jurídica.

Stolze e Pamplona (2012), sobre o conceito de patrimônio jurídico disciplinam que

"Em expressão clássica, o patrimônio é "a representação econômica da pessoa", vinculando-o à personalidade do indivíduo, em uma concepção abstrata que se conserva durante toda a vida da pessoa, independentemente da substituição, aumento ou decréscimo de bens. Modernamente, a coesão patrimonial vem sendo explicada apenas pelo elemento objetivo de uma universalidade de direitos, com a destinação/afetação que lhe der seu titular". (STOLZE, PAMPLONA. p 265)

A exemplo disso, pode-se citar os conteúdos criados pelos "*Youtubers*", que utilizam a plataforma virtual como principal atividade econômica. O conteúdo produzido por estes profissionais é compreendido como meio principal de obtenção de renda e, enquanto estiver disponibilizado na plataforma, os vídeos por eles produzidos continuarão gerando lucro ao criador.

Em alguns casos, após a morte de celebridades, ocorre o aumento significativo de seus lucros, o número de usuários nas redes cresce e, também, tem um aumento no consumo do conteúdo por ele produzido. Então, mesmo após sua morte, os conteúdos criados poderão continuar gerando lucro e incorporando o patrimônio do falecido e, conseqüentemente, devem ser transmitidos.

Além disso, há também diversos outros ativos digitais, tais como milhas aéreas, moedas virtuais, "*bitcoins*", contas de jogos virtuais, contas no Instagram utilizadas para auferir rendas, dentre outros e todos estes bens incorporam ao patrimônio do falecido devendo, portanto, ser transmitidos aos herdeiros.

3.2.2. Bens não suscetíveis de valoração econômica

Quanto aos bens não suscetíveis de valoração econômica, diferentemente dos bens mencionados acima, não possuem caráter econômico, mas possuem um valor sentimental e afetivo. Podem ser compreendidos como bens sem valor econômico os textos, fotos, vídeos, livros digitais (*e-books*) etc. bens que podem ou não estar armazenados em plataformas digitais ou "*drives*" físicos.

Ressalte-se que estes bens, a princípio, podem não ter valor econômico imediato (LIMA, p 34), mas, nada impede, que com o decurso do tempo agregue um valor histórico e, conseqüentemente, valor econômico notável.

Nestes casos, via de regra, esses bens não são passíveis de transmissão como ocorre com os bens de valoração econômica, mas, em tese, poderiam ser transmitidos por meio de disposição de última vontade de seu titular, haja vista que não há proibição no tocante à disposição de ativos digitais em testamento.

No entanto, a ideia de se transmitir o acesso a estes bens aos herdeiros encontra empecilho: o direito à privacidade.

Neste sentido, para o doutrinador Flávio Tartuce (2018), ativos digitais que estejam relacionados à privacidade e à intimidade da pessoa, devem "desaparecer" com ela. Em suas palavras a "herança digital deve morrer com a pessoa".

Em virtude da falta de regulamentação deste tema na legislação pátria, o eventual acesso aos bens do falecido poderá se dar mediante uma sentença e, a depender do entendimento do magistrado, poderá resultar em disparidades e injustiças.

Portanto, as disposições de última vontade aparentam ser um meio mais adequado para evitar esses obstáculos.

4. As redes sociais e as políticas de privacidade.

Com a grande popularização da internet nos anos 2000, as relações interpessoais sofreram uma grande revolução, a maneira como as pessoas se comunicam e se relacionam diariamente foram diretamente afetadas. Dentre os fenômenos da era digital dos dias atuais, as redes sociais estão entre as maiores.

Quando se pensa em redes sociais, *a priori*, tal pensamento restringe-se a ideia de relações interpessoais no ambiente virtual, e não poderia ser diferente, afinal, as redes sociais surgiram com esse intuito.

Com a popularização e o desenvolvimento de novos mecanismos que foram adicionados às plataformas, as redes sociais, em muitos casos, se converteram em principal meio de empreendedorismo. Pode-se citar como exemplo os '*digitais influencers*', que vislumbraram nas plataformas sociais a oportunidade de empreender, criando ações de marketing, criando inúmeros conteúdos autorais, sejam eles intelectuais ou artísticos.

Sob outro enfoque, se faz necessário atentar-se àqueles usuários, que são predominantes, que utilizam as redes sociais como mero meio de extensão de suas relações interpessoais. Também eles, ainda que não com o mesmo objetivo dos influenciadores digitais, estão a todo momento criando conteúdo.

Como já exposto em capítulo anterior, as discussões acerca da morte, e os procedimentos sucessórios advindos do evento, são temas que encontram demasiada resistência no cotidiano brasileiro. Porém, dado o exposto até aqui, qual será o tratamento dispensado aos conteúdos digitais produzidos nas redes sociais em um inevitável procedimento sucessório?

Ora, conforme as lições de Miguel Reale, "o direito, em sua essência, é um fenômeno social, existe somente na sociedade e não pode ser concebido fora dela". E por se tratar de fenômeno social, é primordial recorda-se da máxima que todo acadêmico de Direito ouve em seus estudos preliminares: a sociedade sempre caminha mais rápido que o direito. E no Brasil, essa máxima nunca esteve tão em voga como agora ao tratarmos acerca dos fenômenos digitais.

É sabido que a legislação brasileira é deficiente ao tratar dos direitos digitais, ainda que se esforce para regulamentar alguns aspectos sobre o tema, *vide* Lei de Proteção de Dados (LGPD), Marco Civil da Internet, e demais projetos em tramitação que serão tratados em capítulo específico; muitos aspectos inerentes às relações digitais ainda não encontram arcabouço no sistema jurídico nacional, ficando, assim, submetidas aos termos de uso e termos de privacidade das diferentes plataformas.

Muitas das plataformas possuem mecanismos que preveem o destino dos conteúdos criados em seus meios digitais. Facebook e Instagram, duas das maiores redes sociais utilizadas no Brasil, oferecem aos seus usuários a possibilidade de escolha do que poderá ser feito com a conta pessoal após o falecimento do titular. Nos mecanismos de configuração poderá escolher pelo encerramento automático da conta, ou a transformação em memorial, que será administrado por terceiro, onde ficarão disponíveis os conteúdos criados.

Outra questão importante que deve ser debatida tange à titularidade dos conteúdos criados, tomando como exemplo o Instagram, um trecho dos termos de uso dispõe:

Não reivindicamos a propriedade do seu conteúdo, mas você nos concede uma licença para usá-lo.

Nada muda com relação aos seus direitos sobre seu conteúdo. Não reivindicamos a propriedade do seu conteúdo que você publica no Serviço ou por meio dele. Além disso, você tem liberdade para compartilhar seu conteúdo com qualquer outra pessoa, onde quiser. Contudo, requeremos que você nos conceda determinadas permissões legais (conhecidas como "licença") para fornecermos o Serviço. Quando compartilha, publica ou carrega conteúdo protegido por direitos de propriedade intelectual (como fotos ou vídeos) em nosso Serviço ou em conexão com ele, você nos concede uma licença não exclusiva, gratuita, transferível, sublicenciável e válida mundialmente para hospedar, usar, distribuir, modificar, veicular, copiar, exibir ou executar publicamente, traduzir e criar trabalhos derivados de seu conteúdo (de modo consistente com suas configurações de privacidade e do aplicativo). Esta licença se encerrará quando seu conteúdo for excluído de nossos sistemas.

É possível perceber que o Instagram não reivindica a propriedade do conteúdo criado, logo, o conteúdo produzido pertence tão somente ao seu criador, ao titular da conta. Caso o titular faleça, seria correta a simples exclusão de todo o conteúdo ou a simples transformação da conta em memorial? E quanto àquelas plataformas que reivindicam a propriedade dos conteúdos produzidos pelos titulares?

Ao analisar algumas situações específicas, é possível se deparar com aspectos que gerem conflitos de interesses entre as plataformas e os prováveis herdeiros, e que podem gerar impactos relevantes. Cita-se como exemplo, as redes sociais dos "*digitais*

influencers", onde todo o conteúdo produzido na plataforma é monetizado, os números de seguidores influem diretamente nos resultados financeiros do titular do conteúdo, onde a conta possui um valor comercial relevante agregado. Assim, não poderiam as redes sociais constituir parte do patrimônio incorpóreo passível de transmissão?

Pode-se concluir que as diversas relações jurídicas estabelecidas entre as plataformas e seus usuários podem gerar situações juridicamente complexas, quando analisadas certas particularidades, não podendo essas relações serem objeto de regulamentação apenas dos termos de uso impostos pelas diversas plataformas, mas sim, devem receber uma tutela específica do Estado.

5. Projetos de lei alusivos à temática no Brasil.

É sabido que o ordenamento jurídico pátrio não dispõe sobre o instituto da herança digital, no entanto, a presente temática já foi objeto de projetos de lei apresentados ao Congresso Nacional.

Dentre alguns projetos estão o PL 4.099/12 e 4.748/12 que visam disciplinar esta temática. Contudo, estas propostas não receberam a devida atenção que os tempos atuais exigem e, infelizmente, foram arquivadas.

O Projeto de Lei nº 4.099 de 2012, apresentado pelo Dep. Jorginho Melo, visa alterar o art. 1.788, do Código Civil para permitir a transmissão dos bens e contas digitais aos herdeiros do autor da herança.

Art. 1.º. Esta lei altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "institui o Código Civil", a fim de dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança.

Art. 2.º. O art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único: "Art. 1.788.

Parágrafo único. Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança." (NR)

Art. 3.º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. **49**

49Informação retirada do site https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1004679&filename=PL+4099/2012. Acesso em: 05/04/2021.

Percebe-se que este projeto de lei tem como objetivo permitir a sucessão legítima das contas e ativos digitais que pertenciam ao falecido aos seus herdeiros.

Em sede de justificativa, o Deputado Jorginho faz menção as situações levadas ao Poder Judiciário em que familiares do falecido buscam acesso aos arquivos armazenados digitalmente⁵⁰. Além disso, reconhece que o Direito, em especial, o Direito Civil, “precisa ajustar-se às novas realidades geradas pela tecnologia digital”. É de conhecimento notório que a Ciência Jurídica, por mais que seja morosa precisa acompanhar a evolução da sociedade, principalmente quando esta for impulsionada pela evolução tecnológica.

O Projeto de Lei nº 4.847/2012, por sua vez, proposto pelo Sr. Marçal Filho, visa acrescentar ao Código Civil o Capítulo II-A e os artigos 1.797-A a 1.797-C, apresentando a seguinte redação:

Art. 1º - Esta Lei estabelece normas a respeito da herança digital.

Art. 2º Fica acrescido o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com a seguinte redação:

Capítulo II-A

Da Herança Digital

“Art. 1.797-A. A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes:

I – senhas;

50 “O Direito Civil precisa ajustar-se às novas realidades geradas pela tecnologia digital, que agora já é presente em grande parte dos lares. 2 Têm sido levadas aos Tribunais situações em que as famílias de pessoas falecidas desejam obter acesso a arquivos ou contas armazenadas em serviços de internet e as soluções tem sido muito díspares, gerando tratamento diferenciado e muitas vezes injustos em situações assemelhadas. É preciso que a lei civil trate do tema, como medida de prevenção e pacificação de conflitos sociais. O melhor é fazer com que o direito sucessório atinja essas situações, regularizando e uniformizando o tratamento, deixando claro que os herdeiros receberão na herança o acesso e total controle dessas contas e arquivos digitais. Cremos que a medida aperfeiçoa e atualiza a legislação civil, razão pela qual conclamamos os Nobres Pares a aprovarem esta proposição.” Informação retirada do site

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1004679&filename=PL+4099/2012. Acesso em: 05/04/2021.

II – redes sociais;

III – contas da Internet;

IV – qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido.

Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos.

Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro:

I - definir o destino das contas do falecido;

a) - transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou;

b) - apagar todos os dados do usuário ou;

c) - remover a conta do antigo usuário.”

Art. 3º- Esta lei entrará em vigor na data da sua publicação⁵¹

Comparando os dois projetos, percebe-se que o segundo busca aprofundar-se detalhadamente no instituto da herança digital

Em sua justificativa, o Dep. Marçal Filho, compara a visão do brasileiro e do britânico quanto ao instituto, pois, enquanto no Brasil o instituto da herança digital é pouco difundido, os britânicos, à época, já consideravam os bens adquiridos virtualmente como uma herança e alguns já os incluíam em testamentos⁵².

51 Informação retirada do site https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0166wpnxsgfk67b4xiwnw7rxru13097109.node0?codteor=1049733&filename=PL+4847/2012. Acesso em: 18/04/2021.

52 “Tudo o que é possível guardar em um espaço virtual – como músicas e fotos, passa a fazer parte do patrimônio das pessoas e, conseqüentemente, da chamada “herança digital”. O Caderno TEC da Folha de S.Paulo trouxe uma reportagem sobre herança digital a partir de dados de uma pesquisa recente do Centro para Tecnologias Criativas e Sociais, do Goldsmiths College (Universidade de Londres). O estudo mostra que 30% dos britânicos consideram suas posses on-line sua “herança digital” e 5% deles já estão incluindo em testamentos quem herdará seu legado virtual, ou seja, vídeos, livros, músicas, fotos e emails. No Brasil, esse conceito de herança digital ainda é pouco difundido. Mas é preciso uma legislação apropriada para que as pessoas ao morrerem possam ter seus direitos resguardados a começar pela simples decisão de a quem deixar a senha de suas contas virtuais e também o seu legado digital. Quando não há nada determinado em testamento, o Código Civil prioriza familiares da pessoa que morreu para definir herdeiros. Dessa forma, o presente Projeto de Lei pretende assegurar o direito dos familiares em

Ambos os projetos, dentro do contexto da época de sua elaboração, visam a inclusão do instituto da herança digital ao nosso ordenamento jurídico, enquanto o PL 4.099/12 altera apenas o art. 1.788 do Código Civil, o PL 4.847/12 acrescenta um capítulo mais detalhado acerca do tema.

Em síntese, os dois projetos possuem um objetivo comum, que é a possibilidade de transmissão aos herdeiros dos bens adquiridos em ambiente virtual pelo autor da herança.

Contudo, pode-se entender que ambos os projetos já se encontram “desatualizados”, dado a forte presença dos usuários na internet e suas novas tecnologias, que impulsionaram uma mudança cultural da sociedade, a qual atualmente, cria um acervo digital diariamente e vem mudando sua forma de aquisição e armazenamentos de bens, de se relacionar e, até mesmo, trabalhar.

Na contramão dos projetos mencionados acima, há também o PL 8.562/2017 apensado ao PL 7.742/2017, que se encontra arquivado, sendo este último, com a mesma redação do PL 4.748/12.

O Projeto de Lei 7.742 de 2017 visa acrescentar o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular.

Art. 1º A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 10-A:

Art. 10-A. Os provedores de aplicações de internet devem excluir as respectivas contas de usuários brasileiros mortos imediatamente após a comprovação do óbito.

§ 1º A exclusão dependerá de requerimento aos provedores de aplicações de internet, em formulário próprio, do cônjuge, companheiro ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive.

§ 2º Mesmo após a exclusão das contas, devem os provedores de aplicações de internet manter armazenados os dados e registros

gerir o legado digital daqueles que já se foram. Ante o exposto, esperamos contar com o apoio de nossos ilustres Pares para a aprovação deste projeto de lei.” Informação retirada do site https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0166wpnxsgfk67b4xiwnw7rxru13097109.node0?codteor=1049733&filename=PL+4847/2012. Acesso em: 18/04/2021.

dessas contas pelo prazo de 1 (um) ano, a partir da data do óbito, ressalvado requerimento cautelar da autoridade policial ou do Ministério Público de prorrogação, por igual período, da guarda de tais dados e registros.

§ 3º As contas em aplicações de internet poderão ser mantidas mesmo após a comprovação do óbito do seu titular, sempre que essa opção for possibilitada pelo respectivo provedor e caso o cônjuge, companheiro ou parente do morto indicados no caput deste artigo formule requerimento nesse sentido, no prazo de um ano a partir do óbito, devendo ser bloqueado o seu gerenciamento por qualquer pessoa, exceto se o usuário morto tiver deixado autorização expressa indicando quem deva gerenciá-la. Art.

2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação⁵³

Ao contrário dos outros, este projeto de lei objetiva a exclusão imediata das contas dos usuários falecidos, com a justificativa de se evitar dor e sofrimento dos entes do "*de cujus*" ao se depararem com a rede social.

Todavia, as redes sociais podem ser compreendidas como uma extensão da vida privada e para alguns usuários as redes do ente falecido tem o mesmo significado das fotos e vídeos que se guardavam antigamente, servem como uma forma de recordação do ente querido.

6. Considerações Finais.

Percebeu-se até aqui o quanto esta temática é atual e sua inegável importância para ciência jurídica, haja vista que a evolução da sociedade impulsionada pelas mídias digitais ocasionou uma mudança significativa na percepção das pessoas frente às novas tecnologias e suas funcionalidades. O crescente aumento na imersão dos usuários na internet resultou em grandes mudanças que estão além do ambiente físico, pois atualmente a sociedade além de ter mudado sua forma de se relacionar e comprar, mudou também, a sua forma de trabalhar, de adquirir bens e armazená-los.

Com a imersão da sociedade no ambiente digital surgiram novos direitos e sua necessidade de proteção, principalmente no ramo do Direito Privado. As relações de

⁵³Informação retirada do site

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1564285&filename=PL+7742/2017. Acesso em: 18/04/2021.

consumo mudaram, a legislação precisou se adequar, a atualização assídua da internet precisou de proteção e o mesmo ocorreu com a proteção de dados dos brasileiros. Por mais que seja conhecida como uma área "morosa", o Direito precisou de um "upgrade". Agora este avanço também está movimentando o ramo das Sucessões.

O avanço tecnológico trouxe inúmeras funcionalidades para a vida do usuário, que hoje usa as redes sociais como uma extensão da própria vida privada, "posts", "reels", "publiposts" fazem parte da vida do brasileiro e de milhões de usuários ao redor do globo.

No entanto, estas utilizações foram além do simples compartilhamento, viraram e se transformaram em carreiras, criação de conteúdo profissionais e que repercutem no patrimônio do usuário. É inegável que esta nova realidade trouxe inúmeros benefícios para toda sociedade, mas não podemos olvidar que as dúvidas jurídicas a acompanharam.

Considerando que em caso de falecimento de seus criadores, ainda não é possível responder com precisão como ficaria a destinação dos bens ou se há uma destinação, trazendo um enorme desafio para juristas, doutrinadores e para o legislativo brasileiro, levantando o questionamento, será que o Direito Sucessório como está hoje ainda é suficiente?

Discutiu-se até aqui de forma incessante que as pessoas mudaram consideravelmente suas práticas frente às novas ferramentas tecnológicas e a virtualização dos bens, sendo que o cerne da questão se situa na situação de como ficariam os bens adquiridos em vida pelo seu titular.

Deste modo, *a priori*, a denominada herança digital deveria ser transmitida aos herdeiros, até porque o direito à herança é um direito fundamental, não podendo ser cerceado, ainda que tal transmissão não possa se dar de forma automática.

Quanto aos bens com valoração econômica não resta dúvida sobre sua possibilidade de transmissão, haja vista que compõem o patrimônio do autor da herança e na doutrina não há óbice quanto a definição de patrimônio. Além do mais, tais bens foram provenientes de investimento monetário e um árduo trabalho do autor da herança, tal como os bens físicos.

Contudo, a transmissão dos bens sem valoração econômica vai de encontro aos Direitos da Personalidade tanto do "de cujus", quanto de terceiros. Neste caso, a transmissão deveria se dar mediante manifestação de última vontade.

Logo, o planejamento sucessório, a elaboração de um testamento pelo autor da herança poderá ser um meio eficaz para a destinação de tais bens, pois os usuários estarão exercendo sua autonomia e a legislação vigente não veda a inclusão dos bens digitais em testamento. Sendo assim, até o advento de uma legislação sobre o tema, esta seria uma solução adequada, tendo em vista que somente uma legislação sobre a Herança Digital poderá trazer segurança jurídica quanto a transmissão dos bens digitais.

Quanto às cláusulas dos provedores digitais que concedem tão somente o uso daquele bem e impede sua sucessão, entende-se que uma previsão legal poderia ser uma solução, pois as Plataformas Digitais terão de se adequar à legislação do País, não podendo estabelecer normas contrárias.

Desta forma, conclui-se que o instituto da Herança Digital precisa urgentemente de uma regulamentação, para que o direito à herança não seja prejudicado ou mitigado. No entanto, na ausência de uma legislação específica, a transmissão do patrimônio digital do "*de cujus*" deve ocorrer, sugerindo-se, também, a sucessão testamentária nos casos em que envolver bens sem valoração econômica.

É sabido que a sociedade está em constante evolução, mais ainda quando impulsionada pelas novas tecnologias e mídias digitais. Logo, a Ciência Jurídica não pode continuar inerte e precisa se adaptar à nova realidade.

7 REFERÊNCIAS

ALVES, Alvim Bragio. **Herança digital no Brasil: a aplicabilidade do direito das sucessões sobre bens digitais**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2019.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília, 10-01-2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05-10-1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 jan. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.099/2012**. Câmara dos Deputados. Brasília. 2012. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>>. Acesso em: 05 abr. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 7.742/2017**. Câmara dos Deputados. Brasília. 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1564285&filename=PL+7742/2017>. Acesso em: 18 abr. 2021

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.847/2012**. Câmara dos Deputados. Brasília. 2012. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563396>>. Acesso em: 18 abr. 2021

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.562/2017**. Câmara dos Deputados. Brasília. 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1596819&filename=PL+8562/2017>. Acesso em: 18 abr. 2021

COAP Informa. **Aumento na procura por testamentos durante a pandemia do covid-19**. Ministério Público do Paraná, 2020. Disponível em: <<https://civel.mppr.mp.br/2020/05/128/Aumento-na-procura-por-testamentos-durante-a-pandemia-do-COVID-19.html#>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

CIO. **Como o isolamento social impactou os padrões de uso da Internet no Brasil e no mundo?**. CIO, 2020. Disponível em: <<https://cio.com.br/noticias/como-o-isolamento-social-impactou-os-padroes-de-uso-da-internet-no-brasil-e-no-mundo/>>. Acesso em: 12 set. 2020.

Época Negócios. **Brasil é 2º em ranking de países que passam mais tempo em redes sociais**. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/09/brasil-e-2-em-ranking-de-paises-que-passam-mais-tempo-em-redes-sociais.html>>. Acesso em: 12 abr. 2021

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. 3 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 1: parte geral. — 14. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

Gregório, Rafael. **Registros de testamentos em cartórios aumentam 134% após a pandemia**. Valor investe, 2020. Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/objetivo/organize-as->

contas/noticia/2020/10/18/registros-de-testamentos-em-cartorios-aumentam-134percent-apos-a-pandemia.ghtml.> Acesso em: 20 mar. 2021.

Instagram. **Termos de Uso do Instagram**. Disponível em: <https://help.instagram.com/581066165581870>.> Acesso em: 12 abr. 2021

ITC. **Como a pandemia tem impactado no aumento do tráfego na internet?**. ITC. Disponível em: <http://itc.com.br/aumento-do-trafego/>> Acesso em: 12 set. 2020.

LIMA, I. R. **Herança digital**: direitos sucessórios de bens armazenados virtualmente. 2013, Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/6799/1/2013_IsabelaRochaLima.pdf.> Acesso em: 03 abr. 2021.

NAVES, Gabriela Gomes dos Santos; FERNANDES, Vanessa Abadia Gama. **Herança Digital**: ponderações sobre a preservação do direito da personalidade post mortem. 2019, Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) Faculdade de Direito. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/handle/aee/5949>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

PASA, Tauany Schneider. **Herança Digital**: Um novo enfrentamento. 2016, Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, 2016. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/handle/11624/1422>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

PIGNATA, Ana Paula de Oliveira Toniolo. **O uso restrito da sucessão testamentária no Brasil**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4332, 12 maio 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32993>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. Ed. São Paulo. Saraiva, 2002. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/Licoes_preliminares_de_direito/LjhnDwAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&printsec=frontcover>. Acesso em: 12 abr. 2021

SILVEIRA, Thais Menezes de. **A Destinação dos Bens Digitais Post Mortem**. Revista dos Tribunais. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&a_o=&fromrend=&srguid=i0ad82d9a00000179a53043b7973cca66&epos=3&spos=3&page=0&td=139&savedSearch=&searchFrom=&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento#>. Acesso em: 22 maio. 2021

TARTUCE, Flávio. **Herança digital e sucessão legítima** - primeiras reflexões. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/288109/heranca-digital-e-sucessao-legitima---primeiras-reflexoes>>. Acesso em: 13 mai. 2021

ZAMPIER, Bruno, **Bens digitais**: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. 2. Ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

(DES)CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: ALTERAÇÕES SOBRE A INTELIGÊNCIA DO TEMA

CARMEN FERREIRA SARAIVA: Servidora pública federal, bacharela em Administração de Empresas e Ciências Contábeis pela UFMG e em Direito pelas Faculdades Milton Campos. Especialista pela PUC/Minas, pela Unicid, pela UGF e pela UnP. carmenfsaraiva@gmail.com.

Resumo: O ordenamento jurídico está apoiado nos princípios fundamentais, incluindo o direito à vida do nascituro. A legislação positivada criminaliza o aborto, exceto nas hipóteses permissivas de natureza terapêutica, humanitária e de feto anencefálico. Dada a tradição judaico-cristã, há projetos de lei em tramitação tipificando a conduta desde a concepção, bem como outros contrariamente a descriminalizando com base na realidade das práticas inseguras realizadas à parte do sistema de saúde. No aspecto contramajoritário protetivo, a jurisprudência vem afastando a tipicidade penal do aborto eletivo incondicionado no primeiro trimestre de gravidez. Delineadas estão as alterações sobre a inteligência da matéria, que somente pode vir a ser harmonizada a partir da necessária participação popular.

Palavras-chave: Direito à Vida. Aborto. Legislação. Jurisprudência. Conflito.

Resumen: El ordenamiento jurídico está apoyado en los principios fundamentales, incluido el derecho a la vida del feto. La legislación positivada criminaliza el aborto, excepto en las hipótesis permisivas de la naturaleza terapéutica, humanitaria y del embrión anencefálico. Dada la tradición judeocristiana, existen proyectos de ley en proceso que tipifican la conducta desde la concepción, así como otros que la despenalizan con base en la realidad de prácticas inseguras realizadas al margen del sistema de salud. En el aspecto protector contra mayoritario, la jurisprudencia se ha ido alejando de la característica penal del aborto electivo incondicional en el primer trimestre del embarazo. Se perfilan los altercados sobre la inteligencia del tema, que solo pueden armonizarse a partir de la necesaria participación popular.

Palabras clave: Derecho a la vida. Aborto. Legislación. Jurisprudencia. Conflicto.

Sumário: Introdução. 1. Axiologia do Direito à Vida. 2. Delineação Normativa Vigente. 3. Projetos de Lei em Tramitação. 4. Construção Jurisdicional. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Introdução

O tema objeto deste artigo circunda-se ao regime jurídico dispensado ao nascituro no aspecto do direito à vida, valor este alçado a princípio fundamental em cotejo com o tratamento conferido ao ato contra a sua integridade que constitua obstáculo ao seu exercício, em especial ao aborto eletivo não previsto em lei. O objetivo que se procura atingir é a análise do esboço legislativo comparativamente ao entendimento jurisprudencial da descriminalização do aborto e a verificação da existência de contraposições de ideias em avanço parametrizadas nas novas concepções teóricas, políticas e sociais.

Essa abordagem contribui para disseminar conhecimentos jurídicos, com destaque para a evolução do movimento do ideal de paz e harmonia propenso a delimitar as condutas tipificáveis como ilícitas e culpáveis estruturado pelo método dogmático do conhecimento a partir da pesquisa teórica.

Examinam-se a construção conjuntural da legislação de regência e os respectivos projetos de lei em tramitação em paralelo com as ideias emergentes consubstanciadas em entendimentos jurisprudenciais.

Nesse contexto, a questão que se espera resolver é o estabelecimento dos traços característicos distintivos ou verossimilhantes entre os elementos identificadores dos mecanismos que propiciam a solução de suposto conflito de desígnios originado da contradição entre a aplicação de princípios teóricos que direcionam as regras normativas e a interpretação das normas constitucionais que emerge dos julgados sobre a estrutura que embasa os direitos humanos.

A axiologia do direito à vida é abordada nos aspectos da conduta ética, estando pautada no princípio fundamental consubstanciado nas normas constitucionais.

Discorre-se a respeito da delineação normativa, dos projetos de lei em tramitação e da construção jurisprudencial sobre a criminalização do aborto e o esboço da sua atipicidade, identificando-se a alteração entre a positividade majoritária e o embate hermenêutico contramajoritário.

1. Axiologia do Direito à Vida

A conduta ética é uma ação social e humana, uma vez que a sociabilidade é uma inclinação natural, finalística e valorativa de uma coletividade em permanente construção de verdadeiros bens que passam de uma geração para outra. O fim é um valor assimilado pela racionalidade humana, seja de forma estética ou teórica pela realização de algo sem visar a outras ações atinentes a princípios, leis e formas, seja de maneira ética ou econômica, pela efetivação de alguma coisa objetivando outras atuações de cunho técnico e decorrentes da necessidade de ter uma razão para o agir. Nesse sentido, tem pertinência a distinção entre “a atividade que tem por fim formular leis ou realizar formas, e a atividade ética, que se converte necessariamente em normas”.

A valoração de uma conduta tem um fim ético, referencial do bem de cunho, entre outros, religioso, moral, costumeiro ou jurídico. Identifica-se uma conduta religiosa, essencial à compreensão, da existência com base nos valores que influenciam as ações que transcendem o elemento social além dos limites reais da correlação sujeito-objeto. Trata-se de conduta de natureza moral a ação que se dirige a um valor subjetivo revelada pelo fato de o indivíduo espontaneamente ser legislador de si mesmo como sujeito-agente, possibilitando a escolha constitutiva de uma valia axiológica. Os costumes sociais referem-se a regras consuetudinárias de civilidade e de convivência subordinadas ao padrão de juízo que prepondera no seio do coletivo. No Direito, a instância deontológica transubjetiva é a medida do comportamento determinado pela objetividade, isto é, na relação jurídica o valor que se incorpora no proceder social permite e assegura as pretensões das pessoas (REALE, 1999, pp. 375-409).

Baseada na ética das relações interpessoais, a positivação de valores é um sistema autopoietico que prevê instrumentos legais de autoconstrução e um ordenamento jurídico conexo e aberto de regras e princípios. As regras decorrem de proposições organizacionais de natureza instrumental e de preceitos disciplinadores primários, que prescrevem uma conduta, e secundários, que impõem sanção em decorrência da inobservância daquelas. Assim, são de elevado grau de especialidade e concretude. A antinomia é o conflito de preceitos incompatíveis entre si, que pode ser resolvido pelos critérios hierárquico, cronológico ou de especialidade, que evoluiu para o pluralismo metodológico. A anomia ou omissão pode ser: normativa, pela ausência de norma; ontológica, no caso em que a proposição não corresponde à conduta; e axiológica, na hipótese em que há regra que se aplica de forma injusta. A solução para suprir a lacuna

é a integração pela “analogia, costumes e princípios gerais de direito”⁵⁴ (GARCIA, 2015, pp. 105-115).

Princípios são inspirados nas normas com alto nível de generalização e abstracionismo. Significam o ponto de partida ou a razão que justificam a existência, organização e funcionamento de um sistema jurídico. Caracterizam-se por consubstanciarem valores, serem interferentes por contraposição ou complementação, e ainda autoaplicáveis, autoconceituáveis e onivalentes. Classificam-se em: fundamentais ou gerais de direito, políticos constitucionalmente conformadores, que explicitam valores estruturantes; constitucionais impositivos, que orientam a ação do poder estatal; e garantidores, que têm conteúdo normativo (CARVALHO, 2001, pp. 555-566).

Abraham Lincoln, no Discurso de Gettysburg, em 1863, defende que a democracia é o “governo do povo, pelo povo, para o povo”⁵⁵. Com característica principiológica, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, designada “Constituição Cidadã”, convalida-se no regime democrático representativo e participativo nos atos de governo fundamentado na soberania do povo, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais e pluralismo político, com objetivos direcionados à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia de desenvolvimento, redução das desigualdades e promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação⁵⁶ (SILVA, 2002, pp. 123-146).

Nos Estados modernos a teoria de freios e contrapesos de Montesquieu, relativa à tripartição de poderes, independentes e harmônicos entre si, foi modulada em conformidade com as realidades sociais e históricas de modo a possibilitar maior interpenetração e a idealização de funções típicas e atípicas. O Poder Legislativo promove a iniciativa da elaboração de leis com as características de serem gerais, abstratas e impessoais. O Poder Executivo deve praticar os atos de chefia do governo,

54 BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de dezembro de 1942. Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. Artigos 2º e 4º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 25 mar. 2021.

55 USA. The Library of Congress. Exhibitions. Gettyburg Adress. Disponível em: <<https://www.loc.gov/resource/mal.4356500/?sp=3>>. Acesso em 25 mar. 2021.

56 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Artigos 1º e 3º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2021.

do Estado e da administração, aplicando a lei de ofício. O Poder Judiciário compõe conflitos de interesses nos casos intersubjetivos concretos, atuando no âmbito do direito objetivo. Especificamente, a legiferação edita as normas e a jurisdição as aplica na solução das lides no exercício das funções estatais, respectivamente, majoritária e contramajoritária, se for o caso (SILVA, 2001, pp. 106-112, 507, 539, 550-552).

As normas constitucionais expressam os valores adotados pela sociedade na sua acepção axiológica e se harmonizam exprimindo as prerrogativas e instituições que afiançam a vida em comum das pessoas de forma livre, digna e igual. Essas normas têm a função normogenética de densificação, e o encargo fundamentador que delas afloram é a ideia de Direito e toda a ordem jurídica, propagando, em meio às normas-regras, preceitos de expansionismo a alcançar os novos anseios derivados da incessante construção social. Na incumbência teleológica finalística orientam as ações dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, com demarcação de limites de atuação e vedação de edição de atos que reduzam a sua eficácia. Na hermenêutica direcionam a atividade estatal, fixando os contornos protetivos contra arbitrariedades no exercício do poder estatal (CARVALHO, 2001, pp. 555-566).

A validade, vigência, eficácia e a aplicabilidade dos preceitos de alicerce dependem dos enunciados positivados.

Os princípios explícitos podem ter eficácia plena ou absoluta, porque desde logo entram em vigor e tratam dos interesses, comportamentos ou situações que o próprio legislador constituinte regulamentou. Aqueles previstos em dispositivos de eficácia contida precisam de leis restritivas, embora desde logo produzam efeitos mínimos, e os fixados de eficácia limitada carecem de lei que defina a sua abrangência (BONAVIDES, 2001, pp. 215-227).

As normas principiológicas implícitas são aquelas compatíveis com o regime constitucional vigente, pois “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”⁵⁷. Observando-se o procedimento específico, muitos tratados internacionais de direitos humanos foram admitidos na hierarquia de norma supralegal, ou seja, sob as normas

57 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 5º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

constitucionais e acima da legislação interna, de modo que o status normativo supralegal “dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão”. Ademais, “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”^{58 59 60 61 62} (CARVALHO, 2011, pp. 603-606; BULOS, 2002, pp. 358-362).

Os direitos de primeira geração abrangem as liberdades positivas e negativas e ainda as civis e políticas. Aqueles de segunda geração envolvem as liberdades positivas reais e a igualdade. Os de terceira geração primam pela solidariedade. Os de quarta geração

58 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 466343/SP. Ministro Relator: Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julgamento 03 de dezembro de 2008. Publicação em 05 de junho de 2009. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur323/false>>. Acesso em 25 mar. 2021.

59 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 349703/RS. Ministro Relator: Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgamento em 03 de dezembro de 2008. Publicação em 05 de junho de 2009. “Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.” Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87952/false>>. Acesso em 25 mar. 2021.

60 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigos 5º, 37, 49 e 84. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2021.

61 BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2008. “Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo”. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 25 mar. 2021.

62 BRASIL. Decreto nº 9.522, de 08 de outubro de 2018. “Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso”. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9522.htm>. Acesso em: 25 mar. 2021.

abrançam “o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos” (MORAES, 219, pp. 25994-26040; BONAVIDES, 2000, pp. 514-526). Nesse mesmo sentido, a Corte Suprema se pronunciou ao declarar que as liberdades clássicas ou negativas estão compreendidas nos direitos civis e políticos de primeira geração, as liberdades positivas ou concretas fazem parte dos direitos da igualdade, culturais, sociais e econômicos de segunda geração, e o princípio da solidariedade e os valores indisponíveis fundamentais compõem os direitos de terceira geração⁶³.

Os direitos inerentes à pessoa humana têm vários aspectos, tais como a inserção no contexto social e histórico, não retrocessão, universalidade, interdependência, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, não hierarquização, inalienabilidade e indivisibilidade. Inexiste direito absoluto; no entanto, a dignidade da pessoa humana pode ser assim entendida (SILVA, 2002, pp. 180-182).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê⁶⁴:

“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; [...]

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 [...]”.

Assim, a vida, como objeto de direito, abrange a existência simultânea e inseparável do indivíduo e da sociedade, sendo fonte primária de todos os outros bens jurídicos tutelados no ordenamento jurídico pátrio.

Na acepção civilista, a personalidade jurídica da pessoa natural é “a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações”, ou seja, “é o atributo necessário para ser

63 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança nº 22.164-0/SP. Ministro Relator: Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgamento em 30 de outubro de 1995. Publicação em 17 de novembro de 1995. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur23459/false>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

64 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

sujeito de direito". Em conformidade com a aplicação da teoria natalista, a aquisição da personalidade é constatada pelo nascimento com vida aferível através da atividade do aparelho cardiorrespiratório mediante o exame de docimasia hidrostática de Galeno⁶⁵. Embora o nascituro não tenha personalidade jurídica material, seus direitos são salvaguardados desde a concepção, dado que possui expectativa de direito. Poder-se-ia cogitar ainda que na vida intrauterina haveria personalidade jurídica em sentido formal no que se refere aos direitos personalíssimos.

Há outras teorias sobre o início da personalidade jurídica ainda com o nascituro. A concepcionista defende que desde a concepção no ventre materno há personalidade não condicional, pois não se confunde com a capacidade. A nidação consiste na fixação do óvulo fecundado à parede do útero, ocasião em que a personalidade inicia⁶⁶ (GONÇALVES, 2019, pp. 1138-1177). Chama-se ovo "nos dois primeiros meses", embrião nos "dois meses seguintes", e feto a partir do quarto mês (ESTEFAM; GONÇALVES, 2021b, pp. 4728-4751).

O nascituro tem direito à vida desde a constatação da vida intrauterina, e qualquer ato contra a sua integridade pode constituir obstáculo ao exercício de seus direitos. Assim, seja qual for a corrente teórica perfilada, o "nascituro, embora não seja expressamente considerado pessoa, tem a proteção legal dos seus direitos desde a concepção" (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2012, pp. 111-115). Ainda o direito do nascituro à vida deve ser-lhe proporcionado concomitante à proteção integral à criança ou ao adolescente de ser criado e educado no seio de sua família, ainda que substituta, à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência⁶⁷. O ordenamento jurídico adota a teoria natalista, que considera destinatária dos direitos fundamentais a pessoa natural nativa. Por esse motivo, o

65 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Artigo 2º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

66 BRASIL. Planalto. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Artigos 3º e 4º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

67 BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências". **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

embrião humano pré-implantado "in vitro" merece proteção jurídica na qualidade de um bem, e assim foram consideradas legítimas as pesquisas com utilização de células-tronco embrionárias humanas^{68 69}.

Em nossa sociedade o respeito à vida assimila a existência, a integridade física e moral, bem como repele a pena de morte, a eutanásia, a tortura e o aborto.

Vale esclarecer que a objetividade jurídica é a vida do produto da concepção, seja embrião ou feto, que é um ser em formação que tem vida própria e sujeito de direito autônomo da mãe, e assim os direitos do nascituro são assegurados desde a concepção (BITENCOURT, 2012, p. 392).

A regra assegurada de existir dignamente é a ideia de um viver com qualidade, bem como não interromper o processo vital, a não ser pela morte natural e casos legais inevitáveis. O tema é complexo e deve ser examinado, além dos aspectos jurídicos, sob vários ângulos, entre outros, de saúde, sociais, éticos e morais.

68 BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

69 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF. Ministro Relator: Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgamento em 29 de maio de 2008. Publicação em 28 de maio de 2010. "O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição." <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur178396/false>>. Acesso em 28 mar. 2021.

Cabe ressaltar que, segundo os dados censitários de 2010, 91,8% (noventa e um inteiros e oito décimos por cento) da população brasileira adotam valores judaico-cristãos não temporais de pertencimento a algo que transcende o real, inamovível e essencial à compreensão da existência, o que reflete a repelência ao aborto. Desse coeficiente, 86,8% (oitenta e seis inteiros e oito décimos por cento) são cristãos, católicos e evangélicos e 5,0% (cinco por cento) incorporam outros credos⁷⁰. Por seu turno, o Ministério da Saúde (MS) aponta que o “abortamento representa grave problema de saúde pública em países em desenvolvimento, inclusive no Brasil, com sua discussão envolvendo complexo conjunto de aspectos legais, morais, religiosos,

70 BRASIL. **Ministério da Economia**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo Demográfico 2010 - Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em 25 mar.2021. **Revista de Pós-Graduação em Ciências Social da UFJF**, Juiz de Fora, v. 13, n. 2, 2018. Disponível em: <<https://periodicos.ufjf.br/index.php/TeoriaeCultura/article/view/12412>> . Acesso em: 26 mar. 2021.

sociais e culturais”⁷¹ 72. Ademais, a Organização Mundial da Saúde (OMS) “alerta que métodos inseguros de aborto matam milhares de mulheres”⁷³.

71 BRASIL. **Ministério da Saúde**. Norma Técnica. Atenção Humanizada ao Abortamento. Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos. Caderno nº 4. Brasília, 2005. “Segundo estimativas da Organização Mundial de Saúde, metade das gestações é indesejada, com uma a cada nove mulheres recorrendo ao abortamento para interrompê-las. Estima-se que na América Latina e no Caribe ocorram anualmente 18 milhões de gestações, sendo que destas 52% não foram planejadas, com 23% terminando em abortamento (AGI, 1999). Para o Brasil, calcula-se que 31% das gestações terminam em abortamento. Estima-se (AGI, 1994) haver ocorrência anual de 1.443.350 abortamentos, com taxa de 3,7 abortos/100 mulheres de 15 a 49 anos, bastante superior aos valores encontrados em países da Europa ocidental, nos quais a prática do aborto é legal e acessível. Atualizados para o período 1994/1996, a incidência estimada de abortamentos provocados no País, apesar do decréscimo, situou-se ainda em patamares elevados, em 1996, entre 728.100 e 1.039.000, estimativa média e máxima, respectivamente (Corrêa & Freitas, 1997).” Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento.pdf>. Acesso em 25 mar. 2021.

72 BRASIL. **Ministério da Saúde**. Anticoncepção de Emergência. Perguntas e Respostas para Profissionais de Saúde. Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos. Caderno 3. “1. O que é Anticoncepção de Emergência? R: A maioria dos métodos anticonceptivos atua de forma a prevenir a gravidez antes ou durante a relação sexual. A Anticoncepção de Emergência (AE) é um método anticonceptivo que pode evitar a gravidez após a relação sexual. O método, também conhecido por “pílula do dia seguinte”, utiliza compostos hormonais concentrados e por curto período de tempo, nos dias seguintes da relação sexual. Diferente de outros métodos anticonceptivos, a AE tem indicação reservada a situações especiais ou de exceção, com o objetivo de prevenir gravidez inoportuna ou indesejada”. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/caderno3_saude_mulher.pdf>. Acesso em 28 mar. 2021.

⁷³ EDGARD JÚNIOR. “ONU alerta que métodos inseguros de aborto matam milhares de mulheres”. ONU News. Publicação em 28 de setembro de 2016. “Um grupo de relatores especiais da ONU de Direitos Humanos alertou que métodos inseguros usados na prática do aborto continuam sendo a causa de milhares de mortes de mulheres no mundo. Os especialistas pediram a todos os países que rejeitem leis e políticas que restringem o aborto e que suspendam todas as medidas punitivas e barreiras discriminatórias ao acesso a serviços de saúde reprodutiva. [...] A Organização Mundial da Saúde afirmou que 22 milhões de abortos sem as medidas de segurança necessárias são realizados todos os anos no mundo inteiro. A agência da ONU calcula que 47 mil mulheres morrem anualmente de complicações causadas por essas práticas inseguras para interromper a gravidez. Os relatores especiais disseram que a “criminalização do aborto e a falta de serviços adequados para o fim de uma gravidez não desejada são formas de discriminação baseada no sexo”. [...] Segundo eles, “as leis que restringem o acesso a um aborto seguro representam uma grave violação dos direitos humanos das mulheres”. Os especialistas explicaram que “as consequências são severas com as mulheres, algumas vezes, pagando o preço com suas próprias vidas”. Pelos dados da ONU, as leis que proíbem o aborto atingem 40% da população global. Os relatores especiais disseram que a proibição não reduz a necessidade nem o número de abortos, apenas aumenta o risco para a saúde de mulheres e meninas que fazem uso dessa prática médica. Os especialistas recomendam “boa prática” encontrada em vários países, onde as mulheres têm acesso a serviços de aborto seguros, durante o primeiro trimestre de gravidez”. [...] Eles citam ainda leis internacionais dizendo que as mulheres podem realizar aborto em casos de risco de morte ou à saúde e em casos de estupro e incesto durante e depois do primeiro trimestre. Os relatores querem também

2. Delineação Normativa Vigente

O legislador positivo deve utilizar-se do princípio da proporcionalidade como referência normativa e parâmetro para não ultrapassar o limite necessário pelo excesso e acabar atingindo os direitos fundamentais, tampouco se omitir sobre o assunto e deixar de assegurar o exercício pela proteção deficiente (MACHADO, 2016, pp. 71-87; BONAVIDES, 2000, pp. 394-397).

A legislação penal pauta-se por “três bases: o respeito à dignidade da pessoa humana, a promoção dos valores constitucionais e a proteção subsidiária dos bens jurídicos”. Trata-se de “ultima ratio” a tutelar os direitos humanos. O conceito material de crime é a “violação de um bem juridicamente protegido”, e em sua definição analítica trata-se de “conduta típica, antijurídica e culpável”. Insere-se no contexto de uma lei imperativa, exclusiva, geral e impessoal (ESTEFAM; GONÇALVES, 2021a, pp. 1475-1502, 1777-1792 e 5775-5789; MIRABETE, 2000, p. 130; DELMANTO, 2000, p. 18).

O Código Penal trata o aborto eletivo da seguinte forma, com base no fato de que o objeto tutelado é a vida do nascituro⁷⁴:

“Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque [...]

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante [...].

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante [...].

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

que os países permitam que meninas e adolescentes ponham fim a uma gravidez não desejada, que se levada adiante pode expô-las a um risco maior no futuro.” Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2016/09/1564601-onu-alerta-que-metodos-inseguros-de-aborto-matam-milhares-de-mulheres>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

74 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2021.

Este regramento identifica o “aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento” e o “aborto provocado por terceiro” como condutas criminalizadas. Excepcionalmente, é permitido expressamente o “aborto necessário” ou terapêutico, em que há necessidade de salvamento da gestante, e o “aborto no caso de gravidez resultante de estupro” ou humanitário (SILVA, 2001, pp. 196-204). Cabe ressaltar que os abortos naturais, acidentais ou culposos são fatos atípicos, por não existir previsão legal de caracterização de crime (BITENCOURT, 2012, pp. 395-396 e 437; CABETTE NETO, 2012, p. 45).

Os avanços científicos permitem definir com precisão a inviabilidade da vida e a morte cerebral que põe termo à vida humana (BITENCOURT, 2012, p. 390). O Supremo Tribunal Federal (STF), no exercício da função contramajoritária protetiva com efeito “erga omnes”, firmou a descriminalização da antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencefálico, tendo em vista o juízo de ponderação entre os direitos básicos da mulher e a incolumidade física do feto anencéfalo que não tem expectativa de vida extrauterina, conforme decisão definitiva exarada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/2012⁷⁵. Ademais, está autorizado o uso do fármaco denominado “pílula do dia seguinte” como anticoncepção de emergência que evita a nidação, e assim, por não existir fecundação ou gravidez, constitui exercício regular de direito (ESTEFAM; GONÇALVES, 2021b, pp. 4728-4751).

3. Projetos de Lei em Tramitação

A reprovação social ou censurabilidade de conduta do aborto é um tema cautelosamente examinado pelo Poder Legislativo⁷⁶.

⁷⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF. Ministro Relator: Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgamento em 12 de abril de 2012. Publicação em 30 de abril de 2012. “Estado – Laicidade. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. Feto Anencéfalo – Interrupção da Gravidez – mulher – Liberdade Sexual e Reprodutiva – Saúde – Dignidade – Autodeterminação – Direitos Fundamentais – Crime – Inexistência. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos i e ii, do código penal.” Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false>>. Acesso em 28 mar. 2021.

⁷⁶ BRASIL. **Senado Federal**. Ato da Comissão Diretora nº 5, de maio de 2015. Anexo. “Missão do Senado Federal. Exercer a representação das Unidades da Federação e as funções legislativa e fiscalizadora, fortalecendo o modelo democrático federativo, incentivando a participação da sociedade e a integração dos Estados, e promovendo, com justiça social, a qualidade de vida do povo brasileiro.” Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/transparencia/gestgov/copy_of_planejamento-estrategico-1/PDF/ATC5.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2018.

O Projeto de Lei nº 236/2012⁷⁷, no contexto do novo Código Penal, inclui no rol de condutas atípicas a comprovada anencefalia e as anomalias incuráveis do feto que inviabilizem a vida intrauterina deste, bem como até a décima segunda semana quando a mulher não apresentar condições psicológicas para o mister.

O Projeto de Lei nº 882/2015⁷⁸ “estabelece as políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos”:

“Justificativa.

A primeira razão para este Projeto de Lei é, na verdade, uma falta de razões: não há justificativa para que o aborto seguro seja ilegal e as mulheres que o praticam, bem como aqueles e aquelas que as assistem, sejam considerados criminosos ou criminosas. Todos os argumentos que, ao longo do tempo, têm sido oferecidos a modo de justificativa para manter a atual legislação não passam de um conjunto mal articulado de mentiras, omissões e hipocrisias cujo efeito se mede, anualmente, em vidas humanas. Vidas indiscutíveis, seja pela ciência, seja pela filosofia, seja pela religião, de mulheres já nascidas. E o único motivo para isso é a vontade de uma parcela do sistema político e das instituições religiosas de impor pela força suas crenças e preceitos morais ao conjunto da população, ferindo a laicidade do Estado. [...] No contexto das eleições gerais brasileiras de 2010, a Frente Nacional contra a Criminalização das Mulheres e pela Legalização do Aborto apresentou para debate propostas para a legalização da interrupção voluntária da gravidez no Brasil. O intuito era reverter o processo de denúncias, humilhações e ações judiciais em curso, que atingem tanto mulheres que abortaram quanto as trabalhadoras que as atendem e as organizações que lutam pela legalização, assim como fazer avançar a concretização deste direito das mulheres no futuro próximo. [...] Este Projeto de Lei foi inicialmente construído em parceria com o Setorial de Mulheres do Partido Socialismo e Liberdade a partir da Plataforma pela Legalização do Aborto escrita pela Frente Nacional pela Legalização do Aborto e do

77 BRASIL. **Congresso Nacional**. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

78 BRASIL. **Congresso Nacional**. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 882, de 2015. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1050889>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

acúmulo histórico e de luta de tantas feministas que valorizam e querem preservar a vida e a dignidade das mulheres”.

O Projeto de Lei nº 460/2016⁷⁹ criminaliza o aborto desde a concepção:

“Justificação

A criminalização do aborto buscou conferir proteção à vida humana intrauterina em qualquer dos seus estágios de desenvolvimento. A intenção do legislador foi impedir a interrupção intencional e desmotivada do processo de gestação e, consequentemente, a morte dos sempre indefesos e vulneráveis fetos. [...] Esse o contexto, entendendo ser necessária a punição de todos aqueles que de algum modo contribuem para a prática de tão covardes crimes, apresentamos o presente projeto de lei que criminaliza o induzimento e a instigação à prática do aborto, bem como o anúncio de meio abortivo”.

O Projeto de Lei nº 461/2016⁸⁰ considera aborto “a interrupção da vida intrauterina em qualquer estágio da gestação”:

“Justificação [...]

Com a finalidade de resolver esse impasse, apresentamos o presente projeto de lei que, de modo expresso, considera-se praticado o aborto, quando haja a interrupção da vida intrauterina em qualquer estágio da gestação”.

O Projeto de Lei nº 11148/2018⁸¹ prevê a criação do Estatuto do Nascituro:

“Justificação [...]

Ampliar o debate político dos direitos do nascituro é possibilitar que hipossuficientes possam ser amparados por lei, e salvaguardados pelo Estado brasileiro, e permitir que sejam debatidas as várias questões que o envolvem. Ante o exposto, relevante é que o

79 BRASIL. **Congresso Nacional**. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 460, de 2016. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127777>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

80 BRASIL. **Congresso Nacional**. Senado Federal. Projeto de Lei nº 461, de 2016. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127776>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

81 BRASIL. **Congresso Nacional**. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 11148, de 2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2188483>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

direito do nascituro seja amplamente debatido e salvaguardado, e nesse sentido, a criação do estatuto do nascituro definirá as linhas de amparo ao ser humano em sua forma mais frágil”.

O Projeto de Lei nº 2574/201982 “criminaliza o aborto provocado pela má formação fetal”:

“Justificação [...]

É inaceitável a possibilidade de que a eugenia, prática de estados totalitários do século passado, avance em supostas brechas, neste caso inexistentes, da Lei brasileira. No caso das gestantes contaminadas pelo vírus Zica, por exemplo, apenas um percentual delas poderá vir a dar à luz crianças com microcefalia e, ainda assim, em gradações variadas, o que em hipótese alguma pode excluir a essas crianças do direito à vida, seja qual for a severidade das limitações que venham a apresentar. Nessa toada, em futuro próximo o aborto poderá vir a ser discutido no Judiciário no caso de fetos diagnosticados com síndrome de Down, ou com deficiências outras, que sejam identificadas ainda na gestação. Este é um perigo que não podemos admitir. Aceitá-lo, seria admitir a barbárie”.

Essas propostas harmonizam-se com a teoria concepcionista e buscam criminalizar o aborto eletivo, como interrupção da vida intrauterina, em qualquer estágio de gestação, inclusive na hipótese de malformação. Assim, no caso da descontinuidade da gravidez efetivada voluntariamente pela gestante até o primeiro trimestre com vista a assegurar a sua integridade física e moral, o direito fundamental à vida do nascituro tem maior relevância nessa circunstância.

O Projeto de Lei nº 434/202183 institui o Estatuto do Nascituro na esteira de sua proteção integral, prevendo que a “personalidade civil do indivíduo humano começa com a concepção” e alçando o aborto a crime hediondo:

“Justificação [...]

82 BRASIL. **Congresso Nacional**. Senado Federal. Projeto de Lei nº 2574, de 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136519>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

83 BRASIL. **Congresso Nacional**. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 434, de 2021. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2270201>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

O aborto constitui uma grave violação da Lei Natural, cujos primeiros princípios fundamentam o código moral de todos os povos e culturas, sendo o direito à vida universalmente reconhecido como o mais importante, não estando submetido às variações de usos e costumes: trata-se de um princípio constitutivo da própria consciência moral do ser humano, um valor inegociável. [...]

Trata-se, no mesmo sentido, de uma forma especialmente danosa de violência contra o corpo e a psique da gestante, sendo frequentes as complicações decorrentes da realização de procedimentos abortivos (algumas levando a hemorragias, infecções, doença inflamatória pélvica, e, em alguns casos, até mesmo ao óbito), e muito recorrentes os diagnósticos de depressão e o desenvolvimento de transtornos graves de personalidade em mulheres que realizaram ou consentiram com a realização de procedimentos provocadores da morte de seus próprios filhos em fase de gestação. Ademais, deve-se ressaltar a notória aversão moral de parcela majoritária da população brasileira à realização de procedimentos abortivos (bem como à legalização dessa prática), constatada em inúmeros levantamentos divulgados por institutos de pesquisa nos últimos anos, dentre os quais citamos o mais recente, do Instituto Paraná Pesquisas, de 25 de janeiro de 2021, que apresenta uma taxa de rejeição, dentre os entrevistados, de 79% para a legalização do aborto no Brasil. Reprovado pela população, o aborto também o é formalmente pelo Estado brasileiro, signatário, junto com outras 24 nações integrantes da Organização dos Estados Americanos (OEA), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 1969, ratificado pelo Brasil em 1992, documento que declara existir o direito à vida desde o momento da concepção. A ausência de dispositivos claros e de normas que assegurem os direitos do nascituro constitui, portanto, uma grave violação de compromissos já assumidos pelo Estado brasileiro, capaz de instaurar a insegurança jurídica e prejudicar a ordem constitucional brasileira. Do mesmo modo, a inclusão do Estatuto do Nascituro em nossa legislação por parte do Congresso Nacional constitui uma corajosa reafirmação das atribuições constitucionais do Poder Legislativo (cumprimento do dever que, de acordo com o inciso XI do artigo 49 da Constituição Federal, compete exclusivamente às duas Casas Legislativas), postas em xeque por um ativismo judicial que pretende transferir indevidamente aos Tribunais Superiores (em especial o Supremo Tribunal Federal) certas discussões relacionadas à competência legislativa, dentre elas a nefasta legalização do aborto no Brasil”.

Assim, a interrupção eletiva da gravidez vem sendo objeto de ampla discussão nas duas Casas legislativas, com posicionamentos de confronto altercados.

4. Construção Jurisdicional

A judicialização decorre da provocação do Poder Judiciário a respeito de “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral”, sem prejuízo das funções atribuídas ao Poder Legislativo e Poder Executivo, comprovando a “fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo” e a “expansão da jurisdição e do discurso jurídico”⁸⁴. Pode-se entender a sua importância, sobretudo como fórum argumentativo e representativo da discussão ampla de debate público de questões que se destacam como de interesse individual ou coletivo que aborda temas sociais relevantes pelo aspecto da ordem jurídica validada pelos direitos fundamentais, o que não pode ser entendido como um desprestígio das instâncias políticas, de acordo com o princípio da inafastabilidade da jurisdição⁸⁵.

As demandas que identificam parâmetros de intervenção legítima nas políticas públicas se baseiam em critérios protetivos presentes nos princípios fundamentais de adequação. Esse mecanismo objetiva a solução de questões relevantes atinentes aos anseios sociais. Pode-se cogitar uma outorga para as instituições judicantes de parcelas das funções estatais que originariamente seriam de competência política própria dos Poderes Executivo e Legislativo, que têm recuado diante das suas responsabilidades.

No exercício de sua função típica, o STF julga questões relevantes de grau elevado de complexidade técnica ou mesmo temas que envolvam desacordo político ou moral, e portanto estaria imiscuindo-se em uma seara para a qual tem a devida capacidade institucional, situação essa que não pode ser equiparada à utilização de um instrumento de desestabilização da separação dos poderes. Nessa esteira, vem a judicialização proativa ou ativismo judicial protetivo precipuamente para garantir a efetividade de direitos fundamentais explícitos e implícitos ao preenchimento de lacuna e ao enfrentamento de norma infraconstitucional, a partir da exegese baseada na supremacia das normas constitucionais. Ocorre que essa parcela de

84 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial. Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. v. 2. n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

85 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 5º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

autoconcentração do Poder Judiciário, que deve se distinguir de uma instância hegemônica que cumula função legislativa e função executiva, preserva incólume o sentido clássico e dogmático da cláusula da separação dos poderes⁸⁶.

Legítima é a construção de um sentido à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, quando a norma possibilite interpretações variadas substanciais ou contenha indefinições no exercício da função contramajoritária protetiva. No caso em que há uma grande gama de sentidos interpretativos, deve-se evidenciar o conjunto sistemático, atentando-se para a circunstância de que normas constitucionais potencializam a construção da atividade interpretativa e a judicialização de matérias relevantes para a sociedade⁸⁷.

A interrupção da gravidez voluntária sem previsão na legislação é objeto de judicialização, pois a interpretação dos valores da sociedade avança no tempo. Em algumas oportunidades, o STF foi instado a enfrentar o tema em casos de descriminalização de condutas típicas.

Os direitos da autonomia, reprodutivo, sexual, de igualdade, de integridade psíquica e física da mulher interpretados pelo princípio da proporcionalidade penal conferem licitude à interrupção da gestação por vontade própria no primeiro trimestre de gravidez. Procura-se evitar fatos notórios como óbitos, automutilação e lesões graves. A motivação pautou-se pela inconstitucionalidade da tipificação da conduta de gestante que interrompe a gravidez nos primeiros três meses de forma voluntária. O princípio da proporcionalidade entre os custos sociais e os benefícios deve ser o alicerce interpretativo dos direitos fundamentais da igualdade e da autonomia sexual ou reprodutiva da mulher, de modo a acautelar a integridade física e psíquica no exercício de sua capacidade de escolha. Essa postura visa minimizar os casos de óbito e lesões graves daquelas mulheres carentes com acesso somente ao sistema público de saúde. Em contrapartida, ao invés de criminalizar a conduta, cabe ao Estado propiciar a educação sexual, o acesso a instrumentos de contracepção e resguardar o

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza**, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

Disponível em: <<https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>>. Acesso em 28 mar. 2021.

⁸⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigos 101, 102, 103, 103 e 103-A. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

exercício da maternidade. Ademais, essa conduta é lícita em quase todos os países democráticos desenvolvidos.

Nesse caso, embora sem efeito “erga omnes”, a partir da incorporação de direitos fundamentais, o espaço tradicional de legislador negativo em sua conotação principiológica é ampliado pela supremacia das normas constitucionais, pela vinculação de poder legiferante a estes direitos humanos e ainda pelo afastamento de certas opções do espaço político, preservando um ambiente de segurança democrática. Há uma carga valorativa de complexidade prática e teórica, sendo que a postura deliberada de ocupação de espaço não convencional em situações extremas com interpretações interativas é imprescindível para normatizar determinados avanços sociais (SILVA, 2001. p. 554-559 e CARVALHO, 2011. p. 1148-1157).

A reconstrução ou releitura das normas constitucionais trata-se de um exercício saudável entre a lei e o caso concreto. As razões dessa função típica residem na base sólida de que a norma somente adquire seu sentido de fato na medida em que é interpretada à luz do caso concreto e da legislação de incidência.

O plano de costumes, qualificado como valores sociais, está sendo reexaminado no desenvolvimento argumentativo para a fixação de novos paradigmas éticos e morais, com a adoção de técnicas interpretativas ampliativas sem detrimento dos direitos fundamentais relevantes e principiológicos do Estado Democrático de Direito.

O espaço de liberdade que emerge dessa matéria, com apelo a tolerância e respeito, dada a extensão dos debates como nunca antes vista, viabiliza a garantia do princípio da pluralidade para que especialistas multidisciplinares apresentem argumentos sobre as mais diversas posições. Procura-se, assim, tornar proveitoso o diálogo entre os interlocutores para subsidiar a construção da regra pautada no conhecimento das várias teses a partir das quais divergências são apresentadas de forma explícita, clara e congruente.

Relevante é desmistificar que a judicialização, em se tratando de descriminalização do aborto, seja uma ingerência institucional. Contramajoritária é a circunstância de a função judicial invalidar, com fundamento nos valores constitucionais em favor da democracia, os atos emanados da função política majoritária legislativa. Por não se aliar a nenhuma coalizão majoritária, a atuação ativista é a exceção, e não há enfraquecimento do Poder Legislativo. Pelo contrário, o Poder Judiciário o fortalece e

tem uma postura de preservação das normas vigentes (POGREBINSCHI, 2011, pp. 60, 105, 161; BARROSO, 2012, pp. 14-17).

O STF, pelo sistema difuso ou incidental, na emblemática decisão proferida no “Habeas Corpus” nº 124306/2017⁸⁸, que vem balizando diversas decisões, assim se pronunciou:

“Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal — que tipificam o crime de aborto — para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de

88 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 124306/RJ. Ministro Relator: Marco Aurélio. Primeira Turma. Julgamento em 09 de agosto de 2016. Publicação em 17 de março de 2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur364766/false>>. Acesso em 28 mar. 2021.

duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus”.

Esse posicionamento vem reforçar a necessidade de efetivação de políticas públicas de saúde menos repressivas; muito antes, pelo contrário, de maior aconselhamento adequado de apoio às gestantes e à família. Embora a tradição judaico-cristã condene o aborto, é possível uma harmonia entre a posição contrária ao aborto e a descriminalização dessa conduta eletiva, quando realizada até a décima segunda semana de gestação⁸⁹.

Considerações Finais

O supraprincípio da dignidade da pessoa humana, no direito pátrio e comparado, privilegia o direito à vida do nascituro e a liberdade sexual e reprodutiva da mulher. Esses preceitos não são absolutos, e assim devem ser interpretados de forma conjugada, uma vez que entre eles não há hierarquia. Em caso de conflito, deve-se privilegiar a sua relativização como vetor da máxima observância dos direitos envolvidos, conjugando-os com mínima restrição em sentido “pro societate”. As normas constitucionais, explícitas e implícitas, consubstanciam valores da sociedade e orientam as ações dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, vedando a edição de atos tendentes a aboli-los.

89 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5581/DF. Ministra Relatora: Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgamento em 04 de maio de 2020. Publicação em 05 de novembro de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur364766/false>>. Acesso em 28 mar. 2021.

O ordenamento jurídico adota a teoria nativista, já que a pessoa natural é dotada de personalidade jurídica capaz de ser titular de direitos e de contrair obrigações, salvaguardados os direitos do nascituro desde a concepção, e por consequência repele o aborto.

A interrupção do processo vital é tema complexo e deve ser examinado sob vários aspectos, entre outros, jurídicos, de saúde, sociais, éticos e morais. Se por um prisma a maioria da população brasileira adota os preceitos judaico-cristãos notadamente avessos ao aborto, pelo ponto de vista de utilização de procedimentos alheios ao sistema de saúde formal há métodos inseguros que propiciam a automutilação, lesões graves e óbitos de mulheres.

O ordenamento jurídico criminaliza o aborto provocado pela gestante ou por terceiros, excepcionando expressamente aqueles necessários para seu salvamento, humanitários nos casos resultantes de estupro ou a antecipação do parto no caso de feto anencefálico.

Há projetos de lei em tramitação acrescentando entre as condutas atípicas a hipótese em que a mulher não se mostra psicologicamente apta à continuidade da gravidez no primeiro trimestre, e ainda pela sua legalização. De modo diverso, outras tantas proposições criminalizam o aborto desde a concepção, ou seja, em qualquer estágio de gestação, inclusive equiparando o nascituro à pessoa natural para todos os efeitos legais, amparando-o como ser humano em sua forma incipiente.

Dada a relevância da questão, com base na liberdade sexual e na integridade psíquica e física da mulher, em sede incidental, a jurisprudência fixou o entendimento de afastar a tipificação penal da interrupção eletiva da gestação no primeiro trimestre para que esta seja efetivada de modo seguro nos moldes adotados em vários países desenvolvidos no mundo.

No plano de costumes em referência, verifica-se a complexa controvérsia sobre a questão e a diversidade de entendimentos entre a posição majoritária conservadora perfilada pelo ordenamento jurídico positivado e a atitude incipiente protetiva contramajoritária adotada em sentido iluminista e diametralmente oposta.

Essa incompatibilidade de ideias entre os poderes estatais instituídos é o cerne da problemática do movimento do ideal de paz e harmonia sobre o tema, fazendo-se necessária uma ampla discussão da matéria no seio da sociedade. Indispensável é a participação em audiências públicas com as comunidades organizadas, acadêmicas e

jurídicas com o escopo de consolidar os valores da sociedade brasileira, pois o tema relaciona-se com princípios fundamentais, questões de ética, moral e saúde pública. A dialética, como debate entre interlocutores comprometidos com a democracia, é imprescindível na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo. os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **A judicialização da vida e o papel do supremo tribunal federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (e-pub).

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal. parte 2. dos crimes contra a pessoa**. 12. ed. São Paulo: Saraiva.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRITO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro:Forense, 2003.

BULOS, Uadi Lammego. **Constituição federal anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002..

CARVALHO. Kildare Gonçalves. **Direito constitucional. teoria do estado e da constituição. direito constitucional positivo**. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria geral do direito civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2000.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Direito penal. parte geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021a. (e-pub)

_____. **Direito penal. parte especial**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021b. (e-pub)

GAGLIANO. Pablo Stolze. e PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Novo código de direito civil. parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Introdução ao estudo do direito. teoria geral do direito. didática diferenciada**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 1 v. (Sinopses Jurídicas) (e-pub).

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Luis Fernando Pires. **Noções elementares da legística**. 2. ed. Série Ciência da Legislação v. 1. Brasília: Editora, 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019. (e-pub).

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação? Política, direito de democracia no brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 216.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do direito civil. teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2020. v 1. (e-pub)

ABOLICIONISMO PENAL: PRISÕES ANACRÔNICAS E A POSSIBILIDADE DO SEU ANIQUILAMENTO

CALEBE ARAÚJO DE FREITAS: Bacharelando
em Direito pelo Centro Universitário Santo
Agostinho-UNIFSA

ERYANNE MARIA DA CONCEIÇÃO DIAS ⁹⁰

(coautora)

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL ⁹¹

(orientador)

RESUMO: A problemática apresentada na obra objetiva trazer ao leitor uma desconstrução sobre a criminalidade e uma evolução das ideologias quando o assunto for aprisionamento, sendo ela em caráter massivo, seletivo, autoritário e preconceituoso. Por essa razão, a questão norteadora versa sobre o seguinte ponto: com base no sistema penitenciário anacrônico brasileiro, o abolicionismo penal é a solução para o seu aniquilamento? Nesse sentido, a obra tem como objetivo central a análise das deficiências do atual sistema penitenciário brasileiro (histórico, político e socialmente), para demonstrar que o abolicionismo penal poderá ser a melhor solução para o desprazer do direito penal. Outrossim, traz a importância de discutir o assunto que merece esclarecimento e um enorme debate no âmbito jurídico, para que, futuramente, a proposta seja eficiente ao combate das mazelas do passado. Ademais, a obra tem como método de pesquisa a abordagem de cunho misto (ou qualitativo), onde se apresenta os dados e ideias, havendo demonstração de que se houver a utilização das alternativas abolicionistas, pode-se chegar um resultado melhor do que o do atual sistema.

Palavras-chave: abolicionismo, penal, desencarceramento, prisões, superlotação.

⁹⁰ Acadêmica do 9º período da Graduação em Direito, pelo Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

⁹¹ Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília, professor de direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

ABSTRACT: The issue presented in the work aims to bring to the reader a deconstruction of criminality and an evolution of ideologies when it is about imprisonment, which has been massive, selective, authoritarian and prejudiced. For this reason, the guiding question deals with the following point: based on the anachronistic Brazilian Penitentiary System, is penal abolitionism the solution to its annihilation? In this meaning, the work has as its main objective the analysis of the deficiencies of the current Brazilian Penitentiary System (historical, political and socially), to demonstrate that penal abolitionism could be the best solution to the displeasure of penal law. Furthermore, it brings the importance of discussing the subject that deserves clarification and an enormous debate in the legal field, so that, in the future, the proposal could be efficient combating the ills of the past. Furthermore, the work has as a research method the mixed approach (or quali-quantitative), where data and ideas are presented, demonstrating that if there is the use of abolitionist alternatives, a better result can be achieved than that of the current system.

Keywords: abolitionism, penal, extrication, prisons, overcrowding.

Sumário: 1 Introdução – 2 Conceito sobre o abolicionismo penal – 3 Pena de prisão como alternativa menos dolorosa – 4 “Utopia” abolicionista – 5 Fator não ressocializante da justiça penal – 6 Brasil e seus números: 6.1 O sistema prisional brasileiro; 6.2 Presos provisórios; 6.3 Superlotação prisional; 6.4 Reincidência prisional; 6.5 Lei 11.343/06: traficante ou usuário? – 7 Seletividade penal – 8 Passos para evolução – 9 Conclusão – Referências

1 INTRODUÇÃO

Diante da análise do atual sistema carcerário brasileiro cumpre-se demonstrar a fatídica situação a qual se encontra o Brasil, como possui a cultura do encarceramento em massa, preocupa-se apenas em aprisionar, fazendo-o de forma errônea. Assim, o Estado falha em aumentar cada vez mais o número de presos, partindo da ideia de que a prisão é o meio mais eficiente para resolução dos conflitos. Todavia, cumpre-se discordar, afirmando que tal medida é a causa do problema, dado o aumento excessivo dos presidiários, o aprisionamento seletivo, a ineficácia da proposta ressocializadora, as condições deploráveis nas quais os presos estão submetidos, em síntese, o descaso do Governo diante da problemática. Nesse contexto, é cabível propor como medida eficiente para resolução desses conflitos, bem como solucionar o caos enraizado do sistema penitenciário brasileiro, o abolicionismo penal.

Dessa maneira, busca-se coibir as deficiências do sistema carcerário, como também propor meios eficientes para amenizar o caos ao qual se encontra, tendo em vista as melhorias no bojo social, econômico, cultural e político, dado que a teoria abolicionista se propõe a extinguir radicalmente o sistema carcerário, assim, notadamente a modificação no seio social em geral.

Tem-se por base a maneira como se conduz a situação caótica por parte do Estado, já que ao aprisionar em grande escala apenas contribui para ineficácia do sistema, pois não há ressocialização e reabilitação, o que pode ser devidamente comprovado pelas taxas de reincidência, assim, essa crise no sistema carcerário está intrinsecamente ligada a base política e judiciária do Brasil, pois, de um lado se reforça a ideia do mal aprisionamento e do outro a maneira demasiada de punir, tendo a prisão como saída eficaz para a resolução dos conflitos.

Nessa via, a pesquisa em questão propõe como parte mais relevante, a explicação dos métodos que devem ser usados na aplicabilidade do abolicionismo penal para se reconstruir a vida daqueles que provocaram os crimes e os que sofreram com os seus atos, demonstrar que a sociedade não depende de penitenciárias para promoção de segurança e gerenciamento da ordem social, que o sistema penitenciário não funciona como o esperado, em circunstância da necessidade equivocada de punir, bem como pela problematização da posição da vítima, no entorno da persecução penal. Sendo ainda, um enorme desperdício de dinheiro e de vidas, além do mais, se torna uma solução injusta ao combate de problemas sociais como as drogas, violência doméstica, crimes contra o patrimônio etc.

Portanto, o estudo analisou as deficiências do atual sistema penitenciário brasileiro num viés histórico, político e social, como também houve estrita preocupação em demonstrar que o abolicionismo penal poderia ser a melhor solução para as mazelas do direito penal bem como, o sistema carcerário.

2 CONCEITO SOBRE O ABOLICIONISMO PENAL

Em síntese admite-se que a teoria abolicionista está relacionada basicamente ao negacionismo da legitimidade da pena, de certa forma condiz na ideia de descriminalização e retirada de algumas condutas das leis penais, isentando-as de culpa, como também na despenalização, a qual é entendida como a extinção da pena para certas condutas. O Abolicionismo Penal é entendido como um conjunto de teorias que defendem o fim do sistema prisional, tendo em vista o fato de ser considerado um sistema bruto, nocivo, cruel e desnecessário dado à falsa tática de que o castigo físico

colocará o ser humano em posição de ascensão, de maneira a arrepender-se do ato infracional cometido.

É em face do encarceramento irracional proveniente da irreal convicção de que a penalidade importará como fator ressocializante que se perfaz a teoria abolicionista, assim, esta traduz a noção de extinguir radicalmente o aparato carcerário, logo bem posiciona Lucas Villa (2018) quando afirma que os abolicionistas além de promoverem a mais extrema crítica da legitimidade do sistema penal ainda propõem a transformação radical, ou seja, a abolição do aparelho carcerário e sua substituição por estratégias reflexivas e integradoras capazes de lidar com a situação problema a que se denominam os crimes, quando pensados fora da lógica de castigo. A proposta abolicionista não se resume apenas na abolição em si, mas sim na substituição do atual sistema carcerário por medidas de conciliação e reparação dos danos causados pela situação conflitante, não mais denominada como crime aqui nessa ceara abolicionista.

No entanto, tem-se o abolicionismo penal como uma nova visão do ilícito penal e consequentemente alterações na maneira de pensar e agir perante o conflito, de tal forma que na lógica abolicionista haverá mudanças na nomenclatura de crime, ou seja, uma rejeição em relação ao vocabulário atual, já que este pertence ao sistema punitivo e reforça a ideia estigmatizadora e discriminatória atrelada ao ineficaz aparato judiciário. Segundo Edson Paseti (2006) o abolicionismo penal é uma prática libertária interessada em acabar com a cultura punitiva de vingança do ressentimento, do julgamento e da prisão. Essa teoria está atrelada a um estilo de vida, pois propõe mudanças não só condizentes a extinção do sistema carcerário, como também em relação ao individual e coletivo que participa ou assiste a situação problema aqui denominada, além disso, ver-se essa alteração na linguagem como meio propício para extinguir as separações advindas do atual aparato punitivo, já que este divide as pessoas entre boas e más quando emprega uma pena.

Na mesma linha de raciocínio, determinam Estefan e Gonçalves (2020) que existem vários matizes abolicionistas, mas um ponto comum está na superação da atuação punitiva, na qual tem como elemento principal a eliminação do "criminoso" do convívio social por meio da pena de prisão. Acredita-se que esse meio de punição deverá ser substituído por outros instrumentos alternativos como a descriminalização e a despenalização, assim como por modelos conciliatórios, terapêuticos, indenizatórios e pedagógicos a fim de solucionar conflitos sem que se tenha a interferência do atual sistema de punição.

3 PENA DE PRISÃO COMO ALTERNATIVA MENOS DOLOROSA

Em uma falsa percepção atinente ao histórico da pena de prisão e suas evoluções, ver-se que o seu surgimento está atrelado a existência de uma alternativa, de certa forma, revolucionária, com um aspecto humanizador, tendo em vista o fato de que aprisionar seria bem mais convincente do que se ater as práticas cruéis das penas corpóreas, sejam elas de decapitação, pena de morte, tortura etc. Ocorre que, uma alternativa que propõe a interferência na liberdade de um indivíduo, lhe submetendo a um ambiente degradante não é, de fato, a mais adequada saída.

Em relação à necessidade de punir, fala-se em aspectos individuais e minuciosos, quando diante de uma situação conflituosa, aspectos esses que unem um todo e tencionam a conduzir o indivíduo a um único pensamento, seja ele o de punir para reparar o dano a que fora lhe causado. Sobrevém a necessidade de punir, como meio eficaz, para fortalecer o aspecto de vingança proveniente do mal ocasionado, curiosamente retribuir um mal com outro mal satisfaz o indivíduo. Nessa esteira, a pena prisão se sobressai, na tentativa de conter o conflito, mesmo que por evidentes e notórias circunstâncias o aparato punitivo constitua apenas, por si só, uma problemática. Assim, a necessidade de satisfação do mal, utilizando-se da pena de prisão torna-se bem mais relevante do que analisar se essa solução primária é, ao certo, efetiva.

Há uma série de indagações a respeito da finalidade punitiva no que tange a vontade do indivíduo lesionado perante o indivíduo lesionador, além do entorno de ineficácia da aplicação da pena de prisão perante o conflito causado, pode-se perguntar para que punir? Para que aprisionar? Ao tentar responder essas perguntas estará diante das finalidades da pena a que preleciona o Estado, bem como a ousar afirmar que as prisões não obedecem a função de ressocializar, assim como, não funcionam como mecanismo de controle social, estando estas, apenas ligadas ao ciclo paradoxal do Estado fabricando os delinquentes e impondo a necessidade de punir, perante a sociedade, no intuito de reforçar a máquina administrativa e judiciária, e utilizando-se da pena para mascarar a errônea sensação de segurança do crime perante a sociedade.

Para tanto, Lucas Villa (2020) afirma que a prisão fabrica os delinquentes, mas que os delinquentes são úteis em termos políticos e administrativos. A situação de delinquência entra em consenso com a ideia de punir, é como se a existência do aparato punitivo estivesse relacionada com as camadas sociais mais vulneráveis, desde logo, estando a prisão longe de prosperar para manter o controle social, fortalecer a noção de segurança pública ou até mesmo retribuir e prevenir o mal causado, restando

apenas a função de guarnecer a noção de delinquente diante do funcionamento do judiciário.

Tão logo, Michel Foucault (2013) informa que nos anos de 1835/1840 tornou-se nítido que não havia preocupação em reeducar os delinquentes, ou até mesmo em transformá-los em virtuosos, mas sim armazená-los em um ambiente definido, rotulado, que pudesse ser uma arma para fins econômicos e políticos, ainda reitera que a óbice não está em ensinar-lhes alguma coisa, pelo contrário, não lhes ensinar nada para garantir a segurança que nada poderão fazer ao sair da prisão. Desse modo, além da finalidade de punição para prevenção de novos delitos ou para reeducar o indivíduo delinquente, a qual é mascarada pelo Estado, notadamente há a utilização, bem como aproveitamento da prisão para alienar os indivíduos e garantir a não ressocialização.

4 “UTOPIA” ABOLICIONISTA

Estrategicamente mantém-se o olhar direcionado a situação da vítima, nesse tópico, a fim de reforçar o discurso abolicionista, pois no âmbito da solução carcerária vigente há um esforço para estabelecer a máxima proteção à pessoa prejudicada no conflito, assim cabe mencionar que a intenção de resguardar a vítima pode estar prejudicada ou até mesmo passível de questionamentos. Além do mais, a ideia de utopia abolicionista parte do princípio de acreditar que um dos atributos principais do cárcere é de que pode ser a melhor estratégia para vítima, todavia, se a devida atribuição resta afetada, é válido afirmar que a “sociedade ideal” gira em torno da abolição em si.

Uma maneira de questionar o funcionamento do sistema penal é quando este está ligado a remediar a situação problema para ambos os lados, vítima e indiciado, o que, por óbvio é um dos principais atributos atrelados ao aparato punitivo, a grande celeuma aqui é em relação a possibilidade de aplicação da pena de prisão, pois sendo está empregada a pessoa causadora do conflito, nota-se que o conflito em si não é dirimido em sua totalidade, pois há uma problematização no que tange ao amparo oferecido a vítima.

Desse modo, não há, certa resolução do problema porque o Estado toma para si a situação conflitante, de maneira a conduzir e decidir, a seu modo, de acordo com os dizeres legais, a problemática, não havendo a possibilidade de satisfação da tutela demandada pela vítima, tanto porque é criado um cenário discutível, na qual as partes perdem o direito de fala, uma vez que quem assume a resolução do conflito são os órgãos responsáveis por oportunizar o judiciário, quanto pelo fato de que a aplicação

de pena ao acusado em nada contribui para a evolução e superação da vítima após a experiência advinda da relação conflituosa.

Do mesmo modo Lucas Villa retrata:

“Todo o sistema baseia-se apenas na alocação de culpa e imposição de pena ao infrator, não se preocupando, de modo algum, com a reparação dos danos causados à vítima ou com a restauração de laços sociais rompidos”

Assim, refuta-se a seguinte indagação: Como um sistema penal poderá ser eficaz se a parte lesionada é afastada da persecução, sendo, de certa forma, deixada de lado na controvérsia? Arrisca-se afirmar que o Estado intervém no conflito e impõe a aplicação de pena apenas para reforçar a ideia de soberania, bem como a manter o ciclo paradoxal, já mencionado, a respeito da criação de delinquentes, uma vez que o suporte à pessoa prejudicada é falho e controvertido. Além da necessidade de punir pertinente do Estado e de grande parte da população, a lógica de apenas posicionar o olhar ao indivíduo lesionador só fortalece a ideia contradição do sistema penal, tendo em vista a lógica de que a resolução dos conflitos interessa as duas partes envolvidas.

Ainda é possível notar um empecilho quanto à posição da vítima ante a maneira de dirimir o conflito, estabelecida pelo judiciário, pois se tem a vitimização da pessoa prejudicada de maneira a relembrá-la repentinamente da situação que lhe causou aflição. Assim, ver-se em situações que a vítima revive, por diversas vezes, o que lhe causou tormento, como quando sofre o ato, quando expõe ao judiciário, se prestando a procedimentos investigativos, bem como, quando participa do julgamento, ao passo que essa situação vivenciada por ela apenas oportuniza ao Estado a aplicação de pena, pouco favorecendo a posição da pessoa lesionada, pelo contrário, estabelece apenas a busca ao passado e o favorecimento da reação social, já que a situação conflitante já fora exposta.

5 FATOR NÃO RESSOCIALIZANTE DA JUSTIÇA PENAL

No sistema carcerário brasileiro a pena é caracterizada pela função preventiva e retributiva, a primeira característica condiz na possibilidade de inibir a prática de novos atos ilícitos, já a segunda aduz que a finalidade da pena é promover o restabelecimento da ordem violada através da sanção penal. Ante a esses aspectos atribuídos a pena,

nota-se a utilidade da pena para promover o bom convívio social, dada essa característica da pena.

No tocante a ressocialização a que se pretende a justiça penal brasileira, com base humanitária, esta pretende dar o suporte que deve ser oferecido ao preso visando a sua reintegração a sociedade, é um amparo propiciador da reinserção do indivíduo ao corpo social, o que de fato, na situação brasileira é uma grande farsa.

Para obtenção da finalidade de ressocializar, reintegrar, bem como promoção da reinserção social a Lei de Execução Penal prevê mecanismos de assistência seja ela material, religiosa, jurídica, social, à saúde, educação, como também determina a possibilidade de trabalho. Apesar de venerável, esta Lei não satisfaz o propósito aqui lhe atribuído, observa-se tal fato pela constatação dos dados que demonstram o crescimento da criminalidade e das taxas de reincidência.

Não é plausível esperar um retorno digno a sociedade de um apenado, uma vez que o Estado não cumpre as suas funções sociais atribuídas, pois de fato nada adiantará ter-lhe destinado função no ambiente prisional, por intermédio da Lei de Execução Penal, se ao ser reintegrado a sociedade, o ex-detento não receberá oportunidades, por óbvio, se não haver colocação, assim, restará, por força dessa discrepância social, o regresso ao ambiente que originou o cometimento do delito, favorecendo a reincidência criminal.

Além disso, procura-se entender como a função ressocializadora será exercida satisfatoriamente se o indivíduo ao ser denominado como sujeito cometedor de delitos, é, por consequência, depositado como um ser irracional em um ambiente deprimente, degradante e humilhante, determinado para cumprimento de pena, como também para satisfazer as funções retributivas e preventivas buscadas pela justiça penal. Notadamente a impossibilidade de considerar a tutela ressocializadora um meio eficaz para o detento. Dessa maneira, aduz Klaus Günther (2006) que de todas justificativas da pena, a ressocialização foi a que teve naturalmente o destino mais lamentável nas últimas décadas, tal argumento apenas reitera a ideia de inexistência da tutela ressocializadora atrelada à pena de prisão.

Outro fator a ser analisado é a segregação atualmente promovida pelo ambiente carcerário, pois de fato há uma seleção individualizada da população que ocupará uma cela, pessoas geralmente vindas de classes sociais mais carentes e pessoas de grupos étnicos historicamente discriminados. Logo, esses grupos citados, estando tendentes a cometer alguma espécie de delito tipificada pelo Código Penal e

existindo a possibilidade de aplicação de pena de prisão, restarão esses indivíduos ainda mais inaptos a reintegrarem o ambiente social, já que existe o estereótipo perante esses grupos, advindos dessa segregação carcerária, ficando impossível retornar ao convívio social de maneira oportuna dada a abominação anteriormente admitida.

6 BRASIL E SEUS NÚMEROS

Conforme os dados mais verídicos e precisos, buscou-se efetuar uma subdivisão em pequenos tópicos sobre alguns dados do nacionais e estrangeiros, para que se tenha maior embasamento sobre a crítica ao sistema.

6.1 O sistema prisional brasileiro

O Brasil tinha 773.151 presos computados, conforme os dados do INFOPEN, sistema de informações estatísticas do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), sendo o levantamento organizado pelo Ministério da Justiça, fazendo referência até junho de 2019 e representa um aumento percentual de 8,6% em relação ao mesmo período de 2018. Porém, conforme os últimos dados (período de janeiro a junho de 2020), o Brasil já contava com 759.518 presos, conforme o SISDEPEN, nova plataforma de estatísticas do sistema penitenciário brasileiro que sintetiza as informações sobre os estabelecimentos penais e a população carcerária.

Se considerar o número absoluto de presos, o Brasil se mantém na 3ª posição, com 759.518, ficando atrás somente da China e dos Estados Unidos da América e à frente da Índia. Conforme, o *World Prison Brief*, faz o levantamento mundial sobre dados prisionais, os quais são realizados pela ICPR (*Institute for Crime & Justice Research*) e pela *Birkbeck University of London* e pelo Monitor da Violência com uma parceria com o Núcleo de Estudos da Violência da USP e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, publicados pela Rede Globo no portal G1.

6.2 Presos Provisórios

Pelos dados de 2019 (INFOPEN, 2019), o Brasil tinha um dos maiores números de presos provisórios (sem condenação), era um total de 268.438 presos provisórios, o que significava 34,7% da população prisional no geral, só sendo superado pela Índia. Já pelo SISDEPEN de 2020, o país tem 228.976 presos provisórios, com uma taxa de 30,15% dos presos absolutos.

Nessa perspectiva, tais dados só demonstram que o Brasil possui um judiciário lento e uma cultura de encarceramento, para aumentar a catástrofe, na maioria das vezes o preso provisório ao aguardar seu julgamento cumpre a pena de prisão antes mesmo de ser condenado, tendo uma série de direitos invadidos, mas especificamente há desacordo com o Princípio do Devido Processo Legal, disposto no art. 5º, LIV, da nossa Carta Magna, que diz:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

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:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;” (grifo nosso)

Dessa forma, o artigo supracitado garante a todos um julgamento amparado por todas as garantias constitucionais em todas as fases do processo. Para decretar a falência do judiciário, o preso provisório que não teve seu processo transitado em julgado, teve seus direitos desrespeitados, ainda, podendo ser inocente, terá que permanecer junto com presos devidamente condenados, sofrendo angústia, perigo, abandono por parte do Estado e sendo antecipadamente penalizado por uma pena da qual não deveria.

6.3 Superlotação Prisional

Uma das causas mais recorrentes capazes de demonstrar a falha no sistema carcerário é sem dúvidas a problemática da superlotação prisional. Nesse contexto, de

acordo com os dados publicados em 2019 (INFOPEN, 2019), os quais já demonstravam que existia um excedente em 38,4% ao total de vagas disponíveis no sistema penitenciário, ou seja, são 461.026 vagas para 758.676 detentos, tendo ainda 14.475 pessoas que estão detidas em delegacias de polícia. Em contrapartida, em análise aos dados mais atualizados (SISDEPEN, 2020), o Brasil conta com uma População Privada de Liberdade na faixa de 658.506 presos, com 446.738 vagas, portanto existe um déficit (superlotação de presos) de 231.768.

Assim, há quem esteja do lado do aumento no número de penitenciárias, por outro lado, há quem defenda que as pessoas submetidas a pena de prisão fazem jus a um tratamento cruel, seja ele decorrente da condição deplorável que essa superlotação prisional proporciona, todavia, frisa-se que tais argumentos apenas reforçam o aspecto excludente do sistema prisional, em contrapartida aduz como tentativa de solução, as alternativas que são articuladas no âmbito do capítulo nove.

6.4 Reincidência Prisional

Conforme Damásio de Jesus, o conceito de reincidência:

“Reincidência deriva de *recidere*, que significa recair, repetir o ato. Reincidência é, em termos comuns, repetir a prática do crime. (...) A reincidência pressupõe uma sentença condenatória transitada em julgado por prática de crime. Há reincidência somente quando o novo crime é cometido após a sentença condenatória de que não cabe mais recurso.” (JESUS, Damásio de. Direito Penal – Parte Geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1. p. 611)

Diante disso, reincidência de forma básica seria a repetição da prática do crime. O sistema penitenciário brasileiro se intitula como restaurador, o qual deveria ser uma das ideias das prisões, mas, cumprem papéis bem diferentes, portanto, como explica os dados a seguir?

O Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça e o programa Justiça Presente publicaram um relatório intitulado por: “Reentradas e reiterações Infracionais - Um olhar Sobre os Sistemas Socioeducativo e Prisional Brasileiros”, o resultado dos dados (CNJ, 2019) divulgados é que 42,5% dos presos maiores de idade que passaram pelo sistema e tiveram seus processos registrados em 2015 voltaram ao sistema prisional até dezembro de 2019. Essa taxa foi realizada com

o número de 82.063 julgamentos, ocorre que, quase metade dos indivíduos encarcerados voltou a cometer crimes. O Estado não aplica a teoria que tanto propõem nas leis e informativos, hoje o sistema penitenciário encontra-se abarrotado de presos, sem nenhum cuidado e abandonado pelo governo. Assim, tal fato ocasiona o que é comumente intitulado como "escola do crime", onde o preso dá entrada em penitenciárias pelo cometimento de crimes leves, sofre com o sistema, não recebe nenhum amparo digno e recorre pelos caminhos que já conhece, seja ele o da criminalidade.

O estado campeão com o maior índice de reincidência foi o Espírito Santo, com 75% de encarcerados reincidentes. Já no tocante ao estado de Minas Gerais, este obteve o registro de último lugar da tabela, com 9,5% de reincidentes. Porém, nessa pesquisa não foram computados os números do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Pará e Sergipe, devido a ausência de divulgação dos dados pelos Tribunais de Justiça.

Por outro lado, em relação aos adolescentes, entre 12 e 17 anos, pelo relatório, com a avaliação de 5.544 jovens, foram identificados o número de 1.327 reincidentes no sistema, isso entre 2015 e 30 de junho de 2019. Desta feita, assumindo uma taxa de 23,9% de reincidência, ainda, considerando somente quando o processo é transitado em julgado (processo chega à sua decisão final), a taxa de reincidência cai para 13,9%.

Um fato relevante da pesquisa é que a "porta de entrada" para ambos na criminalidade são os delitos de porte de arma, roubo, furto e tráfico de drogas muitas vezes enquadrado como traficante, por causa da Lei de Drogas de 2006, mas o preso, corriqueiramente, é somente um usuário, infelizmente um dependente do produto.

Segundo o CNJ, os níveis de reincidência são mais baixos com os jovens, devido ao sistema socioeducativo ser possivelmente mais eficiente na ressocialização. "Tamanha disparidade, aliás, parece ser um forte indicador de que a expansão do sistema prisional para a parcela do público atualmente alcançado pelo sistema socioeducativo pode agravar os níveis de criminalidade no país", acrescenta. (CNJ, 2019)

6.5 Lei 11.343/06: traficante ou usuário?

Após a publicação da Lei 11.343 de 2006, conhecida como Lei de Drogas, que foi publicada com o intuito de substituir as confusas leis 6.368/76 e 10.409/2002, o número de presos por tráfico aumentou radicalmente desde 2006. Em 10 anos de vigência as prisões aumentaram em 160%, isso decorre devido vários motivos, mas,

principalmente por dois, o primeiro pela fraca distinção entre usuário e traficante. Já o segundo, pela seletividade penal que será tratada capítulo seguinte.

A nova lei veio para tentar superar a antiga com a definição e diferenciação de traficante e usuário, mas, fracassou. A Lei de 2006 faz uma conceituação muito genérica e deixa a escolha ficar a cargo da polícia, o qual deverá tomar a decisão se é ou não traficante. Conforme os caputs dos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/06, que dizem, respectivamente:

“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:”; **(grifo nosso)**

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, **adquirir**, vender, expor à venda, oferecer, **ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar**, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou **fornecer drogas, ainda que gratuitamente**, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” **(grifo nosso)**

Percebe-se que os dois artigos que, em tese, fazem a diferença entre o usuário de drogas (art. 28) e o traficante (art. 33), mas, tem as mesmas palavras ou ideias, portanto, cria-se a dificuldade de distinguir quem é quem, ainda, não deveria constar no artigo, que conceitua o tráfico, o fornecimento de drogas gratuitamente, pois, isso não caracteriza o crime de tráfico, devido, a falta de envolvimento do lucro, que é a peça principal do crime. Com a falta de clareza na distinção do dispositivo, uma das consequências, que aliás, é oposta ao objetivo inicial da Lei ao criar a distinção entre os sujeitos, ocasionou o crescimento populacional dos presos, devido ao crime de tráfico.

No artigo “Nova lei de drogas: retrocesso travestido de avanço”, o Dr. Cristiano Maronna conclui brevemente escrevendo uma dura crítica a Lei 13.343/06:

“O proibicionismo triunfou novamente e talvez seja uma das raras unanimidades planetárias, da direita à esquerda, do centro à periferia, da ditadura à democracia. Nesse contexto, a nova lei de drogas representa mais do mesmo: **a opção pelo modelo**

proibicionista e sua política criminal bélica, com derramamento de sangue.” (grifo nosso) (MARONNA, Cristiano Ávila. Nova lei de drogas: retrocesso travestido de avanço. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n.167, p. 4, out. 2006.)

Ele demonstra que após a publicação a Lei das Drogas em 2006, não mudou nada em relação a Lei antiga, continuou com a característica proibicionista (criminalização por conta do Estado), não criou a separação decisiva entre usuário e traficante e não fez o mais essencial, políticas para restauração de ex-usuários, seria esse um dos motivos para as altas taxas na população carcerária e não desenvolvimento da justiça, logo, uma atitude contrária para com a ideia abolicionista.

7 SELETIVIDADE PENAL

Na lógica da cronologia da prática de crime e da posterior aplicação de pena imagina-se, por óbvio, que essa aplicação caberá a quem cometeu o delito, todavia a figura do autor é de suma importância para explicitar o processo de criminalização. Nessa via, a busca pela autoria ou a motivação da autoria de um delito externaliza os caminhos da criminalização, sendo essa criminalização primária quando o legislador define os bens a serem tutelados por meio do direito penal, ao passo que a criminalização secundária caberá aos órgãos responsáveis por oportunizar a tutela judiciária estabelecerem os indivíduos que serão submetidos a aplicação de medidas punitivas.

Diante disso, como a criminalização primária abarca boa parte da população em geral, não havendo especificidades em relação ao tipo penal e as pessoas eventualmente praticantes de delitos, a responsabilização pela escolha estereotipada de indivíduos cometedores de delitos fica a cargo dos órgãos da criminalização secundária, assim não há uma seleção pertinente no processo de criminalização, do contrário há uma seletividade baseada demasiadamente em critérios duvidosos, pois além de não haver identificação precisa de qual seja o crime e quem seja o criminoso, a tutela punitiva recai em grande maioria sobre as camadas sociais mais vulneráveis.

Alinhando a esse processo de criminalização estigmatizador também pode ser visto a criação do perfil do criminoso em redes televisivas, como em jornais, filmes, bem como nas mídias sociais, dotados de sensacionalismo, os quais criam e protagonizam o delinquente, definindo roupa, estilo musical, cor, condição financeira e maneira de se posicionar como um perfil típico de pessoa perigosa para a sociedade. Nessa base, a figura do delinquente já é construída de uma maneira tão inquestionável

que limita e vincula esses sujeitos como sendo os únicos marginais na sociedade, excluindo o fato de que essa seletividade apenas contribui para a exclusão punitiva dos estratos sociais mais baixos.

A fim de reforçar o discurso da seletividade penal a pesquisa desenvolvida pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública a pedido do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no Distrito Federal, Rio Grande do Sul, Paraíba, Tocantins, Santa Catarina e São Paulo, intitulada “Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra” denota que as pessoas de pele negra sofrem mais nos julgamentos do que as de pele branca, pois da totalidade de casos analisados, 65% das pessoas que compunha o trâmite processual eram negras, os brancos encaminhados à audiência de custódia atingem a marca de 49,4%, permanecendo presos e 41% receberam liberdade provisória com medida cautelar, já entre as pessoas negras, atingem a marca de 55,5% tendo a prisão mantida e 35,2% receberam liberdade provisória com medida cautelar. (BRASIL, 2017).

No mesmo sentido, em termos de porte de entorpecentes, os negros possuem um índice mais alto de condenações do que os brancos, ainda que detenham quantidade inferior de entorpecentes. No caso da maconha, 71% dos negros foram condenados, com apreensão mediana de 145 gramas, enquanto que entre os brancos, 64% foram condenados com apreensão mediana de 1,14 kg, sendo quase oito vezes a mais que a quantidade de pessoas negras. Ainda existe diferença quando ocorrem os casos em que a acusação é desclassificada pela Justiça sendo considerada como “porte de drogas para consumo pessoal”: 9,3% dos negros foram considerados usuários, e a mediana das apreensões nesses casos foram de 39,4 gramas. Já entre os brancos, 15,2% foram considerados usuários, com apreensão mediana de 42,8 gramas de maconha, conforme estudo. (BRASIL, 2017).

Assim, é possível admitir que o direito penal esteja voltado para a investigação e julgamento do polo mais fraco quando da análise da sociedade em geral, pois há expressiva diferenciação no tratamento designado aos grupos vulneráveis, podendo-se dizer que tal finalidade só se expressa porque na base do processo criminalizatório a “escolha” por esses grupos é bem mais corriqueira e investigar esse lado é bem menos trabalhoso, uma vez que há um direcionamento para a averiguação de crimes mais grosseiros, o qual não demandam criatividade e empenho em sua realização, e são geralmente praticados por quem não detém educação e capacidade socioeconômica, pois do contrário não se nota uma massificação quando em

investigação dos crimes tipificados pelas Lei de Lavagem de Capitais, Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária e a Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, leis estas que normalmente são conhecidas por integrarem o rol de crimes de colarinho branco.

Nessa linha de pensamento é importante analisar como a Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) se faz seletiva quando faz uma diferenciação em entre traficante e usuário de drogas, pois quando o artigo 28, § 2º da respectiva lei aduz que para determinar se a droga tinha destinação a consumo pessoal, o juiz se atentará à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais do indivíduo, bem como à conduta e aos antecedentes do agente, está definindo a seletividade, tendo em vista o fato de houve uma designação ao juiz, em tese a polícia e ao delegado de polícia identificar quem é o delinquente, todavia a problematização e o tratamento desigual já é iniciado quando da abordagem, já que o local e as circunstâncias pessoais interessam a qualificação do delito para determinar a condição de traficante ou usuário, e normalmente pessoas de baixa renda residem em comunidades, assim haverá maiores chances desses sujeitos menos favorecidos serem denominados como traficantes, uma vez que, supostamente um indivíduo economicamente favorecido não necessita traficar.

Em síntese, o sistema punitivo não incide e estigmatiza todas as pessoas cometedoras de delitos, até porque tal fato seria improvável de ser protagonizado, já que todos cometem crimes considerados simples, todavia banalizados pela sociedade, como por exemplo, a fotocópia de livros, assim como há crimes em que não há a criação da figura do indivíduo perigoso para a sociedade, como nos casos dos crimes contra a ordem pública, os quais são comumente denominados de crimes de colarinho branco, mas sim, estrategicamente recai sobre indivíduos selecionados que são enquadrados em tipos penais porque se enquadram na seletividade resultante do estereótipo bem definido que exclui as camadas sociais mais vulneráveis, não havendo assim a lógica de quem comete o crime, lhe imputado pena, do contrário depende de quem comete o crime.

8 PASSOS PARA EVOLUÇÃO

O abolicionismo penal não é um simples e isolado movimento, ele se integra ao grupo de ideias abolicionistas, que seguem os mesmos ideais. Diferentemente do que muitos pensam o abolicionismo (sua forma geral) já foi posto em prática, existem vários

casos do passado onde foram aplicados e ainda os que vão se concretizar. Hoje pode parecer confuso e ser intitulado como um discurso sem fundamentos, utópico e impossível, mas, existiram os movimentos de abolição da pena de morte, prisão perpetua, penas indeterminadas, manicômios, ainda, pode-se lembrar da mais conhecida, abolição da escravidão.

Portanto, para tentar repetir o processo de abolicionismo, que já fora implantado anteriormente por várias vezes, indica-se o uso no primeiro momento das medidas para acabar com o encarceramento em massa e consequentemente para diminuir a população prisional, até chegar ao momento de usar alternativas fora da lei penal, para que se possa lidar com conflitos nas relações cotidianas.

As alternativas terão o objetivo de desenvolver o desencarceramento, com foco na abolição penal. Devem ser ideias com o objetivo de superar o intuito do castigo nas penas, logo, que acompanhadas da função de não exigir mais punições, assim como a justiça penal, tampouco prisões como solução dos problemas da sociedade e demonstrar que a cultura do encarceramento em massa só acarreta prejuízos. Com isso, a Agenda Nacional pelo Desencarceramento em 2017 disponibilizou um documento que traz essas alternativas, no qual foi formulado por dezenas de organizações e movimentos sociais, nele são propostas 10 práticas que visam diminuir e acabar com o plano de encarceramento em massa, sendo elas:

- a) Suspensão de qualquer verba voltada para a construção de novas unidades prisionais ou de internação;
- b) Exigência de redução massiva da população prisional e das violências produzidas pela prisão;
- c) Alterações Legislativas para a máxima limitação da aplicação de prisões preventivas;
- d) Contra a criminalização do uso e do comércio de drogas;
- e) Redução máxima do sistema penal e retomada da autonomia comunitária para a resolução não-violenta de conflitos;
- f) Ampliação das Garantias da Lei Execução Penal;
- g) Ainda no âmbito da Lei Execução Penal: abertura do cárcere e criação de mecanismos de controle popular;

- h) Proibição da privatização do sistema prisional;
- i) Prevenção e Combate à Tortura;
- j) Desmilitarização das polícias e da sociedade;

Seguido somente algumas das alternativas supracitadas, já estaríamos no caminho certo para o desenvolvimento da sociedade e da ideia abolicionista, pois, conseguiríamos uma melhora no sistema prisional, que acarretaria um maior desenvolvimento na reintegração do preso, com grandes chances de não existir reincidência, causando um abalo no sistema que abastece as penitenciárias brasileiras.

Ainda, devem-se listar alguns micropassos que devem ser utilizados em conjunto das alternativas apresentadas anteriormente, são passos necessários para qualquer evolução social:

- a) Forte investimento na educação, do ensino fundamental até o superior. Levando a educação para toda área brasileira.
- b) Campanhas de conscientização social sobre justiça, desigualdade e preconceito.
- c) Por em uso a justiça restaurativa, como alternativa ao sistema penal onde existe uma maior preocupação com a restauração do convívio social.
- d) Por em uso a justiça terapêutica, como alternativa para tratamento de usuários e dependentes químicos.
- e) Uso do direito administrativo sancionador, onde existe a aplicação das penas em caráter administrativo.
- f) Alteração, do princípio da necessidade pelo princípio da oportunidade, no processo penal, para se criar a possibilidade de se evitar conflitos na justiça penal.

Como já foi apresentado nos capítulos anteriores e agora pelos pontos listados pode-se declarar claro que o processo de criminalização e o amontoamento dos presos nas prisões podem ser desfeitos, criando o início da possibilidade de existência do abolicionismo penal, pois, esse tipo de abolicionismo nunca foi posto em prática, somente cogitado.

9 CONCLUSÃO

Pode-se confirmar que seguindo a maneira de lidar com a situação conflitante, tendo por base a pena de prisão, no Brasil não será possível uma redução ou uma melhora da situação carcerária nacional. Pois, um país, o qual corrobora uma política de aprisionamento em massa, seletividade penal, leis mal elaboradas e um ambiente prisional dotado de estereótipos, notadamente, nunca poderá ter uma evolução social para que ocorra o fechamento de prisões, alto nível de reabilitação, taxas mínimas de crimes e o correto combate à criminalidade.

Por conseguinte, é possível demonstrar que seguindo as alternativas de desencarceramento apresentadas, juntamente com os micropassos estabelecidos, poderá haver uma melhora significativa na situação dos presos em sua forma absoluta (presos provisórios e encarcerados). Desenvolvendo o processo de extinção do cárcere de maneira eficaz, em longo prazo, uma vez que os ideais abolicionistas são, a princípio, inimagináveis, poderá ocorrer a hipótese de implantação do abolicionismo penal no Brasil, sendo assim, há de se chegar a um nível de evolução que fará a mudança da forma penal.

Todos esses movimentos abolicionistas eram considerados impossíveis e inimagináveis, mas todos conseguiram ser aplicados e foram aceitos por grande parte da sociedade. Como era declarada impossível a abolição da escravidão no passado, o abolicionismo penal pode parecer impossível atualmente, mas no futuro poderá ser realidade. Da mesma forma que todas as pessoas que são contrárias a crueldade lutaram, sonharam e impulsionaram os movimentos do passado, com o abolicionismo penal objetiva-se a mesma batalha. Logo, só existem dois lados, ou você é abolicionista, ou é a favor da crueldade.

REFERÊNCIAS

AUGUSTO, A. **Anarco-abolicionismo penal**: uma proposta para estancar a mentalidade punitiva. Revista PUCviva, p. 35-39, 2007. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/38916186/Acacio_Augusto_Anarco-Abolicionismo_Penal.pdf?1443448297=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3Danarco_abolicionismo_penal_uma_proposta.pdf&Expires=1603592092&Signature=OpN8T~xiT9qGI5a8pyxPrZhL4Wwsurai40xjeiOp4RNKL2VUFqMVtoR58rlN7hezICb6OXbGA2hjhsSp3EB4mnT7A6z26~LqfsUQiIDy6IjE3Y1R0xeSM9DVuQS9IueKQkmFWKwluGQ8tKMj9pj1p2zymxuZBgri~1a5VQZRqZndBXG2IJFde33XaHq9ICUpY6-vHR44OnmCP38yXK7up2d1t~P5WplqQpeFBfk77hCwxY5RV-

9UTVetdVWgnx~-

qMn~ciokudhIbBfvgrELp7dhFISkEp8~YzAfinbTqRWw6RPAHoF8mHOuEF~km8M4ckTFHKsKX0rwNC4e6WmPg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Data de acesso: 02 de out. 2020.

BRASIL. Lei Nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas** [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acessado em: 16 out. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Reentradas e reinterações infracionais:** um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros/ Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2019. 64p. Disponível em: http://www.minaspelapaz.org.br/wp-content/uploads/2020/03/NEWSLETTER_MAR%C3%87O_Panorama-das-Reentradas-no-Sistema-Socioeducativo.pdf. Acesso em: 05 out. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Audiências de Custódia:** negros e jovens são maioria. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/audiencias-de-custodia-maioria-sao-jovens/>. Acesso em: 14 out. 2020.

_____. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN):** dezembro de 2015. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2016. 87p. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2015_dezembro.pdf. Acesso em: 08 out. 2020.

_____. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN):** Atualização – junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. 65p. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf. Acesso em: 08 out. 2020.

_____. Ministério da Justiça e Segurança pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN):** Atualização – junho de 2020. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2020. 18p. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>

CHRISTIE, Nils. **Abolir le pene?** Turín: Grupo Abele, 1985.

DAVIS, Angela Y. **A democracia da Abolição**: para além do império das prisões e da tortura. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009. 160p.

_____. **Estarão as prisões obsoletas?** 1ª.ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2018. 129p.

DMITRUK, E. J. **Que é o abolicionismo penal**. Revista Jurídica da Unifil, Londrina, ano III, n. 3, p. 59-65, 2006. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/33531513/PROPOSTA_ABOLICIONISTA.pdf?1398200449=&response-content disposition=inline%3B+filename%3DQUE_E_O_ABOLICIONISMO_PENAL_WHAT_IS_TH E.pdf&Expires=1603592987&Signature=USKVrJF10Dcy-TLrVpaN~m9t414CrAGPNfiy2cSAIfpXszKwEP6TjA1tMzz3I~y8jjhYJBfu0wwLJANoIjXjyq512BkJ2BybYI5UZDsIRM04z0g7mzcRe4nk8RzyIZCdF-TSH-ETVcR12OW-pZbXL7tyUuF7jP4jmiwCVqet~N6cxnPba25w4mGh7JjKSAmrWTV2KgZMIngJvA5xsZRBbFpKvJ~R~bBdV8IkTFAhRb2hwrItPLs-Po9XckpQfO0ATRIwz6XoPGczXOxHfdzoXbMsNsy53ZZAmD49x9KDml~vtp4H5ir1ERyBCrws8T4Tgqy6lm6HzIHzaUaR8qbKg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA
Acesso em: 19 out. 2020

ESTEFAM, A.; GONÇALVES, V. E. R. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 9.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Direitos Garantias Fundamentais CNJ 2018**. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/10/FBSP_Direitos_Garantias_Fundamentais_CNJ_2018.pdf. Acesso em: 16 out. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo: 2013, p. 219

JESUS, D. de. **Direito Penal: Parte Geral**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 2013. p. 611

GÜNTHER, Klaus, **Crítica da pena I**. In: Revista Direito GV 4,v.2, n.2, p. 187-204, jul-dez, 2006, p. 197).

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010.

MARONNA, Cristiano Ávila. **Nova lei de drogas**: retrocesso travestido de avanço. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n.167, p. 4, out. 2006.

MONTEIRO, Claudia Servilha; MEZZAROBBA, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E9-book.

PASTORAL CARCERÁRIA. **AGENDA NACIONAL PELO DESENCARCERAMENTO 2017**. Disponível em: https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/11/agenda_pt_2017-1.pdf. Acesso em 23 de jan 2021.

PINSRFLTD, D. SELETIVIDADE PENAL. **Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc São Miguel do Oeste**, [S. l.], v. 5, p. e24394, 2020. Disponível em: <https://unoesc.emnuvens.com.br/apemusmo/article/view/24394>. Acesso em: 20 jan. 2021.

RUIZ, J. L. DE S.; SIMAS, F. DO N. **Nota técnica “Abolicionismo Penal” e possibilidade de uma sociedade sem prisões**. 2016. Disponível em: <http://www.cfess.org.br/arquivos/CFESS-NotaTecnica-FabioSimasJeffersonLee-AbolicionismoPenal.pdf>. Acesso em: 07 out. 2020

VILLA, L. **Gozo punitivo, gozo panóptico e abolicionismo penal**: redescrevendo a prática de enjaular seres humanos a partir da filosofia e da psicanálise. *Natureza Humana-Revista Internacional de Filosofia e Psicanálise*, v. 20, n. 1, 2018. Disponível em: <http://revistas.dwwe.com.br/index.php/NH/article/view/319>. cesso em: 27 set. 2020

_____. **Hegemonia e estratégia abolicionista**: o abolicionismo penal como negação da crueldade. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. 328p.

A IMPORTÂNCIA DA ASSESSORIA JURÍDICA CONTÍNUA NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LUCAS ALVES COSTA:

Bacharelando do curso de Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins.

FÁBIO BARBOSA CHAVES⁹²

(orientador)

RESUMO: A licitação deve desenvolver-se em estrita conformidade com o que dispõe a lei, ponto em que se demonstra a necessidade da assessoria jurídica ao longo do processo. O presente trabalho pretende demonstrar, por meio de revisão bibliográfica qualitativa, a partir de consulta a obras publicadas sobre a temática, a importância da assessoria jurídica contínua na organização e execução dos processos licitatórios da Administração Pública. Buscou-se entender como se organiza e executa os processos licitatórios e, nesse sentido, verificar as atribuições da assessoria jurídica previstas dos dispositivos legais que tratam de licitações. A presente pesquisa objetivou ainda identificar as fases e atividades a serem desenvolvidas pela assessoria jurídica com os servidores no processo licitatório, bem como apresentar as vantagens de uma assessoria jurídica contínua nas licitações. O acompanhamento do processo desde o seu termo de abertura pela assessoria jurídica até a plena execução contratual pode evitar muitos erros e tomadas de decisões equivocadas ou mal pensadas, que podem, inclusive, trazer consequências negativas após realização de auditorias. O papel da assessoria jurídica ficou ainda mais evidente e claro no texto da Lei 14.133/2021 apontado em vários dispositivos a obrigatoriedade da atuação do órgão jurídico.

Palavras-Chaves: Administração Pública; Assessoria Jurídica; Licitação.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS PRINCÍPIOS NORTADORES - 3. O MECANISMO DE CONTROLE E O SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO - 4. O PROCESSO LICITATÓRIO E A RESERVA LEGAL IMPOSITIVA - 5. A ASSESSORIA JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA - 6. A

⁹² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MINAS. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Políticas Públicas pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC/GOIÁS. Docente do Centro Universitário Católica do Tocantins – UniCatólica.

NATUREZA E VINCULAÇÃO DO PARECER JURÍDICO LICITATÓRIO - 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS - 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 INTRODUÇÃO

Por lei, a licitação é obrigatória no Brasil para todos os órgãos da Administração Pública direta e indireta, e tem como objetivo a obtenção de seu objeto nas melhores condições para a administração, e para tanto, esse objeto deverá ser convenientemente definido no edital ou no convite, a fim de que os licitantes possam atender fielmente ao desejo do Poder Público, como leciona Meirelles (2010).

De acordo com a Lei 8.666/1993, ainda em vigor e a Lei 14.133/2021, recentemente sancionada, ambas leis que orientam a Licitações e Contratos, a Administração Pública deve optar pela proposta mais vantajosa considerando o princípio constitucional da isonomia e os demais princípios básicos, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e eficiência.

A licitação deve desenvolver-se em estrita conformidade com o que dispõe a lei, pois se trata de um procedimento administrativo rigorosamente formal, onde cada ato é praticado na forma ditada pela lei, ponto em que se demonstra a necessidade da assessoria jurídica ao longo do processo.

Assim, o presente trabalho pretende demonstrar, por meio de revisão bibliográfica qualitativa, a partir de consulta a obras publicadas sobre a temática, a importância da assessoria jurídica contínua na organização e execução dos processos licitatórios da Administração Pública.

Por meio da presente pesquisa, buscou-se entender como se organiza e executa os processos licitatórios e, nesse sentido, verificar as atribuições da assessoria jurídica previstas dos dispositivos legais que tratam de licitações. A presente pesquisa objetivou ainda identificar as fases e atividades a serem desenvolvidas pela assessoria jurídica com os servidores no processo licitatório, bem como apresentar as vantagens de uma assessoria jurídica contínua nas licitações.

2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

Para Scarpino Junior e Natália Mendonça Lorenzato (2017), como atividade destacada no papel do Administrador Público, existe o planejamento, visando o desenvolvimento social e a melhoria da qualidade de vida, uma vez que a Administração Pública, enquanto gestora de bens públicos, deve cumprir e respeitar determinados preceitos legais que visam tanto o bom recebimento dos ingressos quanto a efetividade dos gastos.

Segundo os autores, com o objetivo de garantir probidade e transparência na gestão da coisa pública, a CRFB / 1988, no âmbito do seu artigo 37, apresenta normas básicas que regem a Administração Pública direta e indireta, visando a submissão do Administrador Público, em toda a sua atividade funcional, ao estrito cumprimento da lei, para que o administrador não seja dispensado, e em caso de descumprimento, disciplinar, civil e mesmo criminal (SCARPINO JUNIOR; LORENZATO, 2017).

Os princípios fundamentais que norteiam toda a atividade da administração pública encontram-se, de forma explícita ou implícita, no texto da Constituição de 1988. Muitas leis mencionam ou enumeram princípios administrativos. Em muitos casos, eles são meras cópias ou desenvolvimentos de princípios constitucionais expressos; em outras, são implicações lógicas das disposições constitucionais quanto à atuação dos órgãos, entidades e agentes da administração.

Os princípios são obrigatórios pela Administração, pois de acordo com a Constituição, a Administração obedecerá aos princípios mencionados. Assim, não é faculdade do agente público em toda a sua atividade guiar-se por princípios administrativos, mas, sim, um dever. Dentre os princípios norteadores da atividade administrativa, aqueles expressos no caput do art. 37 da Constituição da República: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficácia (esta última acrescentada pela EC 19/1998).

A Constituição de 1988 dispõe, no inciso II de seu art. 5, a formulação mais geral do princípio da legalidade: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer outra coisa senão nos termos da lei”. Para Alexandrino (2016), a legalidade traduz a noção de que a administração pública só deve agir quando existe uma lei que a determina ou autoriza. Enquanto os particulares estão autorizados a fazer qualquer coisa que a lei não proíba. Estabelece que toda atividade administrativa só é considerada autêntica se permitida por lei.

Para Di Pietro (2010), a ideia de impessoalidade engloba a de imparcialidade, referindo-se à mesma definição da necessidade de ações e tomadas de decisão desinteressadas, imparciais e objetivamente orientadas. A imparcialidade diz respeito à forma como a Administração se relaciona com os indivíduos na forma como compõe os interesses que se inserem no seu contexto decisório.

Embora individual em relação à cultura de cada grupo social, pode variar de acordo com a região, exigindo do agente público ampla conduta ao disposto na Lei, mas também moderada nos princípios éticos de boa-fé, razoabilidade, proporcionalidade e probidade (BRUNO, 2013).

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2010), o princípio da moralidade exige que o administrador público não prescinda dos preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não apenas averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.

A publicidade é dever de transparência da Administração Pública. A atuação da Administração Pública deve ser transparente. Essa é a regra. A publicidade não é um elemento formativo do ato; é um requisito de eficácia e moralidade. Com efeito, a publicidade é condição para a eficácia do ato, uma vez que só poderá produzir efeitos se houver divulgação 19 por parte do órgão oficial, quando a lei assim o exigir.

Eficiência é um atributo que faz com que o agente público alcance resultados positivos, garantindo à sociedade o cumprimento real dos desígnios necessários, como saúde, qualidade de vida, educação, etc. 20 Inclui um esforço incansável por parte do agente público para que há um melhor resultado e benefício dos atos por ele praticados. Requer também maior organização da Administração Pública em conformidade com modernos padrões de gestão (FARIA, 2015).

Portanto, os referidos preceitos que devem ser considerados durante a gestão dos recursos públicos, servindo não apenas como norteador para a elaboração de novas normas e também para a condução dos trabalhos do Administrador Público, encontram respaldo e origem na Constituição da Federação República do Brasil, 1988.

3 OS MECANISMOS DE CONTROLE E O SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO

O papel do Assessor Jurídico é, senão outro, mediar a vontade da sociedade, conduzida na atuação de seus representantes, a vontade democrática e a lei, entendendo a política pública a ser implementada e buscando estabelecer os mecanismos que permitir a realização deste estado de vontade.

Manifestando-se por meio de opiniões, o Assessor Jurídico não pratica ato decisório, emitindo atos de natureza apenas de opinião, embora, como se verá a seguir, alguns atos de opinião tenham força vinculante, conforme ensina Hely Lopes Meirelles (2010) ao definir que os pareceres administrativos são "declarações de órgãos técnicos sobre os assuntos submetidos à sua apreciação".

Segundo Meirelles (2010), a opinião é exclusivamente opinativa, não vinculando a autoridade a quem atua como consultor ou os indivíduos "às suas motivações ou conclusões, salvo se aprovado em ato posterior. Complementa o raciocínio ao acrescentar que o ato administrativo, em si, é o ato que aprova o parecer, e este, pode se apresentar sob a forma de ato normativo, ordinário, negociador ou punitivo.

A doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 387), é no mesmo sentido. Na visão do jurista, as opiniões são atos de administração consultiva e são aquelas que “visam informar, elucidar, sugerir medidas administrativas a serem estabelecidas em atos de administração ativa”. Mas nem sempre o órgão jurídico é chamado a emitir parecer por ato de vontade da autoridade competente.

Em algumas situações previstas em lei, a regularidade do ato que será (ou deveria ser) desencadeado, ficará dependente de análise jurídica prévia. Nestes casos, o encaminhamento ao setor jurídico deixa de ser mera consulta para passar a fazer parte do devido processo legal (DI PIETRO, 2011).

A Lei 14.133, de 1º de abril de 2021, que trata da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, no caput do artigo 52, estabelece que “ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoria jurídica da Administração, que fará o controle prévio da legalidade por meio da análise jurídica da contratação. Também sujeitos à análise de pareceres jurídicos, conforme estipulado no § 4º do art. 52, os processos de “contratação direta, convênios, termos de cooperação, convênios, reajustes, adesões a atas de registro de preços, demais instrumentos similares e seus termos aditivos.”

No entanto, em consonância com o § 5º do art. 52 da citada Lei, é permitido que a autoridade máxima competente dispensa a análise jurídica em razão de baixo valor, baixa complexidade de contratação, entrega imediata do bem ou utilização de minutos padronizados.

Vale ressaltar que a nova lei de licitações, de acordo com seu artigo 52, não exige apenas a apreciação do edital e dos documentos a ele anexos. Passa a exigir, expressamente, a avaliação de todo o processo licitatório, depois a revisão jurídica de todos os atos praticados na fase preparatória.

Dessa forma, essa nova percepção aproxima a assessoria jurídica de um órgão de controle interno ou auditoria, pois os advogados terão que analisar a veracidade dos procedimentos dos agentes administrativos que atuaram no decorrer de todo o processo.

Parece que terão que analisar se os documentos de estudo técnico preliminar e de termo de referência contêm as informações exigidas pela nova lei, se o orçamento foi elaborado de acordo com os critérios estabelecidos, se o objeto da licitação não qualifica-se como um item de luxo etc.

Por fim, o parágrafo 6º do artigo 52 da nova lei de licitações traz novidades extremamente relevantes, pois qualifica a culpabilidade do advogado público, que só pode ser responsabilizado pela emissão de parecer em casos de fraude ou fraude, na direção do que já aparece do artigo 184 do Código de Processo Civil.

Nessa perspectiva, a responsabilização dos advogados públicos difere dos requisitos de responsabilização dos demais agentes públicos, previstos no artigo 28 da Lei de Introdução às Regras do Direito Brasileiro, dependendo da dolo ou culpa grave. A diferença é que, ressalta-se, com a nova lei, o advogado não pode ser responsabilizado por culpa grave, apenas por fraude ou fraude, aplicando-se-lhes a mesma diretriz de culpa que se aplica aos magistrados, prevista no inciso I do artigo 143 do o Código de Processo Civil.

Diante disso, a nova Lei prevê que as autoridades de aplicação da ordem pública poderão defender, na esfera administrativa, de controle ou judicial, as autoridades competentes e os servidores públicos que tenham participado dos processos relativos a licitações e contratos em razão de ato praticado com estrita observância, orientação constante na assessoria jurídica. A regra é válida mesmo quando o agente público deixa de ocupar o cargo, no cargo ou função em que praticou o ato questionado (art. 10, §2º).

4 O PROCESSO LICITATÓRIO E A RESERVA LEGAL IMPOSITIVA

A lei geral de licitações, 8.666 / 1993, dispõe, em seu art. 38, parágrafo único, o seguinte: "As minutas de editais de licitação, bem como as de contratos, acordos, convênios ou reajustes deverão ser previamente apreciados e aprovados pelos assessores jurídicos da Administração". A exigência também deve ser atendida no procedimento licitatório do Leilão, em suas duas modalidades, presencial e eletrônico, por aplicação subsidiária da Lei nº 8.666 / 93, o que pode ser verificado pelo disposto no art. 9º da Lei nº 10.520 / 02. Verifica-se que o Assessor Jurídico se manifestou com maior força de intervenção.

Note-se, de forma clara e adequada, que a norma confere uma atribuição inusitada à intervenção do Consultor Jurídico. Não só obriga o gestor a submeter previamente à sua assessoria jurídica as atas de que trata o dispositivo em tela, mas também lhe confere competência para aprová-las. Significa, ao contrário, sentir que também deu a ele autoridade para desaprová-los.

Assim, não parece haver dúvida sobre o caráter vinculante dessa manifestação, uma vez que o legislador não teria exigido a mera audiência conclusiva do jurista. Ele também quer, e principalmente, seu "acordo" (avisos de acordo com). É mais um mecanismo de controle prévio da legalidade (CHAVES, 2011)

A princípio, não seria redundante lembrar que o consultor jurídico exerce advocacia. E se for assim, é com esse espírito que o assunto deve ser estudado. A Carta Magna de 1988, em seu art. 133 defende que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável pelos seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

O Estatuto da OAB, no art. 32, destaca que o advogado é responsável pelos atos que, em seu exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. O parágrafo único do artigo 32 do Estatuto da Ordem dispõe que “em caso de litígio temerário, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que esteja associado a ele para prejudicar a parte contrária, o que será determinado em sua própria ação”.

Conclui-se que, apesar de ter certas garantias, o advogado será responsável por seus atos, mas somente quando agir com dolo ou culpa. A culpa é classificada como culpa *stricto sensu*, também chamada de culpa aquiliana e culpa lato sensu, mais conhecida como intenção. Esta se configura quando o resultado prejudicial é alcançado voluntariamente pelo agente e os efeitos de seu comportamento são deliberadamente buscados por ele (CHAVES, 2011).

A culpa *stricto sensu* é caracterizada pela negligência do autor do dano, incluindo imprudência e imperícia, implicando o abandono do dever de cuidado ou a adoção de medidas capazes de evitar certos fatos considerados ilícitos. No caso de serviços profissionais como o advogado, geralmente, a culpa em sentido estrito configura-se nos casos de imperícia e imprudência, conforme elucidado por Chaves (2011).

A primeira é a falta de aptidão para o desempenho de uma atividade em que o conhecimento técnico é essencial para seu exercício; a segunda está ligada à falta de cuidado no desempenho da profissão. No caso dos serviços jurídicos, conforme lição de Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes (2012), a imperícia e a negligência, no caso dos serviços jurídicos, caracterizam-se: “Apenas pela constatação de erro grave e indesculpável.

Isso porque a natureza de suas atividades, bem como a inviolabilidade funcional prevista no artigo 133 da Constituição, impõem um regime diferenciado às suas funções essenciais, permitindo o exercício funcional com independência nas escolhas das teses, estratégias, argumentos, precedentes, recursos a serem usados. Portanto, mesmo que a escolha não seja bem-sucedida, esse fato não acarreta sua responsabilidade por simples erro.

Neste ínterim, ao examinar o Mandado de Segurança 24.073/02, do Supremo Tribunal Federal - STF, no qual o Tribunal de Contas da União pretendia manter a responsabilidade do Assessor Jurídico junto ao administrador por contratação, sem licitação, considerada ilegal. Neste caso, o Relator, Ministro Carlos Veloso, defendeu a posição de que a lei não é uma ciência exata e que implica em interpretações.

Observa-se que, para o ministro relator do Mandado de Segurança 24.073/02, são comuns interpretações divergentes de determinado texto da lei, o que invariavelmente ocorre na Justiça. Portanto, para que a responsabilidade do advogado que se pronunciou sobre determinada questão de direito fosse lícita, seria necessário demonstrar que o profissional trabalhou com culpa, em sentido amplo, ou que cometeu ato grave e indesculpável erro.

Em suma, na advocacia, apenas o profissional responde, o que inclui o advogado público, quando este age com negligência ou imperícia, causando erro grave e indesculpável. E com isso, o árbitro ficará isento de responsabilidade na defesa de uma tese aceitável, baseada em uma lição de doutrina e jurisprudência.

Para o TCU, no Acórdão 2060/2007, Plenário, o parecer jurídico e técnico não vincula o gestor, que tem a obrigação de examinar a correção dos pareceres, até mesmo para corrigir eventuais disfunções na administração e, portanto, não descarta, em si apenas, sua responsabilidade por atos considerados irregulares pelo Tribunal de Contas da União.

Segundo Marçal Justen Filho (2010), ao examinar e aprovar os atos licitatórios, a assessoria jurídica assume responsabilidade individual solidária pelo que foi realizado. Por outras palavras, a afirmação sobre a validade do aviso e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos atos.

Assim, o prévio exame jurídico de editais e minutas de instrumentos contratuais não pode e não deve ser entendido e tratado como mera formalidade, cumprida apenas para efeito de cumprimento das determinações legais e que se caracterizará por aposição de mero visto de procurador nos instrumentos enviados (JUSTEN FILHO, 2010).

5 A ASSESSORIA JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

Segundo Chaves (2011), o assessor jurídico é sempre instado a exprimir-se em processos administrativos, ou em reuniões de gestão, na qualidade de consultor, a opinar sobre a legalidade das ações que a Administração pretende realizar. Com base em suas considerações, escritas ou verbais, o gestor toma a decisão de fazer ou parar de fazer algo, de acordo com as orientações oferecidas.

Para Chaves (2011), praticamente nenhum passo é dado na Administração Pública sem antes ouvir a Assessoria Jurídica. Portanto, a função de assessoria jurídica é claramente preventiva e orientativa por natureza.

Por meio de sua atuação, a assessoria jurídica, antecipando-se aos efeitos jurídicos das ações administrativas que lhe são encaminhadas, busca, em última instância, evitar vícios jurídicos que possam causar a nulidade dos atos administrativos que lhes sejam submetidos à apreciação, ou mesmo apresentar os meios juridicamente adequados para que o Gestor Público adote as medidas corretas para atender à necessidade coletiva (FURTADO, 2007)

Segundo os autores Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti (2017), ao receber as minutas de editais e contratos e seus aditamentos, antes de devolver o processo para *due diligence* ou complementação, devem buscar saber junto aos setores técnicos mais detalhes sobre a lacuna ou impropriedade percebida.

Assim, a assessoria jurídica deve orientar os funcionários na instrução do processo desde o início, de acordo com suas convicções técnicas e estar aberta para revisá-los em casos extraordinários. A princípio, poderia se imaginar que, devido ao excesso de trabalho que um setor jurídico concentra, o *modus operandi* ora defendido traria uma carga maior de tarefas; que colocar os servidores em seu escritório roubaria um tempo precioso de análise do processo. Na verdade, a tendência é que ocorra o contrário (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2017)

Na medida em que os setores técnicos utilizam a orientação do Departamento Jurídico, os processos devem passar a ser encaminhados em condições de aprovação. Portanto, um processo de aquisição, que normalmente precisaria ir e vir algumas vezes para acertar os detalhes, ocorreria apenas uma vez. Portanto, a Assessoria Jurídica desempenha um papel extremamente relevante neste contexto. Não deve ser confundido com um órgão de controle, embora, até certo ponto, seja. Se sua função primária é preventiva, deve atuar de forma orientadora (LIMA; SILVA, 2019).

Percebe-se no texto da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que o controle é necessário, mas será feito por meio de mecanismos de governança. Uma lógica que já vinha sendo utilizada em nível infralegal e restrita ao espaço dos órgãos e entidades de controle do Executivo federal e dos poderes legislativo e judiciário (BRASIL, 2021).

Observa-se que a nova Lei implementa mecanismos de liderança, estratégia e controle em todos os poderes e entidades por meio do envolvimento da alta administração nas decisões (art. 11, parágrafo único), ampliando a necessidade de

planejamento anual de contratações (art. 174, §2º, I), do reforço à importância de estudos técnicos preliminares para definição das soluções a serem contratadas (art. 18, §1º), da necessidade de gerenciamento de riscos por meio de matrizes específicas (arts. 22 e 103).

Essa visão mais estratégica promovida pela Lei 14.133 reforça ainda mais e deixa mais evidenciada a importância e necessidade da atuação da assessoria jurídica nos processos licitatórios (Art. 7, §2º e §3º, art. 19), inclusive responsabilidades (art. 10), continuidade nas etapas do procedimento (art. 53; art. 72, III) até mesmo após a contratação auxiliando na fiscalização dos contratos (art. 117, §3º) e na tomada de decisões quanto a recursos (art. 168, parágrafo único) e de controle (art. 169, II).

6 A NATUREZA E VINCULAÇÃO DO PARECER JURÍDICO LICITATÓRIO

Analisando mais precisamente sobre a obrigação ou não imposta por lei ao administrador de proceder à consulta, Di Pietro (2011), observa que o parecer pode ser apresentado em três tipos: Parecer facultativo, quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não vincular quem o solicitou. Se foi indicada como fundamento da decisão, fará parte dela, pois corresponde à própria motivação do ato. O parecer é obrigatório quando a lei o exige como condição para a prática final do ato.

O art. 42 da Lei 9.784 / 99, delimita uma variação dos conceitos de parecer "obrigatório" e "vinculante", abordando as gradações entre eles e apontando seus efeitos na esfera administrativa. O artigo 42 prevê que, quando for necessário ouvir um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, a menos que haja regra especial ou comprovada necessidade de prazo mais longo.

O parágrafo primeiro do artigo 42 da Lei 9.784 / 99 estabelece que, caso o parecer obrigatório e vinculante deixe de ser emitido no prazo estabelecido, o processo não terá prosseguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se pelos causadores do atraso. Segue-se o parágrafo segundo do mesmo artigo da Lei, elucidando que, caso o parecer obrigatório e não vinculativo deixe de ser emitido no prazo previsto, o processo poderá prosseguir e ser decidido com o seu indeferimento, sem prejuízo da responsabilidade dos que omitiram no atendimento.

De acordo com o voto do Ministro Joaquim Barbosa no Mandado de Segurança 24.584-DF, de 2008, a exigência legal de aprovação da ata pelo consultor jurídico da Administração, sem dúvida, caracteriza a vinculação do ato administrativo ao parecer jurídico favorável. Para o ministro, a lei não se contenta em estabelecer a obrigação da mera existência de parecer jurídico com conteúdo opinativo ou informativo, mas condiciona a prática dos atos ao exame e aprovação do órgão jurídico.

Para o Tribunal de Contas da União - TCU, no acórdão 3923/2009, Primeira Turma, deve-se observar a legislação pertinente na elaboração dos pareceres, uma vez que o Tribunal de Contas da União já se pronunciou no sentido de que compete ao parecer jurídico instado a se pronunciar nos termos do contrato, acordo, etc., posição que, segundo o órgão de controle, foi reafirmada pelo STF no Mandado de Segurança 24.584 / DF.

Apesar das decisões do TCU que determinam a atuação dos assessores jurídicos em cada procedimento licitatório, o texto legal - parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666 / 1993 - não se expressa quanto a essa obrigação. Assim, a utilização de minutas-padrão, obedecidas as precauções necessárias, nas quais, como afirma a requerente, se limita ao preenchimento das quantidades de bens e serviços, unidades favorecidas, local de entrega de bens ou prestação de serviços, sem alteração do cláusulas desses instrumentos previamente examinadas pelos assessores jurídicos, atende aos princípios da legalidade, como também da eficiência e proporcionalidade (TCU, Plenário 1504/2005).

Ao contrário das minutas de editais e contratos, em que o parecer é vinculante, nos processos de contratação por dispensa e licitação inexequível na forma da Lei 8.666 / 93, seu artigo 26 não discute a necessidade de parecer jurídico como condição da eficácia do ato. Prevê-se neste artigo que as isenções previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade a que se refere o art. 25, necessariamente justificada, e a demora prevista ao final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deve ser comunicado, no prazo de 3 (três) dias, à autoridade superior, para homologação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Verifica-se que, na continuidade do artigo 26 da Lei 8.666/1993, o parágrafo único estabelece que o processo de destituição, inexequibilidade ou demora, previsto neste artigo, será instruído, conforme o caso, com os seguintes elementos: I - caracterização da situação de emergência ou calamitosa que justifique o desligamento, quando aplicável; II - motivo da escolha do fornecedor ou executor; III - justificativa do preço. IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão destinados.

Conforme previsto na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Lei 14.133/2021 - parágrafo 2º do artigo 52, esclarece que o parecer jurídico não é vinculativo, pois pode ser motivado pela autoridade máxima do órgão ou entidade, caso em que a este responderá pessoal e exclusivamente pelas irregularidades que, por esse motiva, eventualmente lhe forem atribuídas.

O § 1º do artigo 52 da nova lei de licitações formula condições para a manifestação de pareceres jurídicos, que devem ser expressos em parecer jurídico, com a obrigação de fazer uma avaliação do processo licitatório de acordo com critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade – inciso I. No Inciso II do mesmo artigo, estabelece que o parecer deve apresentar a declaração com uso de uma linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com valorização de todos os elementos essenciais à contratação e com explicação dos pressupostos factuais e jurídicos levados em consideração na análise jurídica.

Em continuidade, o inciso III do artigo 52 da Lei 14.133/2021, faz a previsão de que no parecer jurídico deve-se dar atenção especial à conclusão, que deve ser desvinculada da fundamentação, ser uniforme com seus entendimentos anteriores, ser apresentada em tópicos, com orientações específicas para cada recomendação, de forma a permitir à autoridade consultiva seu fácil entendimento, e, se constatada a ilegalidade, apresentar posição conclusiva quanto à impossibilidade de continuidade do contrato nos termos analisados, inclusive, com sugestão de medidas que poderão ser adotadas para adequá-lo à legislação aplicável.

O art. 53 da lei regulamenta a atuação dos assessores jurídicos na fase interna de licitações. A norma diz que, ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para a assessoria jurídica da Administração, que fará o controle prévio da legalidade por meio da análise jurídica das contratações.

O parágrafo 1º do artigo 53 detalha tudo o que deve constar do parecer jurídico. Há uma clara preocupação do legislador em evitar pareceres em modelos padronizados, de apenas uma página, com conteúdo genérico. A medida aproxima a assessoria jurídica do órgão de controle interno.

A análise jurídica só será dispensável nos casos de baixo valor, baixa complexidade de contratação, entrega imediata do bem ou se forem utilizadas minutas de editais e instrumentos contratuais previamente padronizados pela assessoria jurídica, tudo conforme definido em ato do máximo competente autoridade legal (Art. 53, §5º).

A preocupação com o controle dos contratos e a responsabilização dos agentes públicos permeia toda a legislação, que chega a dedicar um capítulo próprio ao assunto. O art. 169 determina que as contratações públicas sejam continuamente submetidas à gestão de riscos e controle preventivo, devendo utilizar recursos de tecnologia da informação e subordinar-se ao controle social.

Verifica-se no referido artigo que o controle passa pelas seguintes linhas de defesa: I - primeira linha de defesa, composta por servidores públicos e servidores

públicos, licitantes e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoria jurídica e de controle interno do próprio órgão ou entidade; III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas (BRASIL, 2021).

Vale destacar que um aspecto importante trazido pela nova Lei é o fato de alterar profundamente o perfil de quem atua na contratação pública. Já conhecido como agente contratante (arts. 7 a 10), com a nomenclatura do leilão mantida para a modalidade específica, o comprador público deve ser funcionário efetivo ou funcionário público do quadro permanente da instituição, deve ser continuamente treinado e profissionalizado, e estará sujeito a um sistema de gestão por competência, sob responsabilidade da alta direção, e ao acompanhamento contínuo da assessoria jurídica.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A assessoria jurídica desempenha um papel extremamente relevante no âmbito das licitações. Não deve ser confundido com um órgão de controle interno, neste caso, mesmo que, até certo ponto, pode ser. Sua função primária é preventiva, deve atuar de forma orientadora e contínua. Cabe aos assessores jurídicos orientarem os servidores da área técnica e esclarecer dúvidas quanto à instrução dos processos.

Verifica-se a importância de que, ao receber as minutas de editais e contratos e seus aditamentos, antes de devolver o processo para diligenciar ou complementar, buscar-se saber junto aos setores técnicos mais detalhes sobre a percepção de lacuna ou impropriedade. A importância também de prestar orientação aos funcionários na instrução do processo desde o início, de acordo com suas convicções técnicas, além de revisão em casos extraordinários.

Levando em consideração o teor do dispositivo legal, o parecer jurídico pode por muitas vezes ser entendido pelos gestores ou pela equipe de servidores envolvidos na licitação como mera instrumentalização processual.

Observa-se que, na verdade, o acompanhamento do processo desde o seu termo de abertura pela assessoria jurídica até a plena execução contratual pode evitar muitos erros e tomadas de decisões equivocadas ou mal pensadas, que podem, inclusive, trazer consequências negativas após realização de auditorias.

Por fim, observou-se que, com a entrada em vigor da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021, a nova lei de licitações e contratos administrativos, o papel da assessoria

jurídica ficou ainda mais evidente e claro em seu texto, apontado em vários dispositivos a obrigatoriedade da atuação do órgão jurídico desde elaboração de minutas à fiscalização dos contratos já efetivados, demonstrando a necessidade de auxílio contínuo da assessoria jurídica nas licitações e contratos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei 8.666 de 21 de junho de 1993 que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Planalto, 1993.

_____. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Planalto, 2021.

_____. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília: Planalto, 2002.

_____. Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019 que regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. Brasília: Planalto, 2019.

_____. Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, que estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão. Brasília: Planalto, 2006.

BRUNO, Reinaldo Moreira. Direito Administrativo Didático. 3.Ed Editora Fórum. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª edição. Rio de Janeiro: Editora Atlas. 2010.

CHAVES, Luís Cláudio de Azevedo. Curso Prático de Licitações: os Segredos da Lei nº 8.666/93. IBAM/Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. Direito Administrativo. Editora Atlas, 2011.

_____. Direito Administrativo. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010

FURTADO, Luís Rocha. Curso de licitações e contratos administrativos. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª ed., p. 526. Dialética. São Paulo, 2010

LIMA, Fabrício Marcelino de; SILVA, Marcella Cristina Brazão. A responsabilidade do advogado em pareceres jurídicos de licitações. Revista Científica do Curso de Direito. Centro Universitário FAG, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Rio de Janeiro: Malheiros, 2010.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Ed 17ª. Editora Malheiros, 2014.

PEREIRA JUNIOR, José Torres; DOTI, Marinês Restelatto. Responsabilidade da Assessoria Jurídica no processo administrativo das licitações e contratações. Revista AGU nº 29, 2017.

SCARPINO JUNIOR, Luis Eugênio; LORENZATO, Natália Mendonça. Controle da Administração Pública sob a ótica da saúde brasileira: princípios norteadores, instrumentos de controle e a importância da participação social. Anais do V Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania, n. 5, p. 364-379. Universidade do Rio Preto, out. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança 24.504. Brasília: STF, 2008.

_____. Mandado de Segurança 24.073. Brasília. Brasília: STF, 2002.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 3923. Brasília: TCU, 2009.

_____. Acórdão 1504. Brasília: TCU, 2005.

_____. Acórdão 2060. Brasília: TCU, 2007.

INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL: VANTAGENS E DESVANTAGENS

CÁSSIA ROSANA MASSON:

Bacharelada em Direito pela
Universidade Brasil.

PEDRO MANOEL CALLADO MORAES

(orientador)

RESUMO: O artigo tem como escopo abordar o procedimento de Inventário Extrajudicial, que com a entrada em vigor da Lei 11.441/07, deixou de ser exclusivamente judicial. Com a finalidade de facilitar o processo de transmissão de bens do *de cujus* aos seus herdeiros, o inventário extrajudicial permite dar celeridade à partilha dos bens, o que implica na desjudicialização dos conflitos, possibilitando o desafogamento do Judiciário pela retirada da demanda excessiva. Entretanto, o inventário será obrigatoriamente judicial, notadamente mais longo e demorado, caso presentes algumas restrições como a existência de filho(s) menor(es) de idade ou incapaz(es), não concordância entre herdeiros, existência de testamento deixado pelo falecido, entre outras, as quais serão abordadas neste trabalho. É notório que a morosidade da Justiça acarreta severas gravidades, pois atingem os direitos constitucionais fundamentais do cidadão, e como solução, o ordenamento jurídico oferece aos herdeiros que o inventário seja realizado mediante escritura pública. Sendo assim, a pesquisa recai sobre as vantagens e desvantagens do inventário extrajudicial à luz do direito sucessório.

Palavras-chave: Inventário. Inventário extrajudicial. Direito das sucessões.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 2 DIREITO SUCESSÓRIO; 3 INVENTÁRIO; 4 INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL; LEI 11.441/2007; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Em tema de direito sucessório, a sucessão hereditária tem início com o falecimento do autor da herança.

Para tanto o inventário é um instrumento obrigatório, sendo este a forma de transferir a titularidade dos bens do falecido aos herdeiros, representando este instrumento a formalização da sucessão, ou seja a exteriorização administrativa da transmissão.

No ordenamento jurídico pátrio, há possibilidade de realização de Inventário pela via judicial, ou como alternativa, pela via extrajudicial. Esta última modalidade,

estabelecida pela 11.441/2007, surgiu no ordenamento pátrio com a finalidade de desburocratizar o procedimento, dando celeridade ao tramite e como consequência disso, desafogar o judiciário.

À vista disso, o presente trabalho tem por objetivo geral analisar o direito sucessório, apresentando as modalidades de inventário e seus requisitos. Como objetivo específico, é dado enfoque ao inventário de modalidade extrajudicial, apresentando seus aspectos peculiares, e analisando suas vantagens e desvantagens.

Inicialmente, o trabalho aborda sobre a matéria do direito sucessório, fixado pelo Código Civil de 2002, versando sobre questões específicas como o momento da abertura da sucessão e princípios.

O segundo capítulo dedica-se a análise do procedimento de Inventário, abarcando seu conceito, e demais particularidades.

No decorrer do terceiro capítulo, é dado enfoque ao Inventário Extrajudicial disciplinado pela lei 11.441/2007, seus principais pressupostos, incluindo suas vantagens e desvantagens.

A pesquisa do tema em questão baseia-se na revisão bibliográfica, por meio de doutrina e jurisprudência correlatas, e notadamente na legislação constitucional e civil pátrias.

2.DIREITO SUCESSÓRIO

O Direito das Sucessões pode ser considerado como “o efeito de garantir a continuidade das relações jurídicas” (ALMADA, 1991, p. 19). Trata-se da “transferência da herança, ou do legado, por morte de alguém, ao herdeiro ou legatário, seja por força de lei ou por obra de testamento” (MONTEIRO, 2012, p. 01).

No que diz respeito ao Código Civil, faz parte da parte especial que estabelece o curso do patrimônio de uma pessoa após seu falecimento (GOMES, 2008, p. 01).

A herança possui origem em uma justificativa complexa: o vínculo de sangue próprio de hereditariedade, em que o filho herda as particularidades gerais da espécie e da raça, como da própria família, assim como, além do laço de hereditariedade, as consequentes relações de afeto e atração geradas da continuidade do sangue. Em verdade:

O direito hereditário se firma como um arremate natural da geração entre os homens; derivando de uma sequência contínua

que une as gerações, pois a continuidade dos descendentes avança e prospera pelo instinto de conservação e melhoramento da sua família, a cujos sucessores almeja garantir uma função estável e conspícua na finança e na sociedade (GOMES, 2008, p. 03).

Denomina-se sucessão, *lato sensu*, na continuação, no todo ou em parte, em uma terceira pessoa, das relações jurídicas que terminaram para o seu dono.

O direito sucessório tem alguns escopos como a continuidade do patrimônio na família do de cujus; a denominação da consideração do sucedido pelo herdeiro; e o seguimento das relações jurídicas providas do autor da herança (LISBOA, 2012).

A sucessão pode ocorrer por ato de vontade ou por determinação de lei:

A *sucessio inter vivos*, é a causa da transmissão, a vontade humana, emitida de acordo com a lei, há um ato de transferência do titular do direito ou de quem se encontra revestido de legitimidade para dispor do bem; A *sucessio causa mortis*, é o fenômeno da morte, nas hipóteses legalmente previstas, tem-se a morte como fator fundamental da transmissão. Ocorrido o óbito, opera-se a separação notória entre a patrimonialidade e a personalidade (PEREIRA, 2014, p. 01).

Assim, a sucessão hereditária, é a transmissão de bens deixados pelo falecido para os herdeiros ou legatário. "Os pontos principais que ao direito das sucessões cabe resolver são, pois, a verificação da morte do autor, com a abertura da sucessão, que é automática, ocorrendo simultaneamente com o falecimento" (WALD, 2012, p. 24).

A morte, não obstante marcar o termo da existência da pessoa humana, trata-se do componente determinante para a transmissão da herança, tendo em vista que trata-se de momento que dá início a abertura da sucessão.

A morte, que é fato natural, desenvolve-se em fato jurídico, ao suscitar uma sucessão de repercussões, já que dela deriva, dentre outros efeitos, a mudança na titularidade dos bens. Ao mesmo tempo em que encerra os direitos e obrigações do de cujus, revela direitos e obrigações relativamente aos herdeiros. (RIZZARDO, 2011, p. 21).

Ressalta-se que sucessão hereditária pode ser encarada no sentido objetivo, é sinônimo de herança, massa de bens e encargos, direitos e obrigações que

compunham o patrimônio do de cujus, e no sentido subjetivo, equivale a direito de suceder, isto é, de recolher os bens da herança (GOMES, 2008).

A morte ocasiona a extinção da personalidade civil, e como não há direitos subjetivos sem titular, os bens, direitos e obrigações do de cujus devem ser transmitidos aos seus sucessores no momento da morte

Consoante entendimento do art. 1.784, Código Civil, com a morte, e derivada abertura da sucessão, transmite-se a herança, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Nota-se que a transferência da posse e da propriedade do patrimônio do de cujus se transmite de forma automática, não necessitado de espaço de tempo algum, aos sucessores.

A doutrina pátria esclarece que não somente a propriedade é transferida imediatamente aos herdeiros, “como igualmente todos os direitos, pretensões, ações, exceções de que era titular o falecido se transmissíveis” (DINIZ 2013, p. 36), não integrando o fundo hereditário os direitos personalíssimos e as obrigações pessoais do de cujus.

O direito à herança é um direito fundamental, garantido no artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal de 1988, bem como o art. 227, § 6º, CF assegura a paridade de direitos, inclusive sucessórios entre todos os filhos, havidos ou não da relação do casamento assim como adoção.

A herança se apresenta como o “conjunto de bens pertencente ao sucedido, no momento de sua morte, e que são transferidos aos herdeiros legítimos ou testamentários” (RIZZARDO, 2011, p. 12). Trata-se do desdobramento natural do direito à propriedade privada que será transferida com a morte do respectivo titular.

Em razão disso, ressalta-se que a herança “é alçada à altitude de garantia constitucional fundamental, conforme o inciso XXX do art. 5º da CF/88, sendo, portanto, cláusula pétrea que não é passível de violação, nem mesmo pelo poder constituinte derivado” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 6).

A transferência imediata do patrimônio diz respeito ao princípio da *saisine* (*droit de saisine*), uma ficção jurídica, de origem francesa, com o intuito de obstar que os bens do sucedido ficasse sem titular. Sendo transferência automática, que decorre de lei, a titularidade do patrimônio pertencente ao de cujus.

É o conceito de *droit de saisine*, estabelecendo a imediata e direta transmissão dos bens do falecido aos seus herdeiros.

Desse princípio fundamental podem ser extraídos relevantes efeitos: a abertura da sucessão dá-se com a morte, e na mesma oportunidade os herdeiros a assumem (imediata mutação subjetiva); os direitos não se alteram substancialmente, havendo apenas substituição do sujeito (sub-rogação pessoal pleno jure) (AMORIM, 1997, p.26).

Trata-se de efeito da abertura da sucessão, isto é, da transmissão dos bens, com a morte, que os herdeiros, sendo de natureza testamentária ou legítima, desde então poderão: executar as ações de domínio; reclamar diante da turbação da posse e para o exercício possessório, não carece de investidura judicial. À respeito, o Superior Tribunal de Justiça entende:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO POSSESSÓRIA – POSSE DA AUTORA DA GERANÇA – SAISINE – AQUISIÇÃO EX LEGIS – PROTEÇÃO POSSESSÓRIA QUE INDEPENDE DO EXERCÍCIO FÁTICO – OCUPAÇÃO CLANDESTINA – ESBULHO CARACTERIZADO – INDENIZAÇÃO POR ANCESSÃO INVEDIVA – AUSÊNCIA DE BOA-FÉ – GRATUIDADE DA JUSTIÇA – BENEFÍCIO QUE APENAS SUSPENSA A EXIGIBILIDADE DO PAGAMENTO DAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA, MAS NÃO IMPEDE A CONEDAÇÃO – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Pelo princípio da *saisine*, a posse dos bens do falecido se transmite aos herdeiros, imediatamente, na data de sua morte (art. 1.784, CC). Se alguém recebe a posse nessa qualidade, não está na situação de quem nunca a exerceu, podendo, como possuidor indireto, valer-se dos interditos possessórios em caso de lesão, já que nesse caso a posse se transmite *ope legis* e, portanto, independe do exercício fático.

Frisa-se que o princípio da *saisine* compreende todos os vínculos patrimoniais em caráter universal do falecido. No tocante ao legatário, sendo este conceituado como o que sucede apenas a título singular, recebendo um bem certo e determinado, todavia, altera-se: se o legado for um bem infungível, a propriedade se transmite desde a abertura da sucessão. No entanto, caso a hipótese recair sobre bem fungível, o legatário somente o adquire após a partilha. De qualquer modo, a posse “deve ser requerida aos herdeiros que estão obrigados a entregá-la por ocasião da partilha e depois de comprovada a solvência do espólio” (GONÇALVES, 2012, p. 36).

No caso de pluralidade de herdeiros ressalta-se que a aplicação do postulado em comento determina a “constituição de um condomínio e de uma composesse,

automaticamente, entre eles uma vez que a herança é universal e indivisível” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 66).

Relativamente à questão do titular da herança ou o legado por disposição de última vontade, a legislação determina o seguinte:

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

II - as pessoas jurídicas;

III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Não obstante a transmissão dos bens ser automática, faz-se necessário o herdeiro aceite a herança para que a transmissão se torne definitiva. Entretanto, a transmissão será tida por não verificada se houver renúncia, consoante artigo 1.804, CC. Relativamente ao tema em comento:

No sistema brasileiro, a aceitação tem efeito retro-operante: retrocede à data da abertura da sucessão. A aceitação da herança possui o impacto de ratificar a atribuição de bens anteriormente feita. Apesar disso, não temos que entender que a aquisição ocorra com a aceitação, porque os direitos hereditários nasceram antes, com a morte do autor da herança (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 70).

3.INVENTÁRIO

A concretização do inventário é imposta para que os sucessores do *de cujus* possam obter a atribuição legal dos bens que lhes são cabíveis.

A sucessão se concretiza com a realização do inventário, que é o procedimento pelo qual se definem os herdeiros e legatários, o acervo patrimonial, apura-se o imposto de transmissão e promove-se a partilha de bens, expedindo-se o formal de partilha ou carta de adjudicação (NADER, 2016). Nesse sentido:

Inventário é, pois, procedimento judicial ou extrajudicial pelo qual se apura o ativo e o passivo da herança, a fim de se chegar à herança líquida (ativo menos passivo). Esta herança líquida, que

se apura após o pagamento das dívidas e recebimento dos créditos, será, então, partilhada entre os herdeiros (FIUZA, 2009, p. 988).

A doutrina civilista pátria classifica as espécies de inventário como: inventário judicial, realizado no âmbito do Poder Judiciário, que se desenrola através do rito comum e também pelo inventário por arrolamento sumário e arrolamento simples; e por fim o inventário extrajudicial, feito em Cartório extrajudicial:

Art. 610, CPC: Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.

§ 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Consoante o disposto no art. 611, CPC, o inventário judicial deve ser iniciado no prazo de 60 (sessenta dias) contados da abertura da sucessão. Considera-se tal modalidade como de jurisdição contenciosa, posterior à troca de titularidade, de declaração dos bens do falecido para a liquidação (MARCATO, 2007, p. 211). Destaca-se que ser encerrada dentro do prazo de 12 (doze) meses. Especificamente sobre o instituto em debate:

Ressalta-se esta característica: não se trata de estudo da transmissão, mas sim da entrega, com a partilha, do patrimônio. Isto porque, pelo fenômeno da abertura da sucessão os bens se transferem imediatamente de titularidade e da posse do falecido para a titularidade e a posse dos herdeiros, formando eles um condomínio ou uma comunhão na propriedade hereditária. Apesar disso, na realidade apenas com o inventário efetua-se a transmissão concretamente (RIZZARDO, 2008, p. 585).

Interessante ressaltar a figura do inventário negativo:

Não se pretende inventariar o nada. Cuida-se, exatamente, de utilizá-lo para fazer certo que nada existe a inventariar.

Concebido para inventariar o nada seria, sem dúvida, uma onerosa inutilidade. Usado, entretanto, para firmar que nada existiu que devesse ser inventariado, para fazer certo que inexistente herança, é uma necessidade do Direito, que produzirá efeitos jurídicos (MONTEIRO, 2012, p. 167).

Há casos em que não deixando o falecido bens, o cônjuge sobrevivente pode interessar-se em fazer um inventário negativo, a fim de provar que nenhum bem herdou (WALD, 2012, p. 34).

O inventariante é quem se responsabilizará pelo inventário e que possui certas obrigações a cumprir de acordo com os artigos 618 e 619 do CPC, entre elas representar o espólio ativo ou passivamente, em juízo ou fora dele (art. 618, inciso I, CPC 2015). Para a escolha do inventariante, seja o inventário judicial ou extrajudicial, é preciso da assinatura de todos os herdeiros.

Admite-se a realização do inventário negativo através de escritura pública, ou seja, por meio de um procedimento extrajudicial, em conformidade com o artigo 28 da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça de 2007, que disciplina a Lei N. 11.441/2007.

4. INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL: LEI 11.441/2007

O art. 610, §1º, CPC, regulamenta o inventário extrajudicial, e a título de complementação, a Resolução nº 35/2007, do Conselho Nacional de Justiça (arts. 11 a 32), disciplina sobre os procedimentos desta modalidade administrativa de inventário e partilha através da escritura pública e seus respectivos atos notariais.

Sem qualquer participação do juiz, o inventário e a partilha serão efetuados por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário, independentemente de homologação judicial (art. 982, caput). Trata-se de sistema antigo no direito europeu e que, a partir da Lei nº 11.441/2007, passou a vigorar também entre nós, gerando só benefícios para as partes e para os serviços Judiciários. De fato, entre maiores e capazes que se acham em pleno acordo quanto ao modo de partilhar o acervo hereditário, nada recomenda ou justifica o recurso ao processo judicial e a submissão a seus custos, sua complexidade e sua inevitável demora. Por outro lado, a retirada do inventário da esfera judicial contribuiu para aliviar a justiça de uma sobrecarga significativa de processos (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 220)

O procedimento de inventário extrajudicial deverá, ainda, respeitar a Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça. Destaca-se que é de livre escolha das partes o tabelionato onde a escritura pública de inventário será lavrada, não havendo competência territorial para tanto, conforme enuncia o artigo 1.º, da Resolução 35 do CNJ.

Possui o mesmo prazo do inventário judicial, de acordo com o art. 611, CPC, de 2 (dois) meses.

Faz-se necessário esclarecer sobre a atividade notarial e registral:

Trata-se de uma função pública, destinada a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, cujo exercício é realizado em caráter privado; seu ingresso se dá por meio de concurso público de provas e títulos, realizado pelo Poder Judiciário, com a participação, em todas as suas fases, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, de um notário e de um registrador, conforme estabelecido no artigo 15 da lei Federal 8.935/94. (KÜMPEL, 2013, p. 45)

Em outras palavras, o serviço notarial é "a atividade de agente público, autorizado por lei, de redigir, formalizar e autenticar, com fé pública, instrumentos que consubstanciam atos jurídicos extrajudiciais do interesse dos solicitantes (CENEVIVA, 2014, p. 39).

Nesse sentido, considera-se escritura pública como "o ato praticado perante o tabelião ou seu substituto legal que contém a manifestação de vontade das partes interessadas em realizar um negócio jurídico ou em declarar uma situação jurídica relevante" (KUMPEL, 2013, p. 54).

A opção pelo procedimento extrajudicial proporciona rapidez na solução do inventário e economia para os interessados:

O número de pessoas que procuram o Tabelionato para realizar a partilha de bens no inventário extrajudicial aumenta a cada ano, o que justifica a criação de referidos institutos, como segue: Esta questão é importantíssima, pois o número de pessoas que procuram os Cartórios de Notas para fazer seus testamentos aumenta a cada ano. De acordo com o Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo, em 2014 os Cartórios de Notas de todo o Brasil lavraram 28.542 testamentos. Entre 2010 e 2014, o número

de testamentos lavrados no País cresceu 62%. São Paulo lidera o ranking de estados que mais lavraram o documento, seguido pelo Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro (CASSETARI, 2017, p. 143).

Assevera-se que nem todos os procedimentos envolvendo inventário e partilha por falecimento podem ser realizados na esfera extrajudicial, tendo em vista que em alguns casos é vedada a realização pela via extrajudicial, e seu descumprimento acarreta nulidade do procedimento.

São pressupostos do inventário extrajudicial: Todos os herdeiros devem ser maiores e capazes; existência de consenso entre os herdeiros quanto à partilha dos bens; o falecido não pode ter deixado testamento, exceto se o testamento estiver caduco ou revogado; A escritura deve contar com a participação de um advogado.

Para se realizar o procedimento extrajudicial, faz-se necessário que todas as partes sejam capazes. Em se tratando de inventário que envolva menores ou incapazes, deverá ser obrigatoriamente realizado pela via judicial. A emancipação ou a ocorrência de qualquer outra causa que leve a cessação da incapacidade (art.5º, parágrafo único, Código Civil) autoriza o uso da via extrajudicial.

Em relação ao requisito da capacidade, o Tabelião deve apurar se as partes estão em pleno gozo de suas capacidades mentais; ademais, deve também ficar atento no caso de alguma das partes apresentar sinal de embriaguez ou de uso de substância entorpecente.

Em relação à restrição na realização de inventário extrajudicial:

Caso o cônjuge, concorrente ou não, hipótese em que ele é considerado herdeiro, for incapaz, ele será interessado na sucessão, razão pela qual embarça a execução da escritura. Se o cônjuge for somente meeiro, igualmente é interessado na sucessão, deverá participar do inventário para assegurar a sua meação, a escritura não poderá ser realizada (CASSETARI, 2017, p. 139)

Em caso de existência de apenas um único herdeiro, sendo ele capaz, e se forem preenchidos os demais pressupostos autorizadores do inventário extrajudicial, poderá ser realizada a adjudicação extrajudicial, que produzirá todos os efeitos da carta de adjudicação (FARIA, 2017). Merece destaque o art. 12, da Resolução nº 35/2007:

Art. 12. Admitem-se inventário e partilha extrajudiciais com viúvo(a) ou herdeiro(s) capazes, inclusive por emancipação, representado(s) por procuração formalizada por instrumento público com poderes especiais, vedada a acumulação de funções de mandatário e de assistente das partes."

Além disso, é preciso que todos os interessados sejam capazes, é preciso que concordem com os termos da partilha de bens, não podendo haver divergência, como também não pode faltar nenhum dos herdeiros ou titulares de direitos sucessórios. À propósito:

RELATOR(A): HUGO CREPALDI. COMARCA: GUARULHOS. ÓRGÃO JULGADOR: 25ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO. DATA DO JULGAMENTO: 27/06/2013. DATA DE REGISTRO: 02/07/2013. APELAÇÃO CIVIL Nº 825083520088260224 EMENTA: APELAÇÃO AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE Autora que pleiteia a reintegração de um veículo, sob as alegações de que se tornou possuidora indireta com a morte de seu irmão, o antigo proprietário do bem. Apresentação de escritura pública de inventário dando notícia da doação das quotas dos outros herdeiros para a autora Entretanto, diante da notícia da existência de filha menor do de cujus, de rigor o reconhecimento de nulidade da escritura, por afronta ao art. 2.015 e 2.016 do Código Civil. A existência de herdeiro incapaz impõe a realização de inventário judicial, de modo que a inobservância da forma prevista em lei culmina na sanção de nulidade Recurso provido.

Mesmo que apenas um herdeiro demonstre posicionamento oposto ao método de partilhar o patrimônio do falecido, não é cabível a modalidade extrajudicial, devendo ser remetido à esfera judicial, em virtude da ocorrência de conflito, que precisará da intervenção do Judiciário para ser dirimido (CARVALHO FILHO, 2015).

A Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça (Art. 8º) fixa que é imperioso a constituição de advogado para efetivação do inventário extrajudicial, basta ver: "Art. 8º. É necessária a presença do advogado, dispensada a procuração, ou do defensor público, na lavratura das escrituras decorrentes da Lei 11.441/07, nelas constando seu nome e registro na OAB" (DIAS, 2015). A inobservância da regra acima citada ocasionará em nulidade de referido documento.

Cada herdeiro pode eleger um advogado em representação própria, ou, caso preferir, optar por somente um causídico para todo o procedimento administrativo,

dependendo da vontade dos herdeiros ou dos interessados ao direito sucessório (DIAS, 2015).

A participação do advogado está conectada à observância de postulados constitucionais, respeitando o princípio do acesso à justiça, ligado à valores sociais e políticos.

“Se a parte for advogado, este participará do ato notarial na qualidade de advogado assistente”, sendo dispensada a atuação de outro advogado conjuntamente no procedimento (CAHALI e ROSA, 2007, p. 89).

Outro requisito exigido pela legislação para a realização da partilha de bens em inventário extrajudicial é a ausência de testamento deixado pelo de cujus, considerando-se que não esteja caduco ou revogado, dado que, existindo testamento, o procedimento deverá ser realizado judicialmente.

Nota-se que é possível que as partes desistam do processo judicial em curso, migrando para a via extrajudicial (JEREMIAS, 2014, p. 07).

Preenchendo os pressupostos legalmente exigidos, a transferência dessas demandas ao âmbito extrajudicial possibilita que o Judiciário dê o enfoque necessário aos processos em que seja primordial sua atenção. Trata-se inconveniente que os inventários separações e divórcios em que haja consenso entre as partes, e não envolvam incapazes, se submetam ao moroso, desgastante e oneroso procedimento judicial (BOECKEL, 2016).

É necessário o pagamento das custas, que se referem ao pagamento do imposto ITCMD e à taxa de escritura do cartório. Tais valores se alteram conforme o Estado em que será realizado o procedimento, podendo ser verificadas diretamente com o cartório.

Enfatiza-se que o benefício da gratuidade da justiça é aplicável aos procedimentos de inventário extrajudiciais, devendo ser comprovado, mediante simples declaração de hipossuficiência. Trata-se de garantia de acesso à justiça, essencial à vida civil do indivíduo, não cabendo, pois, dirimir esse direito nos inventários extrajudiciais.

A gratuidade prevista na Lei 11.441/2007, de acordo com a Resolução nº35/CNJ, engloba as escrituras de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais (art. 6º). Exige-se que os interessados declararem não possuir condições de arcar com

os emolumentos (art. 7º). Essa gratuidade do ato notarial, antes prevista de maneira expressa tão somente para a separação e divórcio, foi expressamente asseverado igualmente ao inventário e partilha pela Lei nº 11.965, de 3.7.2009, que deu nova redação ao art. 982 e seus parágrafos. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 223).

O Tabelião pode se recusar a lavrar o inventário, caso estiver presente indícios de fraude quando da declaração de vontade dos herdeiros, contanto que a decisão seja reduzida a termo e devidamente fundamentada.

É possível fazer a partilha de um bem que deveria ter sido incluído em inventário já concluído, procedimento denominado de sobrepartilha, observando-se os mesmos pressupostos para a lavratura de inventário, incluindo também a presença do formal de partilha, da carta de adjudicação ou do processo de inventário (art. 25, da Resolução nº 35, de 24/04/07, do CNJ).

Acerca do tema, oportuno esclarecer que a sobrepartilha pode ser feita extrajudicialmente, a qualquer tempo, ainda que a partilha anterior tenha sido feita judicialmente e ainda que os herdeiros, hoje maiores, fossem menores ou incapazes ao tempo da partilha anterior.

Elenca-se outra vantagem do inventário extrajudicial:

O tempo é julgado curto e muitas vezes exaustivo para os enlutados que precisam lidar com toda a burocracia, prazos, preocupações e busca por documentos, em paralelo a dor do luto. Assim como a morte de um ente querido, o inventário não é algo desejado, mas, da mesma forma que na lei da vida existe a perda, na lei dos homens existe o inventário e o enfrentamento desses dois processos que se entrelaçam se faz necessário para todos (BRUNETTI, 2019).

Percebe-se que o procedimento de inventário extrajudicial é vantajoso no sentido que além de desafogar o Poder Judiciário, proporciona credibilidade aos cartórios de notas que passam a ter prestígio pela celeridade de seus serviços e dirime as dificuldades da população, que consegue solucionar as adversidades e obter o seu bem da vida sem ter que esperar décadas para que isto ocorra.

Destaca-se como desvantagens a restrição da realização desse procedimento, que dependerá da análise do caso concreto. Sendo assim, para o preenchimento de todos os requisitos, é necessária atenção tanto das partes como do tabelião.

Ademais, a determinação da lei para que o advogado esteja presente no inventário extrajudicial, não significando a mera juntada de documentos. O patrono é habilitado a observar particularidades e precavê-los, além de cumprir aos ditames legais do procedimento.

Outrossim, é permitida a retificação da escritura pública, contanto que haja o consentimento de todos os interessados, o que dificulta o procedimento, sendo essa mais uma desvantagem.

À título conclusivo, cabe aos herdeiros a escolha do procedimento, optando pela via judicial ou extrajudicial, fazendo-se a observância de todos os requisitos aqui mencionados e a análise do caso concreto de cada herdeiro, só assim será possível dizer qual procedimento será adequado, se judicial ou extrajudicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A opção de realizar o inventário e partilha dos bens do espólio, de forma extrajudicial, é apenas um dos acessos possíveis que o legislador pátrio encontra para descongestionar o Poder Judiciário, que nas últimas décadas afligiu-se de uma exorbitante crescente de demanda de cidadãos que a este poder se dirigem, para solucionar seus problemas.

É notório que a opção pela via administrativa do inventário, expande-se de forma significativa, o que mostra a eficácia que tal lei proporcionou perante a sociedade.

As alterações trazidas pela Lei nº 11.441/2007 no Código de Processo Civil, posteriormente regulamentadas pela Resolução nº35/2007 do Conselho Nacional de Justiça, acabaram não só desafogando o Poder Judiciário, como também desburocratizando procedimentos onde não há litígio, isto é, descomplicando a solução de demandas.

Uma vez preenchidos os seus requisitos, conclui-se que é válida a opção pela via extrajudicial para o inventário, tamanha a sua celeridade e simplificação, com livre escolha do cartório de notas, além do menor custo e menor desgaste emocional tanto por sua rapidez quanto por ser feito quando não há conflitos entre os herdeiros.

Como em qualquer relação onde existem interesses de uma ou mais pessoas, existem fatos que podem causar problemas para a solução dos interesses das partes, como dúvidas quanto à forma de se proceder perante certos procedimentos, ou requisitos, além de divergências existentes entre as partes que poderão surgir.

Apesar disso, o advento da Lei 11.441/07, proporcionou ao direito sucessório uma grande evolução quanto ao acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ALMADA, Ney de Mello. **Direito das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense coleções, 1991.

AMORIN, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. **Inventários e partilhas**: teoria e prática. 11. ed. São Paulo: Leud, 1997.

BOECKEL, Fabrício. A desjudicialização de inventários e partilhas: uma tendência irreversível. **Revista Notariado Gaúcho**. Porto Alegre, 2016.

BRUNETTI, Paulo Henrique Direito Familiar. **Direito de Família e Psicologia**: O luto e o inventário. Disponível em: <<https://direitofamiliar.com.br/direito-de-familia-e-psicologia-o-luto-e-o-inventario/>>. Acesso: 18 out. 2020.

CAHALI, Francisco José; ROSA, Karin Regina Rick. **Requisitos e procedimentos para lavratura da escritura pública de inventário e partilha**. In: CAHALI, Francisco José et al. Escrituras Públicas: separação, divórcio, inventário e partilha consensuais: análise civil, processual civil, tributária e notarial. São Paulo: RT, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIAS, Maria Bederince. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: sucessões. São Paulo: Atlas, 2015.

FIUZA, César, Direito Civil: **Curso Completo**. v. Único. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito das sucessões. 7. ed. Saraiva. São Paulo, 2012.

JEREMIAS, Jucélia. **Inventários e partilhas extrajudiciais, as inovações e a eficácia da Lei 11.441/2007**. Trabalho de Conclusão de Curso – UNIDERP. 2014. Disponível

em <<https://www.passeidireito.com/arquivo/20159545/artigo-pos-notarial-e-registral>>. Acesso em: 14 out. 2020.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **A efetivação do Direito por meio da atividade tabelioa e registral**. 2013. Disponível em:

[http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI177770,91041-](http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI177770,91041-A+efetivacao+do+Direito+por+meio+da+atividade+tabelioa+e+registral)

[A+efetivacao+do+Direito+por+meio+da+atividade+tabelioa+e+registral](http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI177770,91041-A+efetivacao+do+Direito+por+meio+da+atividade+tabelioa+e+registral). Acesso em : 26 maio 2018.

LISBOA, Roberto Senise. **Direito Civil**: direito de família e sucessões. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCATO Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2012.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Direito das Sucessões. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário. S. Instituições **de Direito Civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Procedimentos especiais. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WALD, Arnald. **Direito Civil**: Direito das Sucessões. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER

VANESSA RIBEIRO MARTINS:

Bacharelanda em Direito pela
Universidade de Gurupi - Unirg.

WELLSON ROSÁRIO SANTOS DANTAS

(orientador)

RESUMO: A violência contra a mulher é uma situação muito recorrente e vem se manifestando cada vez mais na sociedade. Portanto, entende-se que a violência contra a mulher se refere a qualquer atitude que causa danos à saúde física, sexual ou psicológica nas vítimas, incluindo as situações de ameaças, coerção ou privação arbitrária de liberdade, seja no ambiente público ou privado. Assim a legislação nacional se mostra extremamente relevante no combate a violência contra a mulher, especialmente contra a violência psicológica. Assim, o objetivo desse trabalho foi analisar os impactos e influência das leis nacionais, tratados e convenções internacionais que abordam a proteção a mulher contra a violência psicológica praticada tanto em âmbito familiar como em relação a seu gênero. O presente estudo foi realizado por meio de uma revisão bibliográfica, qualitativa e descritiva. Os resultados obtidos neste estudo possibilitarão a compreensão dos meios principais que envolvem a violência psicológica contra a mulher, bem como os ambientes em que mais se têm a prevalência de situações que causam danos à saúde física, sexual e/ou psicológica das mulheres. Ao final será possível observar que é necessário mudanças culturais e educacionais para aplicação de penas e a criminalização dos agressores.

Palavras-chave: Direito. Violência contra à mulher. Direitos da mulher. Direitos humanos.

ABSTRACT: Violence against women is a very recurrent situation and has been manifesting itself more and more in society. Therefore, it is understood that violence against women refers to any attitude that causes damage to the physical, sexual or psychological health of the victims, including situations of threats, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether in the public or private environment. Thus, national legislation is extremely relevant in combating violence against women, especially against psychological violence. Thus, the objective of this work was to analyze the impacts and influence of national laws, international treaties and conventions that address the protection of women against psychological violence practiced both within the family and in relation to their gender. The present study was carried out through a bibliographic, qualitative and descriptive review. The results obtained in this study will

make it possible to understand the main means that involve psychological violence against women, as well as the environments in which the prevalence of situations that cause damage to the physical, sexual and / or psychological health of women is more prevalent. In the end, it will be possible to observe that cultural and educational changes are necessary for the application of penalties and the criminalization of aggressors.

Keywords: Law. Violence against women. Women rights. Human rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Materiais e Métodos. 3. O Conceito de Violência. 3.1 Os Tipos de Violência Contra a Mulher. 3.2 A Caracterização da Violência Contra a Mulher na Sociedade. 4. A Violência Psicológica Contra a Mulher. 4.1 A Lei Maria da Penha e a Caracterização da Violência Psicológica Contra a Mulher. 4.2 A Aplicação da Lei Penal Para Crime de Violência Psicológica Contra a Mulher e a Lei 14.132/2021 Que Criminaliza Stalking (Perseguição). 5. O Movimento Feminista e os Direitos Humanos. 6. Considerações Finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher (VCM) é definida como qualquer ato de violência de gênero que resulte ou tenha a possibilidade de resultar em dano físico, sexual ou psicológico às mulheres, incluindo a ameaça de tais atos, coerção ou privação arbitrária de liberdade em ambiente público ou privado (WHO, 2013). Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), a VMC é reconhecida como uma violação dos Direitos Humanos e um grave problema de saúde pública (WHO, 2005).

De acordo com BAUGHER & GAZMARARIAN (2015), esse é um fenômeno que atinge mulheres em todas as partes do mundo, e os parceiros íntimos são reconhecidos como os principais. Portanto, se trata de um problema social e de saúde pública mundial, com graves consequências não só para o bem-estar físico e psicológico das vítimas, mas também para seus filhos e a comunidade em geral (ALI & NAYLOR, 2013).

Uma das formas mais frequentes deste tipo de violência nas sociedades ocidentais é a violência psicológica contra a mulher (VPCM), que pode ocorrer isoladamente ou em conjunto com outras formas de violência por parceiro íntimo (KAKAKURT & SILVER, 2013). Existe, no entanto, uma forte ligação entre a violência psicológica e física, uma vez que a violência psicológica frequentemente precede da violência física e é considerada um dos seus principais fatores de risco (SALIS et. al., 2014).

Segundo o estudo de TJADEN & THOENNES (2006), a prevalência média de violência psicológica contra mulher (VPCM) varia muito, dependendo de como este tipo de violência é definido e medido, com alguns estudos estimando sua prevalência em cerca de 10–20%, enquanto outros encontraram taxas de prevalência em torno de 80–90%. Já CARNEY & BARNER (2012), mostram que a frequência e gravidade do VPCM também podem diferir amplamente de um país para outro, o que implica que a forma como este tipo de violência é percebido e interpretado pode variar entre países e culturas.

Um estudo feito por STRAUS et. al. (1996), mostrou que a maioria das pesquisas que abordam VPCM seguiram a Escala de Táticas de Conflito (ETC) ao defini-la por meio de comportamentos específicos. Sendo assim, há dois aspectos que costumam ser considerados na avaliação desse tipo de violência: o abuso emocional e o controle de comportamento (HAMBERGER et. al., 2017). O abuso emocional envolve comportamentos destinados a gerar dano emocional ou ameaça de dano, como menosprezar, humilhar, ameaçar ou intimidar a vítima, enquanto o controle de comportamento envolve monitorar as ações do parceiro ou isolá-lo por meio de imposição de limites nas atividades, como proibi-lo de sair de casa, restringir contato com outras pessoas, ou insistir continuamente em saber o paradeiro da vítima (SMITH et. al., 2018).

Em 2006 entrou em vigor uma lei específica que visa prevenir a violência contra a mulher no Brasil, é conhecida como “Lei Maria da Penha”, que caracteriza os tipos de violência contra a mulher, sendo elas: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral. A partir dessa lei, todo caso de violência contra a mulher se torna crime e deve passar por investigação (BRASIL, 2021). A Central de Atendimento à Mulher, oferece o serviço público gratuito e sigiloso através do “Ligue 180”, que recebe notificações de violência e denúncias sobre a rede de atendimento, além de orientar as mulheres sobre a legislação e seus direitos.

De acordo com este serviço, em 2015, foram realizados 749.024 atendimentos, com uma média de atendimentos estimada em 62,418/ mês e 2,052/dia. Do total de atendimentos, 10,23% (75.876,13 atendimentos) corresponderam a notificações de violência, das quais 58,86% (436.381,38 atendimentos) foram cometidas contra mulheres negras. Dentre os relatos, 50,16% (375.710,44 atendimentos) corresponderam à violência física, 30,33% (227.178,98 atendimentos) violência psicológica, 7,25% (54.304,24 atendimentos) à violência moral, 4,54% (34.005,69 atendimentos) à violência sexual e 2,10% (15.729,50 atendimentos) à violência patrimonial. A maioria dos casos de violência registrados ocorreu em áreas urbanas (90,14%). Em 72% (corresponde à 539.297,28 dos atendimentos) dos casos, a violência

foi cometida por homens cujas vítimas têm ou tiveram algum vínculo afetivo (BRASIL, 2016).

Desta forma, o presente trabalho teve por objetivo analisar os impactos e influência das leis vigentes no país em relação a violência psicológica contra a mulher. Nesse sentido, esse estudo se classifica como uma revisão bibliográfica, qualitativa e descritiva. Justifica-se a importância deste tema devido aos esforços contínuos em nível internacional e nacional para garantir a defesa dos direitos fundamentais das mulheres em caso de violência. Sendo assim, diversas formas de violência contra a mulher foram definidas para fins legais e estatísticos.

2. MATERIAIS E MÉTODOS

Este estudo se trata de uma revisão sistemática, sendo definida por alguns autores como um método para resumir as evidências sobre as questões com um plano de estudo detalhado e abrangente. Sendo assim, é pautado através das etapas básicas, postas por: questão de enquadramento, identificação de trabalhos relevantes que consistem no desenvolvimento de critérios e busca de artigos, avaliação da qualidade dos estudos incluídos, resumo de evidências e interpretação dos resultados. Este artigo ainda se caracteriza como um estudo qualitativo e descritivo que se destina a explorar, compreender e interpretar profundamente os fenômenos sociais em seu ambiente natural. Usando as informações que desejam coletar mais relevantes, levando a obter uma imagem mais detalhada de questões, casos ou eventos.

Portanto, para a busca dos artigos, utilizou-se as palavras-chave: violência contra a mulher, Lei Maria da Penha e violência psicológica contra a mulher, os quais foram aplicados em plataformas e revistas científicas, como: PubMed, Scielo, Google Acadêmico e JusBrasil. Além disso, foram incluídos os artigos publicados em português e inglês, entre os anos de 2016-2021 – com exceção de alguns estudos que serviram como base para uma análise histórica e para um melhor entendimento do tema em questão, além de estudos de meta-análise, revisões e artigos com texto completos. Além disso, foram estudos contendo textos completos, voltados à prevenção e à área do direito – além de revistas de direito, meta-análises, revisões sistemáticas, estudos de corte, estudos randomizados e estudos transversais.

A apreciação dos dados e subsídios coletados teve como metodologia adotada a que se fundamenta em técnicas de análise qualitativa do texto, que compreende exames de conteúdo e discurso e também do contraponto de informações coletadas em bibliografias.

Por ser um artigo de revisão de literatura, os resultados são apresentados por meio da transcrição de trechos de citação direta e indireta, com conclusões obtidas nas considerações finais.

3. O CONCEITO DE VIOLÊNCIA

O termo violência deriva da palavra latina *violentia*, que nos remete a ideia de força (*vis*) e se refere às noções de constrangimento e uso de superioridade física sobre a outra pessoa.

Atualmente é pacífico que a violência em grau amplo vem sendo reconhecida como um problema de humanitário, e também um problema de saúde, já que afeta não só questões físicas, mas também questões psicológicas, aí entendidas como violência psicológica que podem ser feitas tanto por homens como por mulheres.

Nesse sentido a Organização Mundial da Saúde (OMS), a fim de melhor dividir e entender os tipos de violência subdividiu o tema em três grandes grupos pautado no ato de violência praticado pelo agente: 1) violência contra si mesmo (autoprovocada ou auto infligida); 2) violência interpessoal (doméstica e comunitária); e 3) violência coletiva (grupos políticos, organizações terroristas, milícias).

Minayo e Sousa (1997/1998) nesse mesmo sentido nos trazem uma definição ampla daqueles que podem praticar a violência, estabelecendo inclusive as formas mais comuns em que ela acontece, formulando o conceito de violência como sendo:

“... ações humanas de indivíduos, grupos, classes, nações que ocasionam a morte de outros seres humanos ou que afetam a sua integridade física, moral, mental ou espiritual. (...) pois se trata de uma realidade plural, diferenciada, cujas especificidades necessitam ser conhecidas.”

Dada a ampla definição e aspectos da “violência” Maura Regina Modena (2016) nos revela que o estudo desse instituto pode ser feito por vários ângulos e por várias áreas do conhecimento nos dizendo que:

“As ciências partem de diferentes definições de violência, a partir do objeto e do método de sua investigação. Nesse sentido, a violência pode ser descrita, analisada e interpretada pela sociologia, antropologia, biologia, psicologia, psicanálise, teologia e filosofia e pelo direito. Os especialistas desses ramos do conhecimento e de outros falam da violência acentuando um ou mais aspectos, porém raramente considerando o fenômeno como uma totalidade. Por isso, o estudo filosófico, apesar de poucos filósofos investigarem o assunto,

tem a tarefa de problematizar o conceito, reformular as perguntas sobre a violência, a partir de uma visão ampla que envolve aspectos metafísicos, epistemológicos e éticos.”

Portanto, a violência é um fenômeno extremamente difuso e complexo, cuja definição não pode ser cientificamente exata, pois é uma questão de valorização, é influenciada pela cultura e submetida a contínua revisão na medida em que os valores e padrões sociais evoluem (RAMOS, 2019).

Assim tomando por base o objeto do presente trabalho devemos afunilar tais conceitos e, portanto, abordaremos de forma mais específica a violência contra a mulher (gênero) conforme veremos a seguir.

3.1 OS TIPOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

De acordo com ALI et. al. (2014), as Nações Unidas definem a violência contra as mulheres como:

“Qualquer ato de violência de gênero que resulte ou possa resultar em dano ou sofrimento físico, sexual ou mental às mulheres, incluindo ameaças de tais atos, coerção ou privação arbitrária de liberdade, seja na vida pública ou na vida privada.”

Como citado anteriormente a OMS estabelece como gênero de violência a intrafamiliar que foi classificada como violência doméstica e comunitária. A mesma Organização estabelece ainda que a violência sexual se refere a “qualquer ato sexual, tentativa de obter um ato sexual ou outro ato dirigido contra a sexualidade de uma pessoa por meio de coerção, por qualquer pessoa, independentemente de seu relacionamento com a vítima, em qualquer ambiente, incluindo o estupro que, segundo a OMS, é definido como qualquer ato físico forçado, como a penetração forçada da vulva ou ânus com um pênis, com outras partes do corpo ou por objeto, tentativa de estupro, toque sexual indesejado e outras formas de abuso sem contato (WHO, 2021; GONÇALVES, 2019).

Muitas mulheres são submetidas a esse tipo de violência, que normalmente tem origem entre os familiares, independentemente de o agressor estar ou não no mesmo domicílio. A violência psicológica, sexual ou física habitual ocorre entre pessoas afetivamente relacionadas, como marido e mulher, ou adultos contra menores ou idosos dentro de uma família (MIRABETE, 2012).

O abuso é caracterizado pelo conjunto de condutas que intencionalmente causam dano físico, dor ou lesão a outra pessoa. Inclui atos que variam de tapas a ferimentos graves que podem causar a morte. Portanto, a violência manifesta-se tanto física como em todas as formas em que as garantias individuais das pessoas são oprimidas, tornadas impossíveis ou violadas. Assim, todas as definições concordam que a violência é qualquer ato contra a dignidade da mulher, independentemente de sua origem (GONÇALVES, 2019).

3.2 A CARACTERIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA SOCIEDADE

As pesquisas, com base em relatórios de sobreviventes, fornecem as estimativas mais precisas da prevalência de violência física e sexual praticada pelo parceiro.

Uma análise de 2018 de dados de prevalência de 2000 a 2018 em 161 países e áreas conduzidas pela OMS em nome do grupo de trabalho de Interagências da Organização das Nações Unidas sobre a violência contra as mulheres, descobriu que, em todo o mundo, 30%, das mulheres foram submetidas à violência física e/ou sexual por parceiro íntimo, violência sexual não parceira ou ambas (WHO, 2021).

Universalmente, até 38% de todos os assassinatos de mulheres são cometidos por parceiros íntimos. Além da violência por parceiro íntimo, globalmente 6% das mulheres relatam ter sido abusadas sexualmente por outra pessoa que não o parceiro, embora os dados sobre violência sexual por não parceiro sejam mais limitados. A violência sexual e por parceiro íntimo são cometidas principalmente por homens contra mulheres (WHO, 2021).

Com a pandemia do coronavírus e seus impactos sociais e econômicos aumentaram a exposição das mulheres a parceiros abusivos e a fatores de risco conhecidos, ao mesmo tempo que limitou seu acesso aos serviços. Desta forma, as situações de crise humanitária e deslocamento elevaram os índices de violência existente, como por parceiros íntimos, bem como violência sexual não parceira, e também podem levar a novas formas de violência contra as mulheres (WHO, 2021).

4. A VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER

A violência psicológica é criminalizada como uma forma autônoma de violência contra a mulher e, ao mesmo tempo, está intimamente ligada à violência doméstica dada sua particularidade, uma vez que normalmente o agente é o marido/companheiro da vítima.

A Organização Mundial da Saúde já reconhece a violência psicológica de homens contra mulheres um assunto de saúde pública que afeta não somente o psicológico, mas também questões físicas que surgem em razão das agressões psicológicas. Esse

abalo perpassa questões mentais e a acaba afetando funções motoras, digestivas, cardíacas dentre outras.

A violência psicológica e/ou controle coercitivo contra as mulheres é considerado de várias maneiras como um crime autônomo ou uma forma específica de violência doméstica praticada por parceiro íntimo ou que se enquadre nas formas mais gerais de infrações penais sem gênero (VIEIRA et. al., 2011). Portanto, a abrangência dos dados sobre violência psicológica/controlado coercitivo, seja como forma de violência doméstica/ parceiro íntimo contra as mulheres ou como um crime autônomo, também depende da extensão em que um país confiou com a coleta de dados administrativos reflete sobre todas as formas de violência do parceiro íntimo contra mulheres em definições legais ou estatísticas (MIRABETE, 2012). A variedade de definições jurídicas encontradas nos Estados-Membros e as diferentes ações usadas para criminalizar formas específicas de violência praticada pelo parceiro íntimo destacam a necessidade de harmonização das classificações de crimes (RAMOS, 2019).

Essa falta de critérios e o próprio medo da vítima fazem com que esse tipo de violência muitas vezes sejam encarados pela própria sociedade e parentes próximos como atitudes reprováveis das mulheres. Muitas condutas que se caracterizam como violência psicológica são vistas como um “direito matrimonial do homem para com a mulher”, subjugando-a e não observando os sintomas de agressão a que está submetida.

Nesse sentir esta conduta deve ser composta por mais de um único evento e deve refletir um padrão de comportamento abusivo que ocorre ao longo do tempo (FERNANDES, 2015).

A violência psicológica chega a ser mais devastadora e cruel que até mesmo a violência física, já que se estabelece por condutas reiteradas e, como dito acima, muitas vezes são encaradas com naturalidade pela sociedade, já que o viés machista que ainda impera na sociedade brasileira ainda está muito enraizado. Gomes e Guedes encaram tais condutas:

“...como sendo uma das mais devastadoras consiste em qualquer conduta que lhe cause danos emocionais ou diminuição da autoestima ou desqualifique suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, gritos, imposição de medo, constrangimento, humilhação, isolamento entre outros. Tudo que lhe cause limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e autodeterminação.”

Assim a forma de violência psicológica deve ser encarada como uma ofensa criminal intencional "prejudicando seriamente a integridade psicológica e física de uma pessoa por meio de coerção ou ameaças" (GONÇALVES, 2019).

4.1 A LEI MARIA DA PENHA E A CARACTERIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER

A legislação brasileira prevê punição mais severa para a violência doméstica contra a mulher segundo a "Lei Maria da Penha", representada pela Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006, se trata da violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral contra a mulher (BRASIL, 2021). A lei também oferece proteção para mulheres vítimas de violência doméstica, oferecendo medidas de proteção urgentes e encaminhando-as para serviços de atendimento, assistência, monitoramento e abrigo, se necessário (BRASIL, 2016). De acordo com o Art. 7 da lei nº 11.340/2006 (BRASIL, 2021), que trata das formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, dispõe:

- I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
- II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;
- 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;
- IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens,

valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Desta forma, a violência doméstica, de gênero e contra a mulher são termos usados para designar esse problema tão grave (VIEIRA et. al., 2011).

Na **violência doméstica**, a agressão vem do companheiro ou de outro membro da família, extrapolando as paredes da casa e atingindo idosos, crianças e pessoas com deficiência.

Na **violência de gênero**, os agressores são pessoas próximas às vítimas e as agressões ocorrem em espaços privados ou públicos (RAMOS, 2019). Uma das formas mais comuns de violência contra a mulher é a cometida por seus maridos ou parceiros íntimos (FERNANDES, 2015). O fato é que, geralmente, as mulheres estão emocionalmente envolvidas com seus agressores e economicamente dependentes deles (HAMBERGER et. al., 2017).

A violência de gênero se resume ao resultado das relações de dominação masculina e subordinação feminina, nas quais o homem pretende evitar a fuga da mulher porque não quer se divorciar dela, mantendo-a sujeita a uma submissão da qual ela não pode escapar (VIEIRA et. al., 2011).

4.2 A APLICAÇÃO DA LEI PENAL PARA CRIME DE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA AS MULHERES E A LEI 14.132/2021 QUE CRIMINALIZA STALKING (PERSEGUIÇÃO)

A Lei nº 11.340/2006 cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, em atendimento ao parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal, o Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Mulheres; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra as mulheres; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências (BRASIL, 2021). Portanto, o Estado assegura a assistência a família da pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, conforme apresenta a legislação do código penal 129, parágrafo nono que trata da ofensa à integridade ou saúde de outrem:

“se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge, 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.”

Além disso, o artigo 22 tendo estabelecido a prática de violência doméstica e familiar contra mulher, o juiz poderá requerer imediatamente no agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas urgentes:

- I - Suspensão da posse de arma ou restrição da licença de porte de arma, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
- II - Afastamento do domicílio, domicílio ou local de relacionamento com a vítima;
- III - Proibir determinadas condutas, dentre as quais: a) abordar a vítima, membros de sua família e as testemunhas, estabelecendo uma distância mínima entre eles e o agressor; b) contato com a vítima, familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação c) ir a determinados locais a fim de preservar o estado físico e psicológico integridade da vítima;
- IV - Restrição ou suspensão de visitas a menores dependentes, ouvido o equipe de atendimento multiprofissional ou serviço similar;
- V - Prestação de pensão alimentícia provisória ou temporária.

Desta forma, mostrando o parágrafo § 1º, as medidas de que trata este artigo não excluem a aplicação das demais previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da vítima ou as circunstâncias o exigirem. Entretanto, o parágrafo § 2º dispõe que na hipótese de aplicação do inciso I, estando o agressor nas condições de que trata o *caput* e incisos do Art. 6 da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao órgão respectivo, corporação ou instituição as medidas cautelares urgentes concedidas e deverão determinar a restrição da licença de porte de arma, o superior imediato da responsabilizando-se o agressor pelo cumprimento da ordem judicial, caso contrário incorrendo em crimes de desobediência ou prevaricação, conforme o caso (BRASIL, 2021).

Todavia, em março de 2021, entrou em vigor a nova Lei 14.132/21, que introduziu no Capítulo VI que se enquadra na parte especial do Código Penal dentre

os crimes de perseguição, também conhecido como "*stalking*," aplicando-o no Art.147-A.

O fenômeno da perseguição tem sido muito recorrente desde a interação tecnológica mais recorrente. Sendo assim, consiste em um tipo de violência em que o sujeito invade repetidamente a vida privada da vítima, por meio da reiteração de atos de modo a restringir a sua liberdade ou atacar a sua privacidade ou reputação (COSTA et. al., 2021). De acordo com o artigo 147-A, dispõe:

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I – contra criança, adolescente ou idoso;

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

§ 3º Somente se procede mediante representação."

Segundo COSTA et. al. (2021), o resultado é um "dano temporário ou permanente à integridade psicológica e emocional. Os motivos dessa prática são os mais variados: violência doméstica, inveja, vingança, ódio ou a pretexto de brincadeira". Os autores ainda citam exemplos para tais atos, envolvendo as ligações telefônicas, envio de mensagens por SMS, aplicativo ou *email*, publicação de fatos ou boatos, remessa de presentes, espera da passagem da vítima pelos lugares que frequentam e dentre outras.

Assim entendemos ser cabível a análise das condutas praticadas também no âmbito familiar que se consubstanciem nos verbos incriminadores da Lei 14.132/21 inclusive aplicando-a combinada com a Lei Maria da Penha quando se tratar de situações que o acusado incida nas hipóteses da Lei 11.340/2006, já que tais perseguições tipificadas no novo artigo 147-A do Código Penal, a nosso ver, também se configuram como violência psicológica contra a mulher.

5. O MOVIMENTO FEMINISTA E OS DIREITOS HUMANOS

O movimento feminista do início da segunda metade do século passado se destacou por denunciar casos de violência contra a mulher, lançando luz sobre uma realidade que, até então, só havia sido mencionada na esfera privada. A violência no contexto doméstico continuou sem ninguém fazer ou dizer nada. Até então, não se manifestava abertamente e era amparado pelas condições sociais contemporâneas (CAMPOS, 2011). O resumo das diferentes conferências internacionais realizadas no século XX contém as proposições e definições dos direitos humanos mínimos para todas as pessoas do planeta, o que sem dúvida afetou a detecção e investigação da violência de gênero contra a mulher (SACRAMENTO, 2006).

Segundo STRAUS et. al. (1996), essas convenções foram: Carta das Nações Unidas (1945); Convenção sobre genocídio (1948); Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1965); Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (1979); Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); e a Convenção Interamericana sobre a Prevenção.

Assim, essas convenções estabeleceram marcos legais para a proteção dos direitos humanos, com repercussões positivas para o avanço da compreensão e erradicação da violência contra as mulheres (CAMPOS, 2011). A proteção contra a violência de gênero foi influenciada por grupos feministas de países ocidentais, que denunciaram pessoas que degradam a dignidade das mulheres por meio da violência de gênero. (ALI & NAYLOR, 2013). Como resultado da identificação da violência contra a mulher, grupos feministas se juntaram a outros atores, como associações de defesa dos direitos humanos e organismos internacionais, que analisam e tentam ajudar a diminuir o problema.

Até muito recentemente, os estados realizavam poucas ações para combater a VCM, um conceito abrangente que abrange diversos fenômenos, incluindo estupro, violência por parceiro íntimo, tráfico, crimes de honra e mutilação genital feminina (SACRAMENTO, 2006). Na verdade, a maioria dos estados endossava muitos tipos de violência, por exemplo, por meio de leis que afirmavam que sexo era uma obrigação matrimonial, que estupradores podiam escapar das acusações casando-se com as vítimas se os pais permitissem e a vítima quisesse, assassinar mulheres adúlteras era considerado "defesa da honra." Os diversos fenômenos que chamamos de VCM dificilmente foram reconhecidos como um crime, muito menos como uma questão fundamental de direitos humanos (SACRAMENTO, 2006).

O movimento feminista começou a usar o conceito de VCM nas décadas de 1960 e 1970, investigando como a posição social desigual das mulheres permite a

violência sexual e de gênero. Em 1993, a comunidade global enquadrrou a VCM como uma questão de direitos humanos e como uma manifestação de subordinação de gênero na Declaração de Viena da Conferência Mundial de Direitos Humanos. Atualmente, essa ligação entre VCM, direitos humanos e a posição da mulher está bem estabelecida no direito internacional e nos discursos globais de legitimidade democrática. Assinando convenções e acordos internacionais como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, a Declaração de Viena, a Convenção Interamericana sobre Violência contra as Mulheres, o Protocolo de Maputo, a Plataforma de Ação de Pequim e a Convenção, a maioria dos estados se comprometeu a aderir a essas normas (STRAUS et. al., 1996).

Nas décadas de 1990 e 2000, a pressão de movimentos feministas e aliados conseguiu fazer com que vários estados reformassem suas leis para proibir práticas violentas contra mulheres e meninas (WHO, 2005). Muitos estados adotaram legislação especializada, primeiro para prevenir e punir a violência doméstica e, posteriormente, para combater uma gama mais ampla de práticas violentas e de assédio. No entanto, as leis parecem boas no papel, mas a violência e o assédio continuam sendo comuns. O principal desafio é alinhar o comportamento com a letra e o espírito da legislação progressiva (CAMPOS, 2011).

A violência e o assédio sexual e de gênero são generalizados. Em todo o mundo, a Organização Mundial da Saúde (OMS) relata que 35% das mulheres sofreram violência sexual ou doméstica (WHO, 2013). O desenvolvimento teórico do conceito de VCM permitiu que acadêmicos, ativistas e formuladores de políticas em todo o mundo desenvolvessem políticas e analisassem o comportamento relacionado à violência de várias maneiras. Em suma, a elaboração pelos ativistas dos mecanismos necessários para combater a VCM, que vão desde legislação especializada a serviços de apoio e coordenação administrativa, permitiu que os acadêmicos operacionalizassem e medissem várias mudanças políticas (CAMPOS, 2011).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência contra a mulher não é um fenômeno recente. O que é recente é a preocupação com o enfrentamento, a criminalização e o entendimento de que se trata de um problema de saúde pública. Os abusos ocorrem em nível relacional e social, o que requer mudanças culturais e educacionais para seu enfrentamento que vão além da criminalização dos agressores. Conhecer as características das agressões e a dinâmica da violência contra a mulher propiciam o atendimento adequado às vítimas e nos fazem assim planejar estratégias de prevenção.

Os esforços globais para acabar com a VCM são impressionantes e importantes. O desafio atual é encontrar um bom equilíbrio entre a ação agressiva do Estado contra o comportamento violento e a contenção do Estado para permitir o desdobramento de processos sociais que gerem normas legítimas e empoderem as mulheres.

O combate à violência requer atenção às crenças e normas e, acima de tudo, às assimetrias de poder que tornam as mulheres vulneráveis a abusos. As mulheres precisam de uma base estrutural sólida, como os recursos, terras, empregos, apoio social e para contestar e escapar da violência e do assédio em suas vidas diárias. Muitos estudos mostram que as mulheres com acesso a recursos são mais capazes de deixar os agressores e barganhar por um tratamento mais igualitário no casamento.

Portanto, a visão geral de instrumentos revela claramente o alargamento gradual da definição de VPCM e com isso o esforço para criminalizar vários aspectos de tal conduta. Pode-se observar também que o instrumento internacional captura a VPCM como um tipo particular de violação dos direitos humanos e a trata como uma forma especial baseada no gênero de discriminação. É a partir dessa premissa que prescrevem a obrigação dos Estados de prevenir e combater a VPCM.

Sendo assim, o caminho para o possível fim da violência doméstica contra a mulher está no conhecimento, na busca contínua pela informação sobre os seus direitos; e numa nova educação com a participação do Estado por se tratar de política pública, erradicando da nossa sociedade a cultura patriarcal que faz da mulher até os dias de hoje uma vítima.

REFERÊNCIAS

AL NS, Ali FN, KHUWAJA AK, NANJI K. **Factors associated with intimate partner violence against women in a mega city of South-Asia: multi-centre cross-sectional study.** Hong Kong Med. J., vol. 20, n. 4, pp. 297-303, 2014

BAUGHER A, GAZMARARIAN JA. **Masculine gender role stress and violence: A literature review and future directions.** Elsevier: Aggression and Violent Behavior, vol. 24, pp. 107-112, 2015.

BRASIL. **Lei Federal nº 11.340/2006 – Dispõe sobre os mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.** Presidência da República: Secretaria-Geral, 2021.

BRASIL. **Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (Ligue 180): Balanço de 2015.** Governo Federal, 2016.

CARNEY MM, BARNER JR. **Prevalence of partner abuse: rates of emotional abuse and control.** Springer Pub.: Partner Abuse, vol. 3, pp. 286–335, 2012.

CAMPOS CH. **Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris [Lei Maria da Penha – Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista], pp. 1-12, 2011.

COSTA AS, FONTES E, HOFFMANN H. **Stalking: o crime de perseguição ameaçadora.** Revista Consultor jurídico [Internet], 2021.

FERNANDES VDS. **Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar.** São Paulo: Atlas, 2015.

GUEDES, Brena Kécia Sales e GOMES Flâmela Kevylla Silva, **Violência contra a mulher.** Disponível em <https://ww2.faculdadescearenses.edu.br/revista2/edicoes/vol7-1-2014/artigo12.pdf>, acesso em 19/05/2021

GONÇALVES CR. **Direito Civil brasileiro.** São Paulo: Direito da família, vol. 6, n. 16, 2019.

HAMBERGER LK, LARSEN SE, LEHRNER A. **Coercive control in intimate partner violence.** Elsevier: Aggress Violent Behavior, vol. 37, pp. 1–11, 2017.

KHAN KS, Kunz R, Kleijnen J, Before G. **Five steps to conduct a systematic review.** JR. Soc. Med. [Internet], 2003; vol. 96, n. 3, pp; 118–21.

MINAYO, M. C. de S. e SOUZA, E. R. de: 'Violência e saúde como um campo Interdisciplinar e de ação coletiva'. História, Ciências, Saúde— Manguinhos, IV (3): 513-531, nov. 1997-fev. 1998.

MIRABETE JF. **Manual de direito penal: parte especial.** São Paulo: Atlas, vol. 2, n. 29, 2012.

MODENA Maura Regina. **Conceitos e formas de violência.** – Caxias do Sul, RS: EDUCS – Editora da Universidade de Caxias do Sul, 2016. 176p.

RAMOS ALS. **Violência Psicológica Contra a Mulher: o dano psíquico como crime de lesão corporal.** E Mais editora & Livraria Jurídica [E-book], n. 2, 2019.

SACRAMENTO LT, REZENDE MM. **Violências: lembrando alguns conceitos.** Canoas: Aletheia, n. 24, 2006

SALIS KL, SALWEN J, O'LEARY KD. **The predictive utility of psychological aggression for intimate partner violence.** Springer Pub.: Partner Abuse, Vol. 5, n. 1, pp. 83–97, 2014.

STRAUS MA, HAMBY SL, BONEY-MCCOY S, SUGARMAN DB. **The revised conflict tactics scales (CTS2) development and preliminary psychometric data.** Sage Pub.: Journal of Family Issues, vol. 17, pp. 283–316, 1996.

SMITH SG, ZHANG X, BASILE KC, MERRICK MT, WANG J, KRESNOW M, et. al. **The National Intimate Partner and sexual violence survey (NISVS): 2015 data brief, updated release.** Atlanta: National Center for Injury Prevention and Control, Centers for Disease Control and Prevention, 2018.

TJADEN P, THOENNES N. **Prevalence and consequences of male-to-female and female-to-male intimate partner violence as measured by the National Violence against Women Survey.** Sage Pub.: Violence Against Wom, vol. 6, pp. 142–61, 2006.

TEIXEIRA NCB. **Responsabilidade civil e ofensas à dignidade humana.** Porto Alegre: Revista Brasileiro de Direito de Família, n. 32, 2006.

VIEIRA EM, PERDONA GSC, SANTOS MA. **Fatores associados à violência física por parceiro íntimo em usuárias de serviços de saúde.** Rev. Saude Publica, vol 45, n. 4, pp. 730-737, 2011.

WHO. **Violence against women Prevalence Estimates, 2018.** [Global, regional and national prevalence estimates for intimate partner violence against women and global and regional prevalence estimates for non-partner sexual violence against women.] Geneva: World Health Organization, 2021.

WHO. **Multi-country study on women's health and domestic violence against women: summary report of initial results on prevalence, health outcomes and women's responses.** Geneva: World Health Organization [WHO], 2005.

WHO. **Global and regional estimates of violence against women: prevalence and health impacts of intimate partner violence and non-partner sexual violence.** Geneva: World Health Organization [WHO], 2013.

A UTILIZAÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL COMO UM INSTRUMENTO DE VANTAGEM NA DISPUTA DE GUARDA

LUANA CAROLINE DE SOUZA MORAIS: bacharelanda do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

MYLENA XAVIER DA SILVA ⁹³

(coautora)

VERÔNICA ACIOLY DE VASCONCELOS ⁹⁴

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo analisa a lei n.º 12.318/10 (Lei de Combate à Alienação Parental) a partir de uma investigação sobre os motivos que inspiraram sua criação para relacionar como são tratados os casos envolvendo denúncia de abusos sexuais, contra mulheres e crianças. Partindo deste ponto, conforme a metodologia utilizada do tipo pesquisa qualitativa descritiva e bibliográfica foi possível perceber o desvio de finalidade nos casos envolvendo disputa de guarda, prioriza-se nessa pesquisa trazer o conhecimento dos conceitos, suas modalidades, em especial a guarda compartilhada prevista na lei n.º 13.058/2014. Sendo a problemática voltada para a possibilidade do desvio de finalidade do instituto da alienação parental no processo de guarda. Além disso, a pesquisa se preocupou em conceituar os institutos básicos e analisar as interferências e desvios de finalidades causados pela utilização da alienação parental na definição da guarda, e suas consequências em casos onde a denúncias por parte do alienante, buscou-se com a pesquisa, indicar pontos negativos sobre a lei n.º 12.318/10. Dessa forma, em se tratando da guarda de menores todas as garantias e direitos inerentes a família devem ser resguardados, observando com muita cautela para que o menor não seja a parte prejudicada.

Palavras-chave: Disputa de Guarda, Alienação Parental, Desvio de Finalidade.

⁹³ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

⁹⁴ Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Doutora em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.

Sumário: 1. Introdução. 2. Do Instituto Da Alienação Parental. 2.1 Das Razões Que Inspiraram a Criação Da Lei 12.318/10. 2.2 Conceito de Alienação Parental. 2.3 Alienação Parental à Luz Da Lei 12.318/10 e Reflexos De Sua Alegação. 3. As Definições De Guarda. 3.1 Do Conceito De Guarda e Modalidades. 3.2 Da Regra De Aplicabilidade Da Guarda Compartilhada. 3.3 Aspectos Relevantes Da Lei 12.058/2014. 4. Alienação Parental E Sua Influência Na Disputa De Guarda. 4.1 Desvio De Finalidade. 4.2 A Alienação Parental Como Instrumento De Violência e Punição Contra Mulheres e Crianças. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Partindo da definição de premissas conceituais sobre guarda e alienação parental, especificamente em processos de disputa de guarda, têm-se a alienação parental em seu meio, sendo praticados tanto pelos genitores da criança, ou até mesmo pelos parentes mais próximos, como, avós, avôs, tios e tias.

A alienação parental é uma instituição regulamentada pelo direito da família. Considerando todas as suas influências comportamentais, psicológicas e emocionais negativas, ela interfere fortemente na conexão emocional com os pais que não detêm a custódia dos filhos.

O tema proposto será analisado sob todos os aspectos, buscando-se apresentar seu conceito, origem, características, inovações, prevalência, bem como sua regulamentação na esfera jurídica, a fim de garantir aos menores que estão em meio ao litígio o direito ao desenvolvimento saudável, ao convívio familiar e a participação de ambos os genitores em sua vida.

No ano de 1985 a alienação parental foi apresentada pelo médico psiquiatra americano Richard Gardner, esta passou a ser reconhecida quando uma das partes genitoras, na maioria das vezes, a que tem a guarda do menor, usa da superioridade que detêm, para chantagear, manipular ou afastar o progenitor dos filhos essa teoria foi a mesma utilizada como base para a criação da lei nº 12.318/10 (objeto desse estudo).

A lei nº 12.318/2010 assim como a Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente e Código Civil, em tese, foi criada para a proteção da criança e adolescente, que adota punições para o alienador, visando a proteção do direito ao convívio com a família e a preservação moral da criança ou adolescente.

Todavia, a lei supracitada acabou seguindo outro viés, saindo da intenção de proteger para acobertar possíveis casos de abusos sexuais, que por muitas vezes são considerados como falsas denúncias.

As denúncias de abusos sexuais inexistentes são consideradas como uma conduta de alienação parental, apontando também que muitas dessas denúncias são feitas pela figura materna onde no meio dessas relações tem descredito e acaba semelhante ao menor prejudicado.

No que tange a guarda, olhando para as regras que as norteiam, se observa sempre a necessidade de preservar a integridade e bem-estar das crianças e adolescentes. Em se tratando da guarda compartilhada, estabelecida como regra no Código Civil após a alteração expressa na lei nº 13.058/2014, essa visa aproximar mais os genitores da criança, imprimindo igualdade entre pai e mãe e redistribuindo a partir deste norte as responsabilidades.

Em face disso, o presente artigo teve como objetivo descrever e analisar as interferências e possibilidades dos desvios de finalidades causados pela utilização da alienação parental no momento da escolha da guarda, expondo suas consequências, além verificar a verdadeira finalidade da lei nº 12.318/10 no combate aos casos envolvendo abusos sexuais.

Tudo o que for apresentado na presente pesquisa tem grande relevância social, pois engloba as garantias e os direitos inerentes às crianças e adolescentes, bem como o direito a convivência familiar. Sendo assim, a alienação parental não é apenas um problema sobre a separação dos pais, mas sim uma questão social. Durante a infância e adolescência, garantir o direito das famílias de viverem juntas é uma prioridade, de acordo com a Constituição Federal, as obrigações são da família, da sociedade e do Estado.

2. DO INSTITUTO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

2.1 Das Razões que Inspiraram a Criação da Lei 12.318/10

O responsável pela definição de alienação parental foi o médico psiquiatra americano Richard Gardner, que nomeou o instituto, após a análise de processos que envolviam litígio conjugal, sendo assim, a alienação teve sua primeira discussão no século XX, no ano de 1985 (GONÇALVES, 2017).

Gardner em sua teoria conceituou e explanou condutas que caracterizava o instituto da alienação parental, sendo elas: situação em que os genitores influenciam a criança ou adolescente a menosprezar e afastar ambos, dificultando o convívio familiar, estando ligado a casos de dissolução conjugal (RABACHINI, 2019).

Muito se fala da ineficácia e pouco estudo aprofundado de Gardner sobre a problemática, em relação a sua pesquisa baseada apenas na análise de processos envolvendo dissolução conjugal, sem um estudo mais elaborado no teor científico. Mesmo assim suas ideias e teorias inspiraram vários países a analisar e estudar mais sobre o tema. Não foi diferente no Brasil, onde seu reconhecimento começou a partir de suas teorias em conjunto com a APASE (Associação de Pais Separados) (ALONSO, 2016).

Com isso, logo foi proposto o projeto de lei n.º 4.053/08 tendo autoria do Deputado Federal Régis de Oliveira, no qual tinha em sua exposição de motivos se encontrava: impedir atos que violassem a saúde psicológica e emocional dos filhos de pais divorciados e adquirir no ordenamento jurídico, meios de intervir genuinamente ligado a alienação parental (PANCERA; NOGAROLLI, 2020).

O projeto de Lei n.º 4053/08 foi apresentado no dia 07 de outubro de 2008 e publicada na data de 26 de agosto de 2010, tendo seu substitutivo analisado e aprovado pela Comissão de Seguridade Social e Família, logo após passou pela Comissão de Constituição e Justiça, e sendo assim confirmado no Senado, e posteriormente sancionado pelo Presidente (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2017).

O projeto de lei n.º 4.053 de 2008, foi criado com a justificativa da necessidade de prevenir a depressão crônica, proteção da criança contra abusos emocionais, sentimento de isolamento, desespero, culpa e dupla personalidade, que tinha como consequência a alienação parental. A mesma se baseou apenas em conflitos conjugais e informações rasas, como publicações em sites da APASE (associação de pais separados) e artigos feitos ou voltados para a mesma, não houve uma coleta de dados ou pesquisas aprofundadas e análises mais rigorosas, assim dando vida a lei n.º 12.318/10 (lei de combate a alienação parental), que já completou 10 anos de vigência no nosso ordenamento jurídico (NOTA TÉCNICA NUDEM Nº 01/2019).

2.2 Conceito de Alienação Parental

A alienação parental é uma forma de desqualificar um genitor ou um adulto próximo, para uma criança ou adolescente com o objetivo de afastar ambos, induzindo

o mesmo a desenvolver sentimentos negativos como o ódio e raiva que são alimentados por falsas ideias e fatos, gerando diversos efeitos comportamentais, psicológicos e emocionais negativos, no qual interfere fortemente nos laços afetivos. Além de ser um instituto de grande relevância tratado pelo Direito de Família. (SANTOS; BURD, 2018).

Como já previamente citado, a sua primeira definição foi feita por Richard Gardner, no ano de 1985, este era médico e professor de psiquiatria infantil da Universidade de Colúmbia, que chegou a tal definição através do seu trabalho com perícia jurídica, constatando nas ações que envolvia litígios conjugais sua presença. O mesmo há definiu como uma síndrome, onde muito se é discutido sobre tal nomenclatura, em razão de ser ligado a um teor clínico, além de não ter sido adicionado ao Manual de Transtorno Psiquiátricos (DSM-V) (BATALHA; SERA, 2019).

Diversos países aderiram as leis que explanassem e combatessem tal instituto, além do Brasil, pode ser citado também a Alemanha que em seu ordenamento jurídico no artigo 1.626 do Código Civil (BGB) visa a retirada da guarda da criança do seu alienador, visando sua proteção, onde entrou em vigor em 1998 (MADALENO; MADALENO, 2017).

Segundo Carvalho (2017) algumas características comportamentais são possíveis de serem observadas nas crianças e adolescentes que estão sob a alienação parental (AP), podendo ser citada: nervosismo, depressão, agressividade e ansiedade, entre outros. A legislação, na lei 12.318/2010 (lei de combate a alienação parental) traz em seu art. 2º, um rol exemplificativo de condutas que podem ser consideradas práticas de alienação parental como: a realização de campanhas para menosprezar as condutas do genitor alienado no âmbito do exercício da paternidade ou maternidade; prejudicar a prática da autoridade parental; dificultar uma aproximação da criança ou adolescente com genitor; dificultar exercício da convivência familiar no qual é um direito regulamentado; omitir informações pessoais que são relevantes sobre a criança ou adolescente; omitir alterações de endereços ou ir para um local distante sem justificar para o genitor ou sua família; apresentar falsa denúncia contra o genitor, os avós ou sua família, visando dificultar mais a convivência e aproximação.

A prática da alienação parental fere não só os laços afetivos dessa criança ou adolescente com a sua família, podendo ser também uma forma de abuso moral,

menosprezando o direito fundamental da criança ou do adolescente no que diz respeito a convivência familiar saudável.

Quando se fala em alienação parental, ligamos também a questões éticas, humanísticas e morais. Considerando que essa prática além de desencadear alterações psicológicas negativas e mudanças comportamentais, também mexe com as questões de distorção de valores morais e de caráter. Todos esses feitos ferem a constituição federal de 88 em especial o artigo 227º, que traz deveres essenciais a família, como, respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de protegê-lo, como exemplo, da violência e crueldade entre outros (SARMET, 2016).

2.3 Alienação Parental à luz da Lei 12.318/10 e Reflexos de sua Alegação.

Com a vigência da lei 12.318/10, os conflitos envolvendo alienação parental passaram a ser reconhecidos, tendo o legislador o objetivo de fazer com que os autores de tal ato não permanecessem impunes, expondo assim ao longo dos seus artigos, os conceitos, rol exemplificativos de condutas e suas consequências jurídicas (LEÃO, 2020).

Logo no artigo 2ª, caput da lei de combate a alienação parental, nos traz seu conceito para o legislador, sendo assim:

Art. 2ª - Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros.

Além de conceituar o legislador nos dá um rol de condutas abusivas exemplificativas de alienação parental, umas dessas condutas abusivas do guardião ou da parte que detém a guarda provisória dos menores, é a troca de endereço, com o intuito de dificultar ou inviabilizar a convivência familiar dessa criança ou adolescente

com seu genitor, desta forma, configurado o abuso, o juiz responsável pode estar invertendo a obrigação, retirando a criança ou adolescente da residência do genitor alienador, assim fazendo com que haja uma alternância dos períodos de convivência familiar. (DA DAMIANI; RAMIRES, 2016).

O Referente artigo dá ao juiz a capacidade de reconhecer outras condutas de tal instituto, podendo utilizar-se ou não de perícia para sua melhor análise. Quando olhamos para o viés do princípio do devido processo legal, tais condutas ferem o mesmo, pois sem a perícia especializada ou até um acompanhamento de psicólogos, o juiz pode tipificar como uma conduta de alienação parental. Assim, dispensando a devida análise e o máximo de cuidado com os casos de alienação parental, o magistrado pode acabar afastando essa criança do seu genitor guardião, por conta de suposições e acusações não verídicas ou vazias da outra parte (CARVALHO, 2019)

Art. 4^a- Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visita assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

No que diz respeito ao art. 4º da supracitada lei, o mesmo traz a hipótese da aplicação de medidas provisórias em casos com caráter de alienação parental, sem as devidas perícias e análises de casos, baseando-se apenas na denúncia e suas alegações. Outro artigo que merece ser citado é o art. 6º, que traz as sanções a serem usadas em um processo envolvendo alienação parental, tendo um caráter punitivo, sendo mais

uma vez um rol exemplificativo, dando ao magistrado a livre escolha de impor outras modalidades punitivas (OLIVEIRA, 2017).

Com o projeto de lei aprovado, a lei nº 12.318/10 foi sancionada, tendo em vista que dois dos artigos do projeto de lei original, foram vetados, sendo eles o art. 9º no qual trazia a possibilidade do instituto da mediação como meio alternativo da resolutiva de conflitos que tenha em seu meio a alienação parental, trazendo como justificativa de veto, que o mesmo não caberia a apreciação por mecanismos extrajudiciais para a dissolução de tal conflito, além de alegar sua contradição com a lei nº 8.069/90, no qual prever o princípio da intervenção mínima, e que as medidas para a proteção da criança ou adolescente é exclusivamente das autoridades. Outro artigo foi o 10º, que tratava de punições de caráter penal, porém o legislador alegou que o Estatuto da Criança e do Adolescente, já detinha vários mecanismos de punição suficientes para inibir os efeitos da alienação parental, tendo em vista que aplicando punições de caráter penal iria acarretar em mais sofrimento para todos (BRASIL, 2010).

Vale ressaltar que a lei não teve aprovação do Conselho Federal de psiquiatria, pela justificativa de trazer o instituto da alienação parental a aplicação a todos os casos envolvidos em dissoluções conjugais onde houvesse na criança um certo “distanciamento” de alguma das partes, poderia ali está inserido tal instituto, assim sendo cabível a referida lei. Com isso, a problemática é visível, muitas vezes denúncias envolvendo agressão ou até mesmo abuso sexual se tornava alienação sendo a principal defesa dos abusadores, com isso, não respondendo pelo real crime (MACHADO;2018).

Vários países já enfrentaram e revogaram suas leis não fundamentadas sobre a problemática, como o México e Uruguai, deixando para trás os ensinamentos de Gardner, e focando em uma legislação melhor elaborada e eficaz. No Brasil, a senadora Leila Barros do partido PSB em colaboração com a Associação de Mães já apresentaram projeto de lei n.º 498/2018, porém ainda está tramitando e passando pela devida análise (VALE, 2021).

Assim, entende-se que a lei nº 12.318/10, traz pontos já abordados na nossa legislação, se tornando apenas repetitiva, entregando ao magistrado a livre escolha de adotar medidas que seriam essenciais para a criança ou adolescente, como uma melhor perícia do caso e o acompanhamento de psicólogos para os envolvidos, também dificultando na aplicação da devida legislação para a punição de diferentes ilícitos.

Inúmeras são as considerações possíveis acerca dos reflexos da alegação de existência de alienação. Ações que tramitam na Vara de Família que envolvem atos de alienação parental em seu meio, implicam na obrigatoriedade de participação do Ministério Público, sendo responsabilidade do juiz a aplicação de medidas que garantam a segurança da integridade psicológica do menor, além de preservar a convivência com o genitor que está sendo prejudicado, assim aproximando mais essa criança ou adolescente do seu genitor, conforme o art.4º da lei 12.318/10.

Sendo assim, o juiz responsável, deve elaborar um laudo, relatando a situação na qual terá fundamento em uma perícia psicológica ou biopsicossocial. Havendo o pedido deste laudo, logo após deve ocorrer uma entrevista pessoal com as partes envolvidas, também uma análise documental, uma avaliação do histórico do relacionamento dos ex-cônjuges, comportamentos e exames, ouvindo também a criança ou o adolescente. Lembrando que em um processo de guarda com ato de alienação parental, tanto os pais como os filhos são acompanhados por psicólogos (DIAS, 2017).

No que se refere as consequências que são identificadas como meio de inibir a alienação parental, o art. 6º da lei de combate a alienação parental, traz um rol de situações exemplificativas, tais como:

Art. 6º- Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua intervenção

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Constatado a conduta abusiva do guardião ou da parte que detém a guarda provisória dos menores, como troca de endereço, com o intuito de dificultar ou inviabilizar a convivência familiar dessa criança ou adolescente com seu genitor, configurado o abuso, o juiz responsável pode estar invertendo a obrigação, retirando a criança ou adolescente da residência do genitor alienador, assim fazendo com que haja uma alternância dos períodos de convivência familiar. Se baseando nessas mudanças, o magistrado respeitará e preservando direitos fundamentais, em especial o direito a convivência familiar saudável, no qual tem o intuito a devida aproximação e convívio entre filhos e genitores (BRANDÃO, 2019).

Nos casos em que já há uma guarda definida, a figura do alienado pode mover uma ação para alterar a guarda, além de propor ação de responsabilidade civil, pleiteando por danos morais irreparáveis ao vínculo afetivo quebrado e demais consequências psíquicas e emocionais trazidas as partes prejudicadas (alienado e filhos) (GARDNER, 2020).

Em relação às multas que podem ser aplicadas, o juiz deverá levar em consideração uma avaliação financeira do alienador, evitando que a mesma seja exorbitante ao ponto de causar o seu empobrecimento, poderá ser aplicada alternadamente, sendo também cumulativa. A aplicabilidade deste artigo deve ser analisado de forma aprofundada, para que não ocorra o dano na eficácia de outros meios de inibir a alienação parental no nosso ordenamento, sendo as medidas aplicadas de acordo com o nível de gravidade e danos do ato (FREITAS, 2020).

Qualquer uma das medidas utilizadas e expostas no artigo 6º da lei nº 12.318/10 não impede a indenização por perdas e danos, ou ações que envolvem responsabilidade criminal. Já os danos morais e materiais tem referências na citada lei.

Contudo, denunciar uma atitude ou situação de alienação parental pode ser feita por qualquer pessoa e não somente por profissionais da saúde ou operadores do Direito, podendo inclusive ser feita por qualquer membro da família, profissionais da educação, amigos das pessoas envolvidas na alienação, enfim, a criança e/ou adolescente para que receba um tratamento psicológico adequado. Quando for necessário e houver reais indícios de ato alienatório, é necessário encaminhar o caso ou denúncia ao órgão responsável, isto possibilitará que os efeitos sejam minimizados ou suprimidos, de modo para se possa permitir que o menor alienado tenha um futuro saudável (DIAS *et. al.*, 2017).

3. AS DEFINIÇÕES DE GUARDA

3.1 Do Conceito de Guarda e Modalidades

Trata-se de um meio necessário para realizar o poder de família. Sabe-se que a legislação confere poderes às famílias, com enormes direitos frente a complexidade das obrigações dos pais para com seus filhos, logo a guarda tem o objetivo de proteger seu pessoal e a propriedade, tendo em vista que a distância ou mesmo inexistência da mesma podem causar ferimentos.

O principal objetivo da tutela é prestar assistência material aos menores, assim como educação e o desenvolvimento saudável. Dentre esses cuidados inclui-se o direito de supervisionar, posto que, os pais são responsáveis para tirar seus filhos de quem os detém ilegalmente, bem como devem prestar atenção em suas amizades e coexistência, proibindo aulas em certos lugares que ponham em risco sua moral e saúde, entre outras funções essenciais para o seu correto desenvolvimento. (RAMOS, 2016).

Tal instituto pode ser conceituado como um conjunto de normas e princípios que preveem direitos e obrigações normativas para o relacionamento entre pais e filhos, visando que estes cuidem do bem-estar dos menores. Assim a guarda é um atributo do poder familiar, um direito e uma obrigação exercida igualmente por ambos os pais, frente o surgimento de uma ruptura de relacionamento, seja um casamento ou uma união estável (ROSA, 2015).

O Instituto da Guarda está amparado pelo Código Civil em seus artigos 1.583 ao 1.590, com o fim de estreitar a lacuna entre os dois polos, quais sejam, pais e filhos, e assim maximizar a realização dos direitos e obrigações dos pais, garantindo assim o desenvolvimento dos menores de maneira saudável, correta e eficaz.

a) A Guarda Unilateral

O Código Civil brasileiro de 2002 em seu artigo 1583, §1º, apresenta o conceito de Guarda Unilateral, qual seja, a guarda atribuída a um só dos genitores ou a alguém que seja o responsável naquele momento pelo menor. Portanto, diante de um primeiro olhar, reluzente tornar-se-á que o direito de escolha da criança não é respeitado, usurpando assim, a noção do princípio da dignidade da pessoa humana estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

Todavia, deve-se observar o fato de que neste instituto o menor terá condições necessárias para que impere em sua criação e desenvolvimento as melhores condições possíveis, tendo em vista que haverá segurança, saúde, educação, relacionamento familiar e social adequados, uma vez que o referido instituto permite ao pai ausente o direito de visitação, de modo que o mesmo faça parte da vida da criança.

A guarda unilateral é projetada para evitar divergências entre os pais no tocante a vida e a educação da criança, bem como para evitar que esta seja usada como uma arma no conflito entre os pais. Visa determinar a quem será dada a custódia dos pais de maneira unilateral e, portanto, o exercício mais eficaz do poder familiar, frisa-se que a aplicação deste instituto pode se dar de duas maneiras, com o consentimento dos pais ou por ordem judicial, sem esquecer que o melhor interesse da criança serve como critério para escolher quem será o tutor, restando ao outro o direito à visitas (GONÇALVES, 2017).

Nesse modelo, o detentor da guarda não precisa consultar o outro em relação a criação do filho, porém sempre que solicitado deverá fornecer informações em relação à saúde e a educação do filho (DIAS, 2016).

Ainda sobre este modelo de guarda, vislumbra-se que as visitas desaparecem com o tempo, deixando as crianças claramente em desvantagem e, portanto, configurando-se a perda do vínculo familiar que os une, isso acontece em decorrência da falta de convivência diária ou mais efetiva, sendo essa uma das consequências da guarda unilateral, de modo que houve a necessidade do surgimento de novas formas de cuidado em relação aos filhos (GANEZIN, 2016).

b) A Guarda Alternada

Para esta modalidade de guarda o Código Civil pátrio não reservou um dispositivo legal, contudo vislumbra-se consolidado o entendimento quanto ao seu conceito e características, logo, é possível afirmar que ocorrerá a figura da Guarda Alternada quando houver a designação de um lapso temporal determinado, no qual

a criança irá para a casa do seu pai, da sua mãe ou de quem quer que esteja naquele momento responsável por ela, em outras palavras, alternará entre a casa do pai e da mãe. Ademais, observa-se que não há supressão do direito de visita quando um não encontra-se com a guarda da criança, de modo que com a junção dessas duas noções, objetiva-se a coexistência de ambos os pais no desenvolvimento do filho(a). (LANDO; SILVA, 2019).

Diante do entendimento explanado, compreende-se ser esta uma modalidade de guarda demasiadamente eficiente e benéfica para o menor, uma vez que permite que o mesmo coabite com ambos os pais, ainda que em residências distintas, permitindo que assim a criança desenvolva-se corretamente tanto psicológica, quanto fisicamente. Todavia, o que deveria ser benefício, transforma-se-á em maléfício quando se analisa as circunstâncias da vida cotidiana, fazendo com que o instituto da Guarda Alternada seja inócuo e não tenha aplicação prática. (DIAS, 2016).

Em virtude do referido instituto configurar-se desprovido de fundamentos, motivos e meios que possibilitem sua aplicação prática, ele é pouco utilizado pelos Tribunais, pois a divisão rígida de tempo e espaço pode acabar prejudicando a criança, sendo inclusive contraindicada para a primeira infância. (SOUZA, DANIELLE DA COSTA, 2020)

Consubstancia-se a referida afirmação no fato da Guarda Alternada ser um instituto de aplicação estipulada pelo magistrado, outrossim retira da criança o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual consta concretamente fixado como uma das bases de todo o ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988.

Corroborando o princípio assinalado acima, o Estatuto da Criança e do Adolescente tem como regra que quando houver a possibilidade, deve-se levar em consideração a opinião da criança, respeitado o seu estágio de desenvolvimento, assim como o seu grau de compreensão, conforme preleciona os artigos: arts. 2.º; 15; 16, incs. I e II; 28, §§1.º e 2.º; e 83. (DIAS, 2016)

Ressalta-se que embora apenas um dos pais esteja cuidando de uma criança a cada lapso temporal determinado para esse fim, não significa que o outro não tenha direitos sobre a criança, pois o direito de um não exclui a obrigação do outro, devendo os dois zelar pelos melhores interesses da criança, podendo inclusive solicitar informações sobre questões relativas à saúde física e mental do filho, bem como exigir responsabilidade. (GANEZIN, 2016)

Não obstante, é imprescindível destacar ainda que, uma vez a criança não possuindo uma residência fixa, a mesma poderá apresentar dificuldade escolar, assim como dificuldade de relacionamento social, tendo em vista que a mesma terá cerceada ou reduzida a possibilidade de firmar amizades, ou seja, a criança terá quando da Guarda Alternada, uma "vida dupla", adquirindo de tempos em tempos, que podem ser curtos ou longos, hábitos distintos, vivenciando realidades totalmente distintas e com isso tornar confuso os princípios, valores e regramentos morais e éticos dos quais é constituída a personalidade de uma pessoa saudável física e mentalmente. Sendo assim, a Guarda Alternada revela-se revestida de exorbitantes incongruências.

c) A Guarda Compartilhada

No caso de tutela legal compartilhada, ambos os pais são detentores juridicamente do filho: a proteção física será alterada. No entanto, isso não significa que a criança terá que viver com ambos os pais, uma vez que poderá morar com apenas um deles, onde será sua residência habitual, mas vivendo com outras pessoas de uma forma mais ampla e persistente do que geralmente define o "direito de visita"(GUAZZELLI, 2014).

Ao contrário de outros modelos de guarda, este modelo permite que os filhos continuem a manter os laços familiares, a viver frequentemente juntos com os pais, evitando choques em seu desenvolvimento moral, o que geralmente é causado pela ausência de um dos pais (GONÇALVES, 2017).

Assim, o cuidado conjunto é uma organização formada após a separação dos pais, no âmbito do seu zelo e proteção da prole comum à qual ambos se apegam. A tutela legal deve ser estabelecida, bem como a forma de convivência dos pais com os filhos deve ser estabelecida, proporcionando aos pais maior proximidade física, divisão no exercício do cuidado, e igual participação do pai e da mãe no tocante a tomada de decisões sobre a criança (GONÇALVES, 2017).

Os benefícios da guarda compartilhada podem estar relacionados tanto em relação aos filhos quanto aos pais, quando da perspectiva do benefício para os filhos, que se expressa no direito de morar com os pais, isto é, o cuidado comum dos pais sobre o filho, o que poderia reduzir as dificuldades que as crianças geralmente enfrentam na adaptação em face de novas rotinas e novos relacionamentos após a separação dos pais (FARIAS, ROSENVALD, 2016).

Deve-se ressaltar que tal modelo de guarda, não deve ser considerado como solução para todos os casos, todavia deverá ser um meio mais comum para que os pais o procurem.

O objetivo do cuidado conjunto é garantir que essas duas pessoas, pai e mãe, mantenham contato constante, equilibrado, persistente e corresponsável com seus filhos, de maneira a evitar tanto a exclusão quanto a omissão deste que não está com o guarda no momento, e ainda é mitigada os efeitos, o impacto negativo da ruptura do casamento na relação entre pais e filhos, ao envolver ambos pais em sua educação, reafirmando seu poder família constante, ininterrupto e compartilhado.

Além disso, é importante destacar que qualifica a habilidade de cada um dos pais e os identifica em termos de tempo livre para organizá-los no que diz respeito a vida pessoal e profissional, também incentiva uma cooperação mais estreita entre os pais, permitindo com isso que a criança coabite com ambos, facilitando assim a integração e participação nas famílias. Outro ponto importante é que o dever de prestar alimentos continua a existir para o genitor que possui situação financeira superior, ou seja, não é porque lhe foi concedida a guarda compartilhada que deixará de pagar a pensão alimentícia. (RIZZARDO, 2019)

Na guarda compartilhada, independentemente do tempo que a criança passa na casa de ambos pais, a tutela é uma responsabilidade relacionada à criança. Portanto, busca-se que os pais participem mais das atividades cotidianas das crianças e adolescentes, sem a necessidade de destinar tempo das crianças ou adolescentes a mais de uma residência.

A finalidade deste modelo de guarda é permitir que os pais obtenham a tutela comum, de forma que seja inteiramente possível que a criança tenha uma residência fixa, e sobre tutela alternativa, ela se reveza para viver entre as residências dos pais (GUAZZELLI, 2014).

Frisar-se que se tutela conjunta for determinada por via judicial, e não por acordo entre as partes, o juiz determinará a atribuição e definirá o período de convivência, isso será feito por uma equipe interdisciplinar composta por assistentes sociais, orientação técnica e profissional para decidir e ainda por psicólogos (GUAZZELLI, 2014).

3.2 Da Regra de Aplicabilidade da Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de proporcionar à criança o acesso ao pai e à mãe, reconhecendo que ambos são responsáveis por ela, embora a mesma possa viver com um dos pais a maior parte do tempo.

Este modelo de guarda possibilita que os genitores participem da vida da criança de forma plena, contribuindo com seu desenvolvimento. Partindo dessa premissa, sugere-se a tutela compartilhada para reduzir a alienação dos pais no ambiente familiar. (FEREIRA, 2020)

Damasceno (2018) afirma que a guarda compartilhada não funciona como um antídoto à alienação parental, mas como um instrumento de combate à atuação mononuclear de um dos pais em relação à prole, pois refere-se a uma alternativa que busca quebrar o monopólio e poder de referência da família sobre os outros, buscando a coexistência dos mais diversos modelos parentais e familiares no desenvolvimento da criança, no sentido de tentar garantir o ajustamento emocional e a convivência familiar completa para o menor, ao possibilitar a convivência com outro parente, buscando assim salvar a compreensão e a amplitude da família na criança, o que significa, antes de tudo, restaurá-la à linhagem familiar.

Para Brandão e Lima (2016) a guarda compartilhada permite que os pais se envolvam mais na criação e na educação das crianças, o que irá dificultar que os pais os alienem, visto que, o laço familiar é mantido de uma forma mais semelhante ao que existia antes do fim do casamento.

Esta instituição jurídica visa manter uma relação íntima, contínua, cotidiana e harmoniosa entre pais e filhos, não havendo lugar para brigas, discórdias, injúrias e calúnias entre os pais, evitando assim uma incubadora, onde os pais são alienados.

Salienta-se que a utilização da tutela compartilhada visa combater à alienação parental, e ainda confirma a igualdade dos pais prevista na Constituição Federal, levando em consideração o bem-estar das crianças e dos jovens (RIZZARDO, 2019).

A principal vantagem é a possibilidade de um bom gerenciamento das funções parentais frente ao rompimento do vínculo conjugal e de relações familiares harmoniosas e saudáveis.

Portanto, o uso da tutela compartilhada surge como um possível instrumento que quando aplicado, reduz o risco de alienação parental, e ainda permite a superação das limitações do cuidado unilateral, protegendo as crianças e adolescentes de enormes danos psicológicos decorrentes do ressentimento para com os pais e do vazio sentimento de abandono. Ademais, a ampla convivência garante a durabilidade dos laços afetivos e a influência de ambos os pais na formação e educação dos filhos (FERREIRA, 2016).

3.3 Aspectos Relevantes da Lei nº 12.058/2014

Antes da promulgação da lei em 22 de dezembro de 2014, a guarda compartilhada já existia no sistema jurídico, haja vista que surgiu introduzida pela Lei nº 11.698 de 2008, contudo essa lei não pode ser considerada como exceção, mas, sim, regra. No entanto, a Lei nº 13.058 /14 alterou artigos: 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002. O artigo 1.584 §2, do referido código prevê que em caso de não haver acordo entre os pais, o juiz irá determinar a aplicação da guarda compartilhada, observando suas exceções: se um dos pais declarar que não deseja a guarda do filho e se uma das partes não estiver propícia a manter o cuidado com o filho. (GONÇALVES, 2017)

Nesse sentido, existem contraposições legais e doutrinárias no que diz respeito a esta lei que confundiu os juizes e advogados, dificultando a assimilação da nova regra, foi então, em dezembro de 2014, que surgiu a nova lei de custódia disponibilizada, introduzindo uma mudança muito significativa em sua redação, foi assinado não só pela doutrina, mas também pela legislação brasileira como principal modelo de guarda, a partir de então esse tipo de cuidado começou a ser tratado com mais detalhes, pois foram estabelecidas prerrogativas, que a mãe e o pai devem cumprir ao concedê-los imagem mais clara de como proceder nesta nova categoria de custódia (QUEIROZ, 2018).

Assim, é claro perceber que a guarda compartilhada já estava prevista no Código Civil, antes da instituição da lei aqui analisada, mas as mudanças foram fundamentais para que esta regra deixasse de ser exceção para tornar-se a regra, sendo usada da maneira frequente e na maioria dos casos práticos, o que trouxe benefícios e reflexos positivos na vida pais com seus filhos, seguindo a tentativa de diminuir a alienação causada nos seios familiares (DIAS, 2016).

Sabe-se que existem muitos pontos polêmicos na guarda conjunta que orbitam em torno de um tópico como: pensão alimentícia, habitação fixa do menor, apartamentos em diferentes cidades, muitas dessas questões foram levantadas e explicadas pela própria lei, onde muitas destas serão usadas em casos individuais, possibilitando a compreensão pessoal julgar as especificidades de cada caso. (ROSA, 2015).

4. ALIENAÇÃO PARENTAL E SUA INFLUÊNCIA NA DISPUTA DE GUARDA

4.1 Desvio de Finalidade

O instituto da família para a criança é um meio de proteção, uma fonte de sentimentos confortantes além de ser sua base de ensinamentos e exemplo de vida.

Quando há a ruptura desse vínculo, ocasionado pela dissolução conjugal esse instituto é inevitavelmente abalado.

As partes costumam recorrer às instituições judiciais para resolver os conflitos causados por sentimentos e emoções não resolvidos na maioria dos casos, e esses conflitos os impedem de chegar a um acordo por conta própria, isto é, sem intervenção judicial. Notar-se que as pessoas estão perdendo a capacidade de resolver seus conflitos, permitindo assim a intervenção judicial como meio para resolver suas problemáticas familiares (BARDR, 2016).

O instituto da alienação parental está muitas vezes no âmbito dos processos de separações conjugais, sendo esse fator ligado a criação da lei nº 12.318/10, além de desencadear pesquisas e estudos que tomam por base essa área (OLIVEIRA; MAKIYAMA; SANTOS, 2017).

De acordo com dados do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, os números de processos que envolvem casos de alienação parental teve um aumento de 5,5% do ano de 2016 para 2017, tendo em 2016 o número de 2.241 casos, e em 2017 subindo para 2.365 casos. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017).

É notório que alienação parental influência diretamente na disputa da guarda, posto que, a criança é manipulada por um dos genitores, essa prática fragiliza a relação entre menores e seu pai, resultando em falsas memórias, eliminando o possível amor entre os dois através de mentiras e falsas acusações.

A criança envolvida nesse litígio entre os pais começa acreditar que não pode gostar do genitor alienado, porque pode incomodar o alienador, entende-se que nenhuma criança está disposta a perder os sentimentos do genitor com quem vive a maior parte do tempo. Observa-se que a criança só tem a certeza do afeto do outro genitor alienante, assim o sentimento do outro genitor vai ser ignorada pela criança, muitas vezes por medo ou até mesmo raiva, a maioria das vezes tais sentimentos decorrem dos atos praticados na alienação parental (SANTOS, 2020).

A utilização de tal problemática nos processos de disputa de guarda, está ligado a questões de vingança entre os cônjuges, porém nesse empasse quem sai com sérios danos é a criança, sendo a parte mais frágil da relação.

No processo de disputa de guarda onde é identificado a veracidade da alienação, umas das punições, segundo o art. 6º da lei nº 12.318/10 é a determinar a

alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão e também a declarar a suspensão da autoridade parental.

É de grande importância destacar que existem casos no âmbito do processo de disputa de guarda que envolvem alegações de abusos sexuais, por muito vezes os tribunais acabam levando tal acusação como uma forma de alienação, não havendo a importante análise do caso, mascarando assim o abuso sexual em uma forma de alienação parental, podendo em muitos casos esse possível abusador conseguir a guarda do menor por meio de falsa alegação de alienação (COSTA, 2020).

A importância do trabalho do juiz juntamente com o psicólogo para conseguir identificar tal instituto, por meio da entrevista feitas com a criança em um processo de disputa de guarda, pois seu interesse é de inigualável relevância. Desse modo, pode ser identificado previamente a veracidade ou não da alienação, poupando essa criança ou adolescente de mais sofrimento, fazendo o alienador ou assediador ser identificado e devidamente punido (VEIGA, 2019).

4.2 A Alienação Parental como Instrumento de Violência e Punição contra Mulheres e Crianças

Conforme já explanado anteriormente, as denúncias inerentes a abuso sexual estão muitas vezes no meio de processos envolvendo ex cônjuges, onde os supostos abusadores são a figura do pai das crianças. Muitas dessas alegações infelizmente não são levadas corretamente no meio jurídico, podendo ser atrelada como motivo as alegações da alienação parental como meio de defesa e também os inúmeros entendimentos de tal acusação ser uma forma de suposta vingança da figura materna.

Não é novidade que a imagem da mulher no seu exercício maternal ser considerado uma figura constantemente apontada nos tribunais brasileiros como a alienadora. Tal entendimento vem desde os embasamentos dos estudos de Richard Gardner em seus artigos, que voltou seus discursos para ter a mulher como a alienadora e o pai como um "injustiçado" pelas suas alegações falsas, assim caracterizando alienação parenta (REFOSCO; FERNANDES, 2018).

Em análises e pesquisas documentais feita por Fermann (2016) constatou que em dez casos envolvendo alienação parental o suposto alienador era a mãe tendo a porcentagem de 71.43%, sendo a porcentagem da figura do pai bem menor, sendo apenas 21.43% dos casos.

Nos casos envolvendo abusos sexuais as mães são as que constantemente fazem a respectiva denúncia, sendo os pais e padrastos os principais abusadores. Infelizmente há um descrédito para a mulher, pois mesmo denunciando e alegando tal ato tão repugnante, as mesmas acabam perdendo a guarda dos filhos, consequentemente sendo essas crianças entregues diretamente para a guarda dos abusadores (CRUZ, 2017).

Na obra *True and False Accusations of Child Sex Abuse* de Gardner (1997) remete a questão da denúncia referentes a abusos sexuais no qual o mesmo explana sobre tal assunto de uma forma totalmente contra os direitos das crianças tratando como as inúmeras acusações de abusos sexuais como falsas.

Exemplo disso é visto no artigo de Nathália Freitas para o Instituto Patrícia Galvão, que mostra o relato de mulher de 42 anos cujo ex-marido e pai de sua filha utilizou a Lei de Alienação Parental contra a ex-cônjuge para retomar a guarda da filha. Conforme o artigo, embora a mãe tenha denunciado o agressor em razão de comportamentos, desenhos e relatos apresentados pela criança e analisados por profissionais de psicologia e ligados ao conselho tutelar e tenha apresentado comprovação em áudio em juízo, ela foi desacreditada e o possível abusador, que alegou que a acusação de estupro se tratava de alienação parental, conseguiu a guarda da criança e que a mãe não tivesse mais contato com a filha. Ou seja, prevalece a incerteza se a criança está ou não sendo abusada e a lei que deveria proteger a vulnerável acaba sendo um instrumento de possíveis abusadores, pondo-as em risco e sobre o poder dessas pessoas.

Outro caso é o da menina Joanna Marcenal considerado um dos primeiros casos a ter repercussão, no qual teve sua vida interrompida aos cinco anos de idade, logo após a separação de seus pais, iniciou-se um processo em face da disputa se sua guarda. Seu pai sempre foi ausente, chegando a passar dois sem visitá-la, o mesmo entrou na justiça com um processo para reverter a guarda de Joanna, alegando que sua mãe praticava alienação parental. Seu pai passou a exercer a guarda de Joanna, a mesma foi mantida em cárcere privado quando estava sobre a guarda do pai, tendo suas mãos e pés amarrados, sendo tratada de forma desumana, falecendo por conta da meningite que contraio após ter ficado em coma, sua mãe só conseguiu vê-la pouco antes de sua morte (BLACK, 2018).

Infelizmente com a falta de análise e perícias mais elaboradas em casos como esses, juntamente com a lei de alienação parental (lei nº12.318/10), acabam permitindo

que esse ausador acabe não pagando pelo seus delitos, tendo vantagens referentes a conseguir a guarda do menor. Assim desrespeitando os direitos dessa genitora, que acaba ficando sem seu filho, além de respondendo judicialmente por alienação (FERREIRA; ENZWEILER, 2016).

Ainda assim, há críticas quanto à implementação prática da regra no contexto jurídico familiar brasileiro, pois pode resultar em acobertamento de abusadores, tornando a Lei nº 12.318/10 um instrumento de violência tanto contra as mães, que se vêm desprovida da guarda e do controle da vida dos filhos, quanto contra as crianças, que ficam à mercê daqueles que deveriam proteger os menores.

Nota-se que a Lei de Alienação Parental ainda que vise a melhoria do convívio familiar com enfoque na proteção da criança e do adolescente perante os conflitos em que se encontram inseridos, apresenta sérios problemas. Primeiro por estar alicerçada em um comportamento que sequer é uma doença como o que faz parecer. Depois por atribuir demasiado poder ao Estado em relação à guarda das crianças. Por último, pela possibilidade de erro e de amparo aos acusados de abuso e/ou violência contra vulneráveis, protegendo-os em vez de proteger a criança do risco de abusos advindos dos próprios ascendentes da criança.

Por isso, Montezuma, Pereira e Melo (2017) apoiam a implantação de políticas públicas de prevenção contra o comportamento da alienação parental em situações de conflitos familiares e valorizam a mediação e nova Lei de Guarda Compartilhada. Pois, esse conjunto tende a trazer mais benefícios que aquela lei e contribui para redução da violência institucional.

5. CONCLUSÃO

No presente artigo verificou-se a lei nº 12.318/10 (Lei de Combate a Alienação Parental) no que tange seu motivo de inspiração, baseadas nas teorias de Richard Gardner, consideradas ineficazes e, atualmente, bastante questionadas em diversos outros países, persiste em nosso ordenamento há mais de 10 anos.

Entende-se que a lei de alienação tem “imprecisões” inconciliáveis com a sistemática de proteção à criança e ao adolescente, assim como as disposições de direito das famílias, a exemplo, dos artigos que conferem excessiva margem de liberdade ao magistrado em relação às suas identificações de condutas e na aplicabilidade de medidas provisórias.

A alienação parental e o processo de guarda estão conectados quando olham-se para essas duas figuras jurídicas da perspectiva de que uma poderá adicionar a outra para um caminho do qual naturalmente não iria, uma vez que o “objeto” principal das duas figuras é a criança ou adolescente que se encontra em situação de vulnerabilidade frente a problemas amorosos causados pelos pais dos mesmo.

Por conta da “tempestade” causada pelos pais, os quais conforme mencionado ao longo do artigo, possivelmente sofrem emocionalmente por conta de uma situação mal resolvida em relação à união dos dois, e em virtude dessas e de outras inúmeras situações que sequer vem à tona, ficam impossibilitados de resolverem por si mesmos as questões da guarda da criança, necessitando assim que seja levado a juízo. Todavia, quando isso acontece, tudo torna-se reluzente para a criança, que passa a vivenciar os desentendimentos, o que acaba levando à alienação parental por parte de um dos pais em relação ao outro, fazendo com que o processo de guarda que seria para beneficiar a criança possibilitando que ela tenha o melhor desenvolvimento possível, passe a ser algo maléfico para ela.

Como é sabido, o processo de guarda existe para que seja escolhido o melhor “caminho” na vida do menor, todavia, conforme explicitado no parágrafo anterior, em virtude da alienação parental o processo de guarda apenas garantirá em alguns casos que o alienador obtenha a guarda do menor.

Diante disso, entende-se por obrigatória e necessária uma minuciosa verificação de cada caso sobre a existência ou não da alienação parental naquele caso, de modo que por meio dessa verificação caso a caso se evite que o alienador utilize o processo de guarda a seu favor.

Sendo também de extrema importância a melhor análise e acompanhamentos de profissionais em casos envolvendo denúncias abuso sexual, pois infelizmente tais denúncias são postas como inverídicas sendo tratado pelo magistrado como uma forma de alienação parental.

Conclui-se que as mães são as principais figuras apontadas como alienadoras de acordo com dados conhecidos por Fermann (2016), também são as principais a denunciarem os abusos, porém devido a essa “cultura” de que o homem sempre é o alienado, essas mães além de responder por alienação parental iram também perder a guarda de seus filhos.

Com isso entende-se necessária a revogação da lei nº 12.318/10 (Lei de Combate a Alienação Parental), em razão de suas problemáticas já abordadas, assim não sendo viável sua revogação, outro meio seria a implantação de dispositivos voltados para a temática abuso sexual e obrigatoriedade de mais análises aprofundadas sobre cada caso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO, P. Alienação Parental: O Lado obscuro da justiça brasileira. São Paulo: Editora e gráfica Assai, 2016.

AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO: **Organização feminista que atua a 19 anos nos campos dos direitos das mulheres e da comunicação.** Disponível em: <<https://agenciapatriciagalvao.org.br/quem-somos/>>. Acesso em: 15 de maio de 2021.

BARDR, Josehp Charle: **Alienação parental: dimensão jurídica e sua influência no psíquico da criança.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52496/alienacao-parental-dimensao-juridica-e-sua-influencia-no-psiquico-da-crianca> . Acesso em 9 de Mar de 2021.

BATALHA. **Produções discursivas de gênero: uma reflexão crítica sobre a lei 12.318/2010 e a “síndrome da alienação parental.** Disponível em: **file:///C:/Users/CLIENTE/Downloads/batalha%20serra.pdf**. Acesso em 12 de maio de 2021.

BRASIL. Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 02 de set.2020.

BRASIL. Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm. Acesso em: 03 de set.2020.

BRANDÃO, L.M. Alienação parental: Análise sob a ótica do princípio da dignidade humana. 2019. 19 fl. Artigo Científico – UNICESUMAR, Maringá, 2019.

BRANDÃO, A.; LIMA, A. **Guarda compartilhada: uma solução para a alienação parental.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n.4753, 6 jul. 2016.

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50176>>; Acesso em: 22 de mar de 2021.

BLACK, 2018: **Mães pedem revogação da Lei de Alienação Parental: 'Não vamos tolerar mais ameaças'**. 2018. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/movimentos/2018/09/maes-pedem-revogacao-da-lei-de-alienacao-parental-nao-vamos-tolerar-mais-ameacas/>. Acesso em 23 de maio de 2021.

CANEZIN, C.C. **Da Guarda Compartilhada em Oposição á Guarda Unilateral**. 2021. Disponível: <http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/> artigo. Claudete. guarda. pdf . Acesso em: 20 mar 2021.

CARDOSO, Caroline Santos. Fenômeno. **Alienação Parental: A importância da avaliação psicológica em caso de disputa de guarda**. Revista Latino-Americana de Estudos Científicos, p. 45-60, 2020.

CARVALHO, Thayro Andrade et al. **Alienação parental: elaboração de uma medida para mães**. Estudos de Psicologia (Campinas), v. 34, n. 3, p. 367-378, 2017.

CARVALHO. **Revogar A Lei Nº 12.318/2010 É A Solução?** Disponível em: <file:///C:/Users/CLIENTE/Downloads/carvalho%2019.pdf>. Acesso em 23 de maio de 2021.

COSTA, Alessandra. **A Lei De Alienação Parental Utilizada Nos Processos Envolvendo Denúncias De Abuso Sexual**. Disponível em: <file:///C:/Users/CLIENTE/Downloads/Alessandra%20Costa%20usei.pdf>. Acesso em 24 de maio de 2021.

CRUZ, Rubia Abs. **Alienação Parental: uma nova forma de violência contra a mulher**. 2017. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/alienacao-parental-uma-nova-forma-de-violencia-contramulher/>. Acesso em: 10 de março de 2021.

DAMIANI, F.M.; RAMIRES, V.R.R. **Características de Estrutura de Personalidade de Pais e Mães Envolvidos no Fenômeno da Alienação Parental**. Interação Psicol., Curitiba, v. 20, n. 2, p. 206-218, maio/ago. 2016.

DIAS, M.B. **Manual de direito das família**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental: uma nova lei para um velho problema**. 2017.

DIAS ET AL. **Events Of Secondary Contact And Mitochondrial Introgression Obscure The Phylogenetic Relationships Amongmanakins Of The Genus *Lepidothrix* (Aves: Pipridae)**. 2017

FARIAS, C.C. **Curso de Direito civil: famílias**. 9º ed. Salvador ; Ed. Juspodivm, 2016.

FERMANN, Ilana; HABIGZANG, Luísa Fernanda. Caracterização descritiva de processos judiciais referenciados com alienação parental em uma cidade na Região Sul do Brasil. Cienc. Psicol Montevideu, v. 10, n. 2, p. 165-176, dez. 2016. Disponível em: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S168842212016000200006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 de maio de 2021.

FERREIRA, Tiago Pinto: **Redução da alienação parental no contexto familiar partir da aplicabilidade da compartilhada**. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55593/reduo-da-alienao-parental-nocontexto-familiar-a-partir-da-aplicabilidade-da-guarda-compartilhada>. Acesso em: 22 de mar de 2021.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; Alexandridis; BERNABE Georgios José Llias. **Alienação parental**. Saraiva Educação SA, 2017.

FREITAS, A.I.F. As consequências jurídicas da Alienação Parental. 2020. 36 fl. Trabalho de conclusão de Curso, Centro Universitário de Goiás, UNIGOIÁS, Goiânia, 2020.

GUAZZELLI, Mônica: **A Nova Lei Da Guarda Compartilhada**. Disponível em :1616185602296_LEI DE GUARDA COMPARTILHADA (1).pdf . Acesso em 19 de mar de 2021.

GADNER. Disponível em: <https://mail.google.com/mail/u/0/?pli=1#inbox/FMfcgzGkXctVvfMXIfQXFmHdKjCRdV Kq?projector=1>. Acesso em 23 de maio de 2021.

GARDNER Richard.O DSM-IV **tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?**.Disponível em:<http://www.mediacaoparental.org/richard_gardner.php>. Acesso em: 26 de maio de 2021.

GONÇALVES, C.R. **Direito civil brasileiro**. v.5. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LANDO, G. A.; SILVA, B. L. P. L. **Guarda compartilhada ou guarda alternada: análise da lei nº 13.058/2014 e a dúvida quanto ao instituto que se tornou obrigatório**. Revista de Direito, [S. l.], v. 11, n. 01, p. 299-333, 2019.. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/2005>. Acesso em: 15 Mai. 2021.

LEÃO, C. Análise crítica da Lei de Alienação Parental: uma análise crítica com vistas à proposição de inovações legislativas. Artigo Científico – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília, 2020.

MACHADO, M.G.Q. A aplicação da lei 12.318/10 nos tribunais brasileiros como um possível obstáculo para as denúncias de Abuso Infantil: Uma análise da Lei da Alienação Parental sob a ótica da Proteção Integral da Criança. 2019. 33 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2020.

MADALENO, A.C.C. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – Aspectos legais e processuais**. 4. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: ALEXAN. Forense, 2017.

MONTEZUMA, Márcia Amaral; PEREIRA, Rodrigo da Cunha; MELO, Elza Machado de. **Abordagens da alienação parental: proteção e/ou violência?**. Physis, Rio de Janeiro, v. 27, n. 4, p. 1205-1224, dez. 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010373312017000401205&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 17 maio 2021. <https://doi.org/10.1590/s0103-73312017000400018>.

OLIVEIRA, R.N.M.; VOGEL, E. Aspectos juridicamente relevantes acerca da síndrome da alienação parental. Revista da UNIFEBE, ed.2020 – Especial Direitos Humanos.

OLIVEIRA, Lethicia. **A Alienação Parental E O Papel Da Psicologia Jurídica**. Disponível em: Anais do 15o Encontro Científico Cultural Interinstitucional e 1o Encontro Internacional – 2017. ISSN 1980-7406. Acesso em 24 de maio de 2021.

PANCERA. **Alienação parental e a mediação como instrumento de garantia ao direito fundamental à convivência familiar**. Disponível em: <file:///C:/Users/CLIENTE/Downloads/pancera%20e%20nagarolli.pdf>. Acesso em 23 de maio de 2021.

QUEIROZ, Gabriele Campos F.: **O Instituto da Guarda Compartilhada como Instrumento Na Busca Da Inibição ou Redução Dos Efeitos da Alienação Parental**. Disponível em : [http://200-98-146-](http://200-98-146-54.cloudouol.com.br/bitstream/123456789/1491/1/Artigo%20Cient%C3%ADfico%20-%20Guarda%20Compartilhada.pdf)

[54.cloudouol.com.br/bitstream/123456789/1491/1/Artigo%20Cient%C3%ADfico%20-%20Guarda%20Compartilhada.pdf](http://200-98-146-54.cloudouol.com.br/bitstream/123456789/1491/1/Artigo%20Cient%C3%ADfico%20-%20Guarda%20Compartilhada.pdf). Acesso em 22 de mar de 2021.

RAMOS, P.P.O.C. **Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RABACHINI. **Alienação Parental: A Visibilidade Da Lei Nº 12.318/2010 E As Formas Alternativas De Combate À Sap No Brasil**. Disponível em: [RABACHINI 2019.pdf](#). Acesso em 23 de maio de 2021.

REFOSCO, Helena Campos; FERNANDES, Martha Maria Guida. **Entre o afeto e a sanção: uma crítica à abordagem punitiva da alienação parental**. Rev. direito GV, São Paulo , v. 14, n. 1, p. 79-98, Abril 2018. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322018000100079&lng=en&nrm=iso)

[24322018000100079&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322018000100079&lng=en&nrm=iso). Acesso em 13 de maio de 2021.

RIZZARDO, A. **Direito de Família**. 10 . Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

ROSA, C.P. **Nova Lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

RODRIGUES, Letícia Lackis Lima et al. **A disputa de guarda nos casos que envolvem alienação parental**. 2018.

SARMET, Yvanna Aires Gadelha. **Os filhos de Medeia e a Síndrome da Alienação Parental**. Psicologia USP, v. 27, n. 3, p. 482-491, 2016.

SANTOS, P.P. A alienação parental e sua proposta de criminalização: Percepção e prática dos psicólogos jurídicos. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso; (Graduação em Psicologia) - Faculdades Ciências da Vida, Sete Lagoas, 2017.

SANTOS, Samara Cynthia Santiago. Alienação Parental E Seus Efeitos No Núcleo Familiar. 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/mylex/Downloads/artigo%20usado%20santos.pdf>. Acesso em: 09 de março de 2021

SÃO PAULO. **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**. Nota Técnica Nudem nº 01/2019. Assunto: Análise da lei federal 12.318/2010 que dispõe sobre "Alienação Parental". São Paulo, 2019.

SOUZA, D.C. **A guarda Compartilhada e sua abrangência legal**. Goiânia, 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Disponível em:
<https://crianca.mppr.mp.br/pagina-2140.html>. Acesso em 13 de maio de 2021.

VALE, Nathalya Nunes. **A aplicação da Lei 12.318/2010 em nosso ordenamento jurídico ante a proteção integral da criança**. Disponível em:
<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/a-aplicacao-da-lei-12-318-2010-em-nosso-ordenamento-juridico-ante-a-protecao-integral-da-crianca/>. Acesso em 18 de maio de 2021.

VEIGA, 2019. Disponível em:
http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672019000100006. Acesso em 22 de maio de 2021.

O USO DO DIREITO PENAL DIANTE DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS: AS CONSEQUÊNCIAS PENAS DO NÃO CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS SANITÁRIAS

FRANCIS JÚNIO MARQUES MEDEIROS DE SOUZA:

Bacharelado em Direito pela Faculdade UNA Betim/MG.

GLAUCILENE MENDES CARDOSO

(orientadora)

RESUMO: O novo coronavírus é considerada uma doença infecciosa com identificação no mês de dezembro do ano de 2019. Com a pandemia tendo apresentação de maneira repentina, as lideranças políticas, assim como os legisladores se viram numa necessidade de elaborar soluções para sua contenção nas esferas civil, administrativa e penal. Nesse contexto, na utilização das conceituações do direito penal para que seja cumprido o esquema de regulação, estas ofensas ficam sujeitas aos princípios legais de direito penal, descrevendo definindo e limitando as sanções. Desta forma, o presente trabalho tem como objetivo identificar as impossibilidades jurídicas de responsabilização penal decorrendo do não cumprimento das medidas sanitárias com definição pelo governo. Conclui-se que, as medidas sanitárias em que o não cumprimento poderá ter configuração o crime com tipificação no artigo 268 do Código de Processo Penal são o isolamento individualista dos indivíduos doentes ou que apresentam-se em contaminação, além dos objetos e animais que foram afetados; a quarentena individual, que tem consistência em separar indivíduos suspeitos contaminados de indivíduos que não apresentam doença; e a restrição de entrar e sair do Brasil. Por fim, fiscalizar que as medidas sanitárias sejam cumpridas poderá ter realização partindo das entidades policiais, entretanto, eventuais desatendimentos a ordens em que o conteúdo seja a observância desta norma, apenas terá configuração como crime de desobediência caso não existam sanções administrativas cominadas para a hipótese.

Palavras-chave: Pandemia. Direito Penal. Consequência. Coronavírus.

INTRODUÇÃO

O novo coronavírus é considerada uma doença infecciosa com identificação no mês de dezembro do ano de 2019. O coronavírus é considerada uma família de vírus que causam infecções respiratórias. Atualmente, a população encontra-se em processo de vacinação, entretanto, não existe um tratamento em especificidade para a doença, além do controle dos seus sintomas.

Com a pandemia tendo apresentação de maneira repentina, as lideranças políticas, assim como os legisladores se viram numa necessidade de elaborar soluções para sua contenção nas esferas civil, administrativa e penal. Estas derrogações quanto as regras processuais normalmente com aplicação nas questões de crimes foram tomadas, especialmente por motivos óbvios de saúde, no intuito da redução dos contatos físicos, mas ainda para a garantia do funcionamento em continuidade do sistema de justiça público, um servidor que, no interim do serviço mínimo devido para toda a sociedade, não poderá acabar se dando ao luxo de parar de forma completa.

A Portaria Interministerial nº 05/2020, com emissão partindo do Ministério da Saúde e da Justiça e Segurança Pública do Brasil, fez o estabelecimento do caráter obrigatório das medidas com previsão na Lei Federal nº 13.979/2020, com promulgação para que seja enfrentada a atual emergência de saúde pública. A presente legislação faz previsão das medidas para combater à emergência de saúde pública com causa pela Covid-19, e teve sua regulamentação pela Portaria nº 356/2020 do Ministério da Saúde.

As presentes portarias com associação a Lei Federal nº 13.979/2020 não fazem estabelecimento de quais as penalidades ficariam sujeitas para aqueles que não acabarem cumprindo as regras. Esses atos somente fazem o estabelecimento que os infratores serão responsáveis civil, de forma administrativa e criminal.

A crise do novo coronavírus se tornou um lembrete acerca da importância da garantia de um processo duradouro em relação ao gozo dos direitos sociais, especialmente partindo do desenvolvimento de serviços universais de saúde pública. Inclusive, a pandemia demonstra em terminologias práticas as indivisibilidades dos direitos humanos.

Nesse contexto, na utilização das conceituações do direito penal para que seja cumprido o esquema de regulação, estas ofensas ficam sujeitas aos princípios legais de direito penal, descrevendo definindo e limitando as sanções.

Desta forma, o presente trabalho tem como objetivo identificar as impossibilidades jurídicas de responsabilização penal decorrendo do não cumprimento das medidas sanitárias com definição pelo governo.

Para tanto, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, onde foi buscado investigar o maior número de conhecimento técnico à disposição nessa área e em posicionamento sobre o tema. A pesquisa bibliográfica consiste no exame da bibliografia, para o levantamento e análise do que já foi produzido sobre o tema que foi assumido como tema de pesquisa científica (RUIZ, 1992).

1 CONSEQUÊNCIAS PENAIS DO NÃO CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS SANITÁRIAS

A disseminação do Covid-19 em proporções globais acabou transformando a vida de milhões de indivíduos no mundo inteiro. No Brasil, de forma mais específica no começo do corrente ano, existiu o decreto da pandemia, fato esse que alterou a rotina da população.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), medidas de prevenção tiveram adoção no intuito da redução da contaminação, dentre aquelas de maior importância apresenta-se o isolamento, o distanciamento social, a higienização das mãos e objetos, a utilização obrigatória de máscara e a suspensão das aulas e atividades. Nesse contexto, em certos estados e municípios houve a necessidade de tomar ações mais enérgicas para coibição da desobediência das recomendações sanitárias.

Com isso, para enfrentar a pandemia, de maneira repressiva, é fundamental a aplicação do Direito Penal. Como sedimentado na parte doutrinária e jurisprudencial, o poder de punição estatal apenas precisa ter emprego como ultima ratio, isto é, nos casos de extrema necessidade para o resguardo do bem jurídico de maior importância. Em outros dizeres, a Lei Penal tem condicionamento ao princípio da intervenção mínima.

Nesse contexto, Dobjenski e Dobjenski (2021) pontuam que, é notado que o descumprimento das determinações com imposição para combater o vírus, propicia risco e perigo ao bem mais fundamental da pessoa, que é a vida. Para isso, o Código Penal faz a tipificação das condutas representantes de alguma maneira ameaça ou atentam contra o direito fundamental, na previsão de penas severas a sua violação.

O Direito Penal tem consideração a segmentação do Direito Público que faz a regulação do poder de punição do Estado. Ele é detentor da competência de seleção das condutas humanas que são consideradas indesejadas, que possuem determinada gravidade e reprovação social, e com capacidade colocar em risco a convivência em sociedade (BECCARIA, 2011).

Cabe ao Direito Penal, ainda segundo Bittencourt (2012), o estabelecimento das penas que serão cominadas aos agentes infratores, com respeito, todavia, os princípios da Constituição.

Com isso, a função do Direito Penal é proteger os bens jurídicos fundamentais, isto é, a vida, o patrimônio, a honra, a integridade física, psíquica e orgânica, a imagem, a paz, e outros. Por este motivo, é revelado fundamental, ao se deparar com um tipo

penal (crime), a identificação de qual bem jurídico está tendo proteção para que seja possível a aplicação dos princípios penais.

O estudo relacionado com as funções desta importante área do Direito fica em volta, de forma básica, de duas vertentes do funcionalismo: o teleológico e o sistêmico. O primeiro faz afirmação que, a principal função do Direito Penal seria a proteção dos bens jurídicos de alta importância para a regulação da convivência social, pois, a seleção desses bens alteraria com a natural evolução dos interesses sociais. Bens outrora importantes acabaram passando, com o decurso do tempo, a ter irrelevância perante os olhos do Direito Penal, com guia partindo do princípio da intervenção mínima, bem como os valores antes desprezados, fizeram o recebimento, de forma posterior, a guarida dessa área da ciência jurídica (GRECO, 2010).

Já o funcionalismo sistêmico, com criação partindo de Gunther Jakobs, leva em consideração que resta ao Direito Penal, tão apenas, ter serventia de guardião do sistema normativo posto. Com isso, Jakobs considera que a atuação do Direito Penal tem sua pauta numa anterior violação do bem jurídico-penal, não tendo serventia aquele para tutelar os bens de valia, mas sim para a busca de reafirmações da autoridade da lei penal, com violação com a prática do delito (GRECO, 2010).

As instituições policiais passaram a fazer a fiscalização do cumprimento das medidas legais, levando em conta que, seu não cumprimento teria possibilidade de configuração da prática de crimes de não cumprimento das medidas sanitárias preventivas ou desobediências.

Além do mais, os artigos 4º e 5º relacionados com a Portaria Interministerial nº 5/2020 fazem o estabelecimento que, o não cumprimento das medidas de isolamento e quarentena com prevenção no artigo 3º, I e II na Lei nº 13.979/2020, tem possibilidades de sujeitas aqueles que infringiram as sanções penais com presença nos artigos 268 e 330 do Código Penal (CP).

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre outras, as seguintes medidas:

I - isolamento;

II - quarentena;

Entretanto, Parente (2020) afirma que, as classificações de fatos como um delito não têm decorrência de forças normativas de uma portaria. Estas classificações jurídicas são resultantes das correspondências dos fatos com hipóteses com definição na lei penal, e não toda definição com implementação por atos do Poder Executivo.

Assim, análises acerca da tipicidade do fato precisam ter realização de forma direta relacionado ao tipo penal, conforme adiante.

O artigo 268 do CP faz definição do crime de não cumprimento das medidas sanitárias preventivas como o ato de infringir determinações do poder público, com destinação ao impedimento de introduzir ou propagar uma doença considerada contagiosa. Essa, tem consideração como uma lei penal em branco, sendo que, a determinação do poder público tem estabelecimentos nos atos de normas complementares. Segundo Nucci (2020), os textos normativos complementares apresentam-se na Lei nº 13.979/2020, e os conteúdos dos elementos do tipo "determinação do poder público" possuem definição nos seus artigos 2º e 3º, da presente maneira:

O isolamento dos indivíduos que apresentam doenças e tiveram contaminação torna-se uma medida que tem sua abrangência individualmente, com determinação partindo da prescrição medida, e onde a validade tem condicionamento com a notificação do indivíduo a partir de termo de consentimento;

O isolamento dos objetos e animais que foram afetados, e a quarentena pessoal, tem consistência em separar os indivíduos, além dos objetos e animais que são sujeitos de contaminação, de indivíduos que se apresentem com doença. Essa ainda também tem consideração como uma medida que abrange individualmente, onde sua implementação precisa ter realização de acordo com protocolos clínicos;

Restrições para entrar e sair do Brasil são consideradas medidas que abrangem o coletivo, e que teve regulamentação por várias portarias;

Os textos desses complementos à lei penal tiveram implementação partindo de instrumentos idôneos para esse intuito, e tem suficiente determinação, mesmo que sua complexidade possa dificultar o conhecimento voltado ao seu conteúdo pelos destinatários das normas. Entretanto, relacionado com as medidas de natureza legal da quarentena, com consistência nas restrições das atividades, e das limitações para as locomoções, existem omissões de complementos da lei penal, impedindo sua aplicabilidade.

Leite (2020) pontua que, as legislações federais não fizeram definição de quais são as atividades com restrição, e ainda não fez o estabelecimento de limitações para as locomoções. Assim, na Lei nº 13.979/2020 não existem complementações com suficiência ao tipo para especificações de quais "determinações do poder público" seriam infringidas nesses casos.

Relacionado com a quarenta por restrições das atividades, Leite (2020) pontua que, o conteúdo tipo não é de forma suficiente determinado, devido ao fato que, a lei não acaba especificando quais atividades apresentam restrições, e nem de qual maneira. Assim, não tem identificação a medida que possa ser descumprida pelos destinatários da normativa. Isso não viabiliza a configuração de hipóteses delitivas, sendo que, as restrições com menção não possuíam a definição de seu objeto. Isto é, mesmo que se tenha previsão de forma formal a existência da medida, a lei não fez definição de qual seria essa medida.

1.1 O Problema do Distanciamento Social

Apenas a previsão legal da medida de quarentena com restrições das atividades, sem que tenham especificação quais são essas atividades, torna-se uma disposição bastante vaga, não satisfazendo as requisições de certeza do princípio de legalidade. Assim, não é possível o complemento de uma lei penal em branco, nem a produção de efeitos penais.

Cangussu (2020) pontua que, um outro problema é possível encontrar voltado com a medida do distanciamento social. Mesmo de ter determinação de forma suficiente o objeto da presente medida, a Lei nº 13.979/2020 não fez atribuição ao Ministério da Saúde a competência para que sejam criadas outras medidas sanitárias em complemento, diferentes daquelas com definição nos artigos 2º e 3º da presente lei. A competência ministerial com definição voltado com os textos das medidas sanitárias tem consistência nas disposições relativas com a fixação das condições e dos prazos das medidas de isolamento.

Como a presente medida teve instituição partindo de portaria, sem que a lei relacionada fez atribuições de maneira expressa a competência dos emissores dos atos para sua implementação, essa disposição não poderá acabar complementando uma lei em branco, por causa do princípio da legalidade com definição no artigo 1º do CP.

Por isso, Cunha (2020) pontua que, independente de valorizar os textos do ato, e das possibilidades jurídicas dos efeitos administrativos, a medida sanitária do distanciamento social não poderá acabar complementando uma lei penal. Entretanto, as medidas que podem trazer grandes dificuldades para a aplicabilidade no contexto penal são do "isolamento horizontal", com estabelecimento pelos atos normativos estaduais e municipais.

A Lei nº 13.979/2020, no seu artigo 3º, § 7º, II, acabou possibilitando que os gestores locais da área da saúde adotassem medidas com relação aos incisos I, II e VI, do artigo 3º, entretanto, não foram definidas outras medidas diferentes daquelas. Mas, diversas medidas tiveram implementação por distintos Estados e Municípios, onde os

textos são distintos da definição feita pela presente lei, e que possuem abrangências de maiores restrições.

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre outras, as seguintes medidas:

[...]

VI - restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos;

O grande problema é de que, o artigo 22, I, da Constituição de 1988 faz o estabelecimento de forma expressa que: é de competência de forma privativa da União a legislação perante o direito penal. De forma consequente, não é de maneira jurídica possível o uso dos decretos estaduais e municipais para a integração de uma lei penal em branco.

Cangussu (2020) pontua que, esse veto da Constituição faz garantias da uniformidade do Direito Penal no Brasil, e caso não tivesse essa reserva de competência, um mesmo fato teria possibilidades de ter consideração crime numa cidade, mas não em outra. Se isso viesse a ocorrer, teria apresentação de uma legislação penal de forma completa caótica no Brasil, devido ao fato que, cada Estado e Município fez a restrição de distintas atividades, de várias maneiras, e com prazos diferentes.

Assim, eventuais descumprimentos das medidas sanitárias com implementação partindo da regulamentação estadual e municipal que não sejam correspondentes de forma exata aos textos com especificação na Lei nº 13.979/2020, não pode ter classificação como fatos típicos nas terminologias do artigo 268 do CP.

Nesse contexto, Panoeiro e Neves (2020) pontua que, as medidas sanitárias onde os textos podem ter correspondência a determinações do poder público para configurar a hipótese com previsão no artigo 269 do CP, são apenas aquelas com definição nos artigos 2º e 3º da presente lei. Em outros casos, caso a normativa que faz a imposição das respectivas medidas sanitárias se tornar válida, seus efeitos se tornaram restritos no contexto administrativo, e suas eventuais consequências jurídicas possuirão esse mesmo caráter.

1.2 O Crime de Resistência

Quanto ao crime de resistência, o artigo 330 do CP faz sua definição como a desobediência da ordem legal de funcionário público. O elemento "ordem" tem correspondência com comandos pessoais, que profere de maneira direta por um indivíduo que possua a qualidade de funcionário público, e dirigido de forma específica para outro indivíduo individualizado.

A denominada "ordem" não deve ter confusões com comandos gerais, abstratos e impessoais, que maneira os conteúdos de uma norma jurídica, caso não fosse dessa maneira, as condutas ilegais teriam classificação como "desobediências". Assim proibições, com estabelecimento por lei ou decreto, não tem consideração "ordem" (CARDOSO, 2020).

Como se exemplo é possível citar um indivíduo caminhando e tiver abordagem pela entidade policial. O fato do indivíduo não estar cumprindo uma normativa jurídica geral com implementação por decretos na imposição do "isolamento social", poderá ter configuração como infração administrativa, entretanto, ela não descumpra a ordem com emissão pela entidade pública, e de forma direta com endereçamento a ela.

Segundo Silver (2000), as desobediências apenas poderão ter configuração para a polícia fizesse ordenação de maneira pessoal cessar as atividades proibidas impostas por decreto, e o indivíduo não cumprisse essa ordem de maneira imediata. Entretanto, apenas exercer atividades proibidas por decreto não tem configuração desobedecer a ordem. Assim, o fato não torna-se típico relacionado a essa norma penal.

De toda maneira, mesmo nos casos do não cumprimento da ordem que foi proferida pela entidade policial, existe uma requisição estruturalista adicional à classificação desse fato como sendo delito. É tratado da não existência de sanções administrativas com aplicação pelas infrações cometidas. Se o não cumprimento das medidas sanitárias ensejem incidência de sanções administrativas, os desatendimentos a ordem de uma entidade policial que faça existência do não cumprimento, não fará a produção de efeitos penais.

Assim, caso existam previsões das sanções administrativas pelo não cumprimento das medidas sanitárias, onde a observação do policial fez determinação ao proferir a ordem, a infração não fará ensejos da incidência das consequências penais, apenas administrativas.

2 O DIREITO PENAL SERIA A MELHOR RESPOSTA EM TEMPO DE PANDEMIA?

A responsabilização penal da pessoa que, ignora o estado de quarentena com imposição em vários estados, transmita o vírus e o resultado disto for a morte, é

fundamental que seja provado que este era o intuito inicial. Assim, Vital e Rofer (2020) entendem como pouco provável que seja configurado o homicídio, mas possível se de forma efetiva ter comprovação que certo indivíduo - com ciência não apenas de sua contaminação, mas também e condições tornem a vítima propensa à morte, se viver contrair a doença -, transmitir a enfermidade no intuito de matar.

Nos casos de morte, o art. 267 do CP parece aquele que melhor amolda a conduta do que o homicídio, especialmente em casos relacionados ao coronavírus. A pena do art. 267, até mesmo, tem maior gravidade do que a do homicídio simples. No caso da ocorrência de morte, a pena é dobrada, indo de 20 a 30 anos.

Vital e Rofer (2020) pontuam que, caso a intenção for de forma efetiva de contágio e não de causar a morte, terá incidência a disposição do art. 131 do CP, onde a pena já é considerada bem alta.

Segundo Dobjenski e Dobjenski (2020), não basta violar genericamente a situação de calamidade pública para enquadramento penal da conduta, é fundamental a especificação de qual ato ordinatório com destinação a realizar impedimentos da introdução ou propagação da doença contagiosa sofreu violação. Isto é, fundamental grande atenção às normas de caráter administrativa e sanitária que fazem complemento do tipo penal.

Muitos ainda colocam em dúvida se a aplicação do Direito Penal tem consideração como uma resposta com coerência para tempos de pandemia, especialmente diante das tentativas de reduzir a população carcerária e da restrição de funcionamento e circulação em fóruns e tribunais.

Vital e Rofer (2020) pontua que, o direito penal até pode ter aplicação em certos casos, entretanto, não possui amplitude e capacidade do combate do espraio da pandemia. Medidas pedagógicas, como a propaganda intensiva, e sanções administrativas, como as multas, tornam-se bem mais eficazes devido ao fato de terem aplicação mais e eficaz.

Além do mais, Faccini Neto (2020) pontua que, mesmo exista uma natureza emergencial advinda da crise do coronavírus, é fundamental que seja tomado cuidado para não se precipitar a usar, de maneira indiscriminada a imputação de determinados tipos penais para responsabilização dos indivíduos que porventura não respeitarem as determinações do Poder Público de isolamento e quarentena.

Nesse contexto, Dobjenski e Dobjenski (2021) pontuam que, o Direito Penal não é considerado a melhor solução para esta crise. O próprio encarceramento ameaça a

eficácia do combate sistemático à pandemia, dado o deplorável estado do sistema prisional brasileiro.

Já Vital e Rofer (2020) faz apontamentos para a responsabilização civil, como mais eficaz instrumento para a coibição dos abusos. A tutela civil do dano acaba se mostrando bem mais eficaz e com utilidade em casos de transmissão ilícita do vírus do que a simples responsabilização penal, sendo que, a quantia em pecúnia arbitrada terá serventia como reparação pelos prejuízos materialistas sofridos (como é possível citar, gastos com medicamentos, lucros cessantes, entre outros), além das compensações por eventuais danos extrapatrimoniais experimentados pela vítima.

Em hipóteses do agente possuir ciência que está contaminado com moléstia grave, e mesmo assim fazer a prática de ato com capacidade de produção do contágio, incorrerá nas penas do crime com previsão no art. 131 do CP:

Art. 131 - Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Nunes (2020) pontua que, neste caso, o crime é doloso e apenas poderá ser perpetrado com a presença de elemento subjetivo especial ou fim especial de agir, não tendo punição nos casos de dolo eventual, decorrendo de motivações em especificidade com previsão no tipo.

Neste caso, é possível citar o indivíduo que acaba se dirigindo a um ambiente fechado, possuindo o objetivo direto da transmissão do vírus para terceiros.

É preciso destacar também que, é um delito formal, não havendo necessidade, para sua consumação, a incidência de resultado naturalístico, que seria o efetivo contágio das vítimas situadas no local.

Relacionado com a tipificação do delito de perigo para a vida ou saúde de outrem, faz prescrição do Código Penal:

Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais. (Incluído pela Lei nº 9.777, de 1998).

Nunes (2020) pontua que, o delito é de perigo concreto e doloso, consumando com a conduta voltada às exposições da vida ou saúde de terceiros. É o caso dos agentes que, tendo conhecimento de seu contágio, resolve não cumprir a determinação médica e legal de isolamento, e venha a se deslocar para locais públicas onde há aglomeração de indivíduos, expondo-as à perigo direto e iminente de contágio ou assumindo o risco de produção do resultado.

Inclusive, o tipo penal possui caráter subsidiário, porquanto apenas tem incidência em hipóteses onde o comportamento do agente não ter constituição de delito mais grave.

Nesse contexto, Vital e Rofer (2020) citam que, o ministro Marco Aurélio do STF, fez o arquivamento de notícia-crime contra Jair Bolsonaro, presidente da República. Na presente petição, um advogado fazia acusações contra o presidente de cometer crimes de desobediência e causar epidemia, com previsão nos arts. 267 e 330 do CP. O ministro teve entendimento que, a conduta não configuraria como crime, sendo que, o crime de causar epidemia é requerente de dolo, e não existiam notícias de que Jair Bolsonaro teria sido infectado.

Inclusive, existem outras 5 representações contra Jair Bolsonaro devido suas condutas na pandemia. Dentre elas apresenta-se a do deputado federal Reginaldo Lopes, acusando Jair da prática de crime com previsão no art. 268 do CP, de infringir determinações do poder público, com destinação a realizar impedimentos da introdução ou propagação de doença contagiosa. Vital e Rofer (2020) pontuam que, este crime tem consideração de perigo abstrato, não havendo necessidade para sua configuração e eficaz comprovação introdução ou propagação de doença contagiosa.

CONCLUSÃO

Como foi possível ver, as medidas sanitárias em que o não cumprimento poderá ter configuração o crime com tipificação no artigo 268 do CPP são o isolamento individualista dos indivíduos doentes ou que se apresentam em contaminação, além dos objetos e animais que foram afetados; a quarentena individual, que tem consistência em separar indivíduos suspeitos contaminados de indivíduos que não apresentam doença; e a restrição de entrar e sair do Brasil.

Vem sendo comumente em grandes áreas infectadas pelo coronavírus a restrição do acesso. Países inteiros estão apresentando políticas de isolamento. Nos casos das determinações desta similaridade no Brasil, tem incidência no artigo 268 o agente que, com ciência desses impedimentos de entrada e saída, mesmo assim o faz independentemente de estar ou não com sintomas do coronavírus, uma vez que declarada a pandemia por órgão mundial competente tem em seu significado pontuar que todas as áreas do planeta apresentam-se perante risco, isto é, se o país faz imposição dessas restrições de acesso logo esta será uma medida para que seja evitada a propagação ou disseminação da doença contagiosa, o agente que assim faz, tendo conhecimento da proibição, precisa responder também pelo artigo 268 do CP (CANGUSSU, 2020).

Entretanto, nesses casos, é comumente alegações do não conhecimento da lei, sendo que, essa medida a restrição de entrada e saída do país pode não ter transmissão de forma massiva especialmente para aqueles que estão no estrangeiro e desejam entrar no Brasil, sendo assim, há a exclusão do dolo e de forma consequente a tipicidade (CANGUSSU, 2020).

As medidas que possuem relação com a quarentena, onde o objeto é restringir as atividades, e restringir as locomoções interestaduais e intermunicipais pelas rodovias, portos ou aeroportos, não tiveram definição nas regulamentações federais.

Além do mais, eventuais medidas adicionais com produção pelos órgãos estaduais ou municipais, não acabam produzindo efeitos no contexto penal, mesmo que seja possível a produção de efeitos jurídicos no contexto administrativo.

Por fim, fiscalizar que as medidas sanitárias sejam cumpridas poderá ter realização partindo das entidades policiais, entretanto, eventuais desatendimentos a ordens em que o conteúdo seja a observância desta norma, apenas terá configuração como crime de desobediência caso não existam sanções administrativas cominadas para a hipótese.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – Parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARDOSO, R. **Reflexos Jurídicos Penais do novo COVID- 19**. Disponível em: <https://romanodonadel.com.br/reflexos-juridico-penais-do-novo-coronavirus-covid-19>. Acesso em 07 Abr. 2021

CUNHA, R.S. **COVID-19 e seus reflexos penais.** Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/03/19/covid-19-e-seus-reflexos-penais/>. Acesso em 07 Abr. 2021.

CANGUSSO, L. **O Direito Penal e o coronavírus.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/80124/o-direito-penal-e-o-coronavirus>> Acesso em: 07 Abr. 2021.

DOBJENSKI, S. M.; DOBJENSKI, S. M. **Os reflexos da pandemia no direito penal:** uma análise acerca do aumento da criminalidade. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/89368/os-reflexos-da-pandemia-no-direito-penal>> Acesso em: 20 Mai. 2021.

FACCINI NETO, O. **A pandemia e o Direito Penal.** Disponível em: <<http://www.escoladaajuris.org.br/observatorio/images/pandemia-direito-penal.pdf>> Acesso em: 20 Mai. 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal** – Parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

LEITE, G. **Direito Penal e o combate ao covid-19.** Disponível em: <<https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/direito-penal-e-o-combate-ao-covid-19>> Acesso em: 07 Abr. 2021.

NUCCI, G. S. **A pandemia do novo coronavírus e a aplicação da lei penal.** Disponível em: <<https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/823696891/a-pandemia-do-coronavirus-e-a-aplicacao-da-lei-penal>> Acesso em: 07 Abr. 2021.

NUNES, L. B. **Crimes relacionados à pandemia do coronavírus.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/80526/crimes-relacionados-a-pandemia-do-coronavirus>> Acesso em: 20 Mai. 2021.

PANOEIRO, J. M.; NEVES, E. R. P. **O Direito Penal em tempos de pandemia:** A violação ao isolamento social determinado por autoridades estaduais e municipais constitui crime? Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/a-escola/comunicacao/quer-debater/o-direito-penal-em-tempos-de-pandemia-a-violacao-ao-isolamento-social-determinado-por-autoridades-estaduais-e-municipais-constitui-crime>> Acesso em: 07 Abr. 2021.

PARENTE, F. **Coronavírus e seus reflexos no Direito Penal Brasileiro.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-04/coronavirus-reflexos-direito-penal-brasileiro>> Acesso em: 07 Abr. 2021.

RUIZ, J. A. **Metodologia científica**: guia para eficiência nos estudos. São Paulo (SP): Atlas; 1992.

SILVER, L. **Regulando a COVID-19 da perspectiva do Direito Penal**. Disponível em: <https://ablawg.ca/2020/04/29/regulating-covid-19-from-the-criminal-law-perspective/>. Acesso em 07 Abr. 2021.

VITAL, D.; ROVER, T. Aplicação do direito penal na pandemia é tênue e ineficiente. **Revista Consultor Jurídico**, 11 de abril de 2020.

ALIENAÇÃO PARENTAL

YASMIM LUIZA DE SOUZA COUTO:

Bacharelada do curso de Direito pela
Universidade Brasil (campus Fernandópolis).

PEDRO MANOEL CALLADO MORAES

(orientador)

RESUMO: Pretende-se com esse trabalho realizar uma abordagem crítica de um assunto polêmico: a Alienação Parental. Atualmente tornou-se necessidade a mulher no mercado de trabalho, assim como o homem ajudando nos afazeres domésticos, e dividindo responsabilidades na criação dos filhos. Da mesma forma como mudou a postura do casal no casamento, o número de divórcios aumentou nos últimos anos. Como umas das consequências dessas separações se faz presente a Alienação Parental, considerada por muitos especialistas um "Abuso Psicológico" que o genitor que detém a guarda dos filhos utiliza como forma de vingança contra o outro genitor. Na ruptura dos laços amorosos dos companheiros, verifica-se em muitos casos o aparecimento da alienação parental. Geralmente se torna mais frequente em relações que terminam com litígios. Aquele que se julga ter tido mais prejuízos emocionais com o fim do relacionamento, tenta machucar o outro se utilizando da sua ferramenta mais poderosa: o filho. Existem várias formas e fontes para se identificar a alienação parental, mas deve haver também uma conscientização da sociedade sobre o tema.

Palavras-chave: Alienação Parental; Família; Filhos.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2 FAMÍLIA. 2.1 Evolução Histórica da Família. 3 DIREITO DE FAMÍLIA. 4 FILIAÇÃO. 4.1 Adoção. 4.2 Presumida. 4.3 Natural. 4.4 Socioafetiva. 4.5 Multiparentalidade. 5 DO DIVÓRCIO, DO PODER FAMILIAR E DA GUARDA. 6 ALIENAÇÃO PARENTAL. 6.1 Conceito. 6.2 Formas de Alienação Parental. 6.3 Falsas Denúncias de Abuso Sexual. 6.4 Alienação nos Meios de Comunicação. 6.5 A Atuação do Psicológico Jurídico. 6.6 Formas de Comprovação no Processo. 6.7 Formas de Coibir. 6.8 Meios Punitivos Previstos em Lei. 6.9 Do Cabimento de Dano Moral. 6.10 Da Necessidade de Tipificação Penal. 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais tornou-se comum a mulher no mercado de trabalho, o homem ajudando nos afazeres domésticos, dividindo responsabilidades nas despesas e também na criação dos filhos. Da mesma forma como mudou a postura do casal no casamento, o número de divórcios segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), teve um aumento nos últimos anos.

Vindo atrás com essas mudanças se faz presente a Alienação Parental, considerada por muitos especialistas um "Abuso Psicológico" exercido por quem detém a guarda da criança a fim de afastar o outro genitor como forma de vingança.

A alienação parental apresenta-se com a atitude do genitor que se sente desprivilegiado em relação ao divórcio e que começa a traçar estratégias de guerra contra seu ex-companheiro, utilizando de maneira consciente ou inconsciente a arma mais eficiente que se encontra em seu poder: os filhos.

Tendo a Alienação Parental como fato considerado mais recente e monstruosamente destruidor, tanto para a criança que poderá ser traumatizada por toda vida, tanto para o genitor que não detém a guarda, pois poderá ser privado de um relacionamento com o filho, e também o genitor que aliena este sofre geralmente quando a criança começa a crescer e a perceber que foi usada e iludida, onde passa a receber a raiva. Nesse tipo de síndrome os filhos são os mais afetados, e também os que precisam de maiores cuidados.

O presente trabalho consiste em um artigo de revisão bibliográfica, utilizando da metodologia, quanto a sua finalidade a pesquisa básica e pura; quanto ao seu objetivo, uma pesquisa exploratória; quanto aos procedimentos, utilizar-se-á pesquisa bibliográfica; quanto a natureza, pesquisa qualitativa; e quanto ao local de pesquisa, será utilizado a pesquisa de campo.

O objetivo deste artigo é refletir sobre os possíveis danos psicológicos e comportamentais causados aos filhos, analisando a melhor alternativa para combater esse abuso psicológico, buscando demonstrar a necessidade de uma tipificação penal para tal atitude, a fim de possibilitar a criança um melhor convívio com os genitores.

Em síntese será abordado superficialmente o conceito de família, e os direitos inerentes, e após mais especificadamente sobre alienação parental. Além disto, será

abordado os efeitos da alienação parental, o cabimento de dano moral e a necessidade de uma legislação criminal.

A FAMÍLIA

É de fundamental importância para o entendimento deste artigo a análise do conceito de entidade familiar pois é a base do assunto principal.

Vejamos, a entidade familiar é constituída pela figura do marido e da mulher, e posteriormente se amplia com o surgimento da prole.

A família é uma sociedade natural formada por indivíduos, unidos por laços de sangue ou afinidade. Os laços de sangue resultam da descendência e a afinidade se dá com a entrada dos cônjuges e seus parentes que se agregam pelo casamento.

Não foi nem o estado, nem o Direito que criaram a família, e sim o inverso como exemplifica a famosa frase de Rui Barbosa: "A pátria é a família amplificada".

2.1 Evolução Histórica da Família

O termo família, origina-se do latim *famulus* (escravos domésticos e bens posto da disposição do *pater*).

Os modelos de família existem desde a antiguidade, não se tem relatos do momento exatos, conforme alguns historiadores. Já os religiosos acreditam que a família teve início com Adão e Eva.

Antigamente a família obedecia ao sistema patriarcal, ou seja, o homem possuía o poder máximo, fazendo a mulher inferior, esse sistema foi chamado de *pater família*, na Roma Antiga.

Contudo, após esse período, um novo conceito de família foi criado, embasado mais pelo elo do afeto, nascendo a família moderna. Esse modelo iniciou-se a partir de século XIX.

A família contemporânea caracteriza-se pela diversidade, afeto e felicidade. Dessa forma, a filiação também tem base no afeto e convivência.

O modelo de família brasileiro encontra sua origem na família romana que, por sua vez, se estruturou e sofreu influência no modelo grego.

Com o passar do tempo, surgiu o Direito de Família para regulamentar as relações familiares

DIREITO DE FAMÍLIA

O direito de família é um dos ramos do direito que mais tem sofrido transformações, pois tal direito rege as relações familiares.

Desse modo, discussões acerca de diversos temas, tais como o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, a união estável, o divórcio e guarda compartilhada resultam numa reestruturação do direito de família.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, conceitua família: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado".

Com efeito, o direito de família, dentro todos os ramos jurídicos é aquele que traduz de maneira mais efetiva os anseios sociais, quer mediante a criação de soluções jurisprudenciais inovadores, que através da elaboração de leis estatais adequadas à realidade de fatos, sob pena de sua ineficácia social.

Segundo Flavio Tartuce:

o Direito de Família pode ser conceituado como sendo o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo o estudo dos seguintes institutos: a) casamento; b) união estável; c) relações de parentesco; d) filiação; e) alimentos; f) bem de família; g) tutela, curatela e guarda. Além desse conteúdo, acrescente-se a investigação das novas manifestações familiares. (TARTUCE, 2018, p. 1.157)

Os principais princípios que regem o direito de família são: Princípio da Proteção e Dignidade da Pessoa Humana; Princípio da Solidariedade Familiar; Princípio da Igualdade entre Filhos; Princípio da Igualdade entre Cônjuges e Companheiros; Princípio da Igualdade na Chefia Familiar; Princípio da Não-Intervenção ou da Liberdade; Princípio do Melhor Interesse da Criança; Princípio da Afetividade; e Princípio da Função social da Família.

FILIAÇÃO

A filiação é a ligação de uma pessoa a outra a partir do reconhecimento da parentalidade da mesma, ou seja, a ligação do filho com os seus pais, seja biologicamente ou por adoção.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2020), filiação é a relação jurídica que vincula o filho a seus pais. Ela deve ser assim denominada quando visualizada pelo lado do filho.

Ademais, a filiação é conceituada por Maria Helena Diniz (2010) como o vínculo existente entre pais e filhos, a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe geraram a vida ou a receberam como se a tivessem gerado.

A filiação possui três espécies, quais sejam: a adotiva; a presumida, pois se presumem naturais os filhos gerados na constância do casamento; e a natural, que se refere à questão biológica e além destas, existe também a filiação socioafetiva e a multiparentalidade.

4.1 Adoção

A adoção é o ato jurídico solene pelo qual uma pessoa estabelece um vínculo fictício de filiação.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, a finalidade da adoção é fornecer proteção às crianças e adolescentes desamparadas, sendo vedada qualquer discriminação em relação aos filhos adotivos.

O Código Civil sofreu relevantes modificações com a entrada em vigor da nova lei de adoção. Assim, manteve-se apenas dois artigos que tratam deste tema, sendo que o art. 1618 delega exclusivamente ao ECA a adoção de crianças e adolescentes e o art. 1619 trata da adoção de maiores de idade.

4.2 Presumida

A lei estabelece que, para os filhos provenientes na constância do casamento, há uma presunção de paternidade; já para os havidos fora do casamento, há critérios

para o reconhecimento judicial ou voluntário; e, para os adotados, há requisitos para sua efetivação.

Nesse sentido, o Código Civil em seu artigo 1.597, incisos I à V, elenca as hipóteses em que se presume que os filhos foram concebidos na constância do casamento.

Por fim, o reconhecimento produz efeitos *ex tunc*, fazendo constar o fato no Registro Civil, sem qualquer referência à filiação ilegítima.

4.3 Natural

A filiação natural é aquela que decorre do ato de procriação, ou seja, do *jus sanguinis*, existente entre pais e filhos. Resulta de relações sexuais ou inseminação artificial entre homem e mulher, diferentemente da filiação decorrente de outra origem, como adoção e filiação socioafetiva.

4.4 Socioafetiva

De acordo com Maria Berenice Dias (2015), a filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação.

O artigo 1.593 do Código Civil evidencia a possibilidade de diversos tipos de filiação, quando menciona que o parentesco pode derivar do laço de sangue, da adoção ou de outra origem, cabendo assim à hermenêutica.

A paternidade/maternidade socioafetiva funda-se no Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente. Surge, a busca pela verdade sociológico, fundamentada no estado de filiação, onde uma pessoa assume o papel de pai/mãe e a outra o de filho, independentemente do vínculo biológico.

O reconhecimento formal é feito no âmbito jurídico. O juiz analisará no decorrer do processo, se o vínculo configura uma relação socioafetiva, típica de uma relação filial, que seja consolidada, duradoura e pública. Comprovados todos os requisitos necessários, ao final do processo o juiz expedirá uma decisão de reconhecimento da filiação, determinando a alteração do registro de nascimento do filho, incluindo o nome do pai/mãe, socioafetivos, bem como dos avós. O reconhecimento socioafetivo pode ser feito a qualquer momento, até mesmo, após a morte dos pais.

O reconhecimento socioafetivo, produz os mesmos efeitos, pessoais e patrimoniais, do parentesco biológico, tanto para os filhos quanto para os pais.

4.5 Multipariedade

A multiparentalidade ou pluriparentalidade ocorrerá por meio de procedimento jurídico, na qual o filho passará a possuir duas mães e um pai ou dois pais e uma mãe em seu registro de nascimento.

De modo exemplificativo pode ocorrer que determinada pessoa tenha convivido muitos anos com seu padrasto e com ele estabelecido forte relação pautada no amor e esta mesma pessoa, depois de algum tempo, conhece seu pai biológico com quem passa a ter também uma reação de afeto. Nesse caso, tanto o pai afetivo quanto o pai biológico, poderão tornar-se pai registral.

DO DIVÓRCIO, DO PODER FAMILIAR E DA GUARDA

Nos dias atuais, ficou comum as mulheres no mercado de trabalho e os homens ajudando nos afazeres domésticos, dividindo as despesas e as responsabilidades na criação dos filhos.

Da mesma forma como mudou a postura do casal no casamento, o número de divórcios segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), teve um aumento nos últimos anos.

Atualmente o princípio da igualdade entre homem e mulher foi consagrado na Constituição Federal, a isonomia entre gêneros só teve sua eficácia e efetividade plena após a entrada em vigor do Código Civil de 2002.

O Código Civil, dispõe em seu artigo 1.630 que: “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

Desse modo, o exercício do poder familiar compete aos pais, igualmente, pois não é o exercício de uma autoridade, mas um dever imposto pela paternidade e maternidade, conforme o artigo 1.631 do Código Civil.

Nesse sentido, leciona Flávio Tartuce:

O poder familiar é uma decorrência do vínculo jurídico de filiação, constituindo o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto. (TARTUCE, 2018, p. 1.364)

E a guarda faz parte desse poder, exercido sobre os filhos menores.

Com a dissolução do casamento, a guarda vem a ser disputada pelos genitores. Havendo um comum acordo entre os pais, o critério da guarda dos filhos será a vontade dos próprios genitores, que deverão decidir de acordo com o que entenderem ser mais adequado para os seus filhos. Todavia, se houver litígio, caberá ao juiz a decisão de quem ficará com a guarda dos filhos.

Vale ressaltar que a lei nº 11.698/08 altera o Código Civil, deixando de priorizar a guarda individual, para estabelecer o que é guarda unilateral e guarda compartilhada (Artigo 1.583, §1º do Código Civil), preferindo sempre a guarda compartilhada. A decisão do juiz determinando a guarda será pautada nos interesses do menor, observando as suas necessidades específicas e a distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe sendo permitido a mudança da decisão a qualquer tempo.

ALIENAÇÃO PARENTAL

Para iniciarmos o tema em questão é bom sempre lembrar alguns conceitos utilizados:

- **Alienador:** é aquele que cria um círculo de informações muitas vezes mentirosas a fim de afastar o menor do ex-companheiro.
- **Alienado:** é o menor que está sendo manipulado.
- **Alienante:** é aquele que é a vítima das acusações do alienador a fim de alienar o menor

6.1 Conceito

Nos últimos anos, a prática de alienação parental tem se tornado cada vez mais comum, sendo estudadas no âmbito jurídico e psicológicos. Embora exista uma lei específica (Lei 12.318/2010) para tal assunto, este problema é tanto quanto desconhecido no Brasil.

A alienação parental é considerada por muitos especialistas um “abuso psicológico” que o alienador exerce sobre o menor.

O primeiro a estudar este assunto foi o psiquiatra norte-americano Richard A. Gardner, segundo ele trata-se de uma “Síndrome de Alienação Parental”, concretizada através de uma campanha desmoralização que um dos genitores faz em relação ao outro para o filho, é o comportamento intencional ou inconsciente de aniquilação afetiva do outro genitor.

Gardner, denominou síndrome porque constitui uma série de características da situação familiar vivenciada. Segundo ele, uma síndrome, pela definição médica é um conjunto de sintomas que ocorrem juntos e que caracterizam uma doença específica. Ele observou, que nas ações de divórcios, os pais tentavam afastar o filho de forma punitiva, fazendo com que elas acreditassem em agressões e sentimentos que jamais existiram.

No Brasil a Síndrome da Alienação Parental passou a ser mais bem analisada pelo Poder Judiciário em 2003, com a participação de equipes interdisciplinares nos processos de família e pelas pesquisas realizadas e divulgadas pela Associação dos Pais e Mães Separados (APASE) e o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

A Lei 12.318/2010, no seu artigo 2º, conceitua alienação parental:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause

prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

No caso de alienação parental é difícil, a aplicação da guarda compartilhada, pois, é preciso haver um ambiente de entendimento, de respeito, e de afeto para a criança ou adolescente não será usado na disputa.

6.2 Formas de Alienação Parental

Para avaliar qual será a melhor forma de combater a alienação parental é necessário primeiramente identificá-la e fazer o diagnóstico de seu estágio, sendo considerado três estágios: leve, médio e grave.

No estágio leve pode notar que as visitas se apresentam calmas, com um pouco de dificuldades na hora da troca, as manifestações de campanha de desmoralização desaparecem ou são discretas e raras. Nessa fase geralmente quando a alegação chega ao judiciário já é entendido pelo alienador e este próprio cessa a campanha de desmoralização.

No estágio médio, o alienador utiliza uma grande variedade de táticas, ele se coloca para a criança como sendo o bonzinho enquanto o outro genitor é sempre o ruim.

E, no estágio grave, os filhos em geral estão perturbados e podem ficar em pânico apenas com a ideia de ter que visitar o outro pai. Mesmo afastado do ambiente do alienador durante um período significativo, é impossível reduzir os medos inseridos em sua mente. Neste estágio não tem eficácia o esclarecimento da alienação, muito menos a ameaça de punição ao alienador, a forma para cessar a alienação seria a mudança de guarda acompanhada com tratamento psicológico.

Segundo Richard A. Garden (2002):

a Síndrome de Alienação Parental (SAP) é caracterizada por um conjunto de sintomas que aparecem na criança geralmente juntos, especialmente nos estágios médio e grave. Esses incluem: 1 – Uma campanha denegritória contra o genitor alienado; 2 – Racionalizações fracas, absurdas ou frívolas para depreciação; 3 – Falta de ambivalência; 4 – O fenômeno do “pensador independente”; Apoio automático ao genitor alienador no conflito parental; 5 – Apoio automático ao genitor alienador no conflito parental; 6 – Ausência de culpa sobre crueldade a e/ou a exploração contra o genitor alienado; 7 – A presença de encenações “encomendadas”; e 8 - Propagação de animosidade aos amigos q/ou à família extensa do genitor alienado.

Tipicamente, as crianças que sofrem com SAP exibirão a maioria desses sintomas (se não todos). Entretanto, nos casos leves, pode-se não se ver todos os oito sintomas.

6.3 Falsas Denúncias de Abuso Sexual

O filho é convencido da existência de um fato e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre a criança consegue diferenciar que está sendo manipulada e acaba acreditando naquilo que lhes foi dito de forma repetida.

Com o tempo, nem mesmo a mãe consegue discernir a verdade e a mentira, implantando assim, falsas memórias.

Em contrapartida, não se pode esquecer que muitos abusos realmente acontecem e merecem especial atenção, necessitando sempre uma investigação. O fato de imputar falsamente a ocorrência de abuso, com o objetivo de prejudicar a imagem do outro, por si só, merece ser reprimida.

No caso das falsas acusações de abuso sexual, o alienador cria falsas memórias de um possível abuso sexual e implanta na cabeça dos filhos com o intuito de afastar definitivamente o outro pai do filho.

Esta é uma das formas mais graves e destruidoras da alienação parental, além de ser muito difícil de ser comprovada. A atitude egoísta e vingativa do alienador fará com que a criança passe por exames de corpo de delito, além de ficar anos tendo que ouvir as histórias do falso abuso.

No momento em que o alienador faz as denúncias o seu maior sentimento é punir o ex-companheiro utilizando a forma que ele entende ser a mais eficaz o resultado.

Os efeitos psicológicos da falsa acusação para as crianças ou adolescentes são idênticos quando as mesmas realmente são abusadas.

6.4 Alienação nos Meios de Comunicação

A alienação parental foi exibida na Rede Globo, na novela Salve Jorge, de Glória Perez, no ano de 2012 e 2013.

Na trama conta a história de Antônia (alienante), que possui dificuldades de conviver e relacionar com sua filha Raissa (alienado), pois seu ex-marido (alienador) faz de tudo para manipular a filha, colocando a menor sempre contra a mãe.

A novela mostra diversas formas de manipulação exercida sobre o menor, como por exemplo os horários para alimentação, brincar (rotina), o induzimento para querer ficar somente com um genitor e as desqualificações feita sobre a mãe.

Após a novela, diversas emissoras de televisão e rádio, trataram o assunto, todavia o assunto é pouco discutido, deixando a sociedade carente de informações e sobretudo sobre as punições.

6.5 A Atuação do Psicológico Jurídico

Tendo evidência de alienação parental em um processo, cabe ao juiz determinar a realização de um estudo psicológico e social, para confirmar ou não o abuso.

Diante da dificuldade de identificação da existência ou não dos episódios denunciados, sendo indispensável contar com a participação de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, com seus laudos, estudos e testes, e também com a capacitação do juiz.

É dos psicólogos não somente para ajudar na comprovação da alienação, mas também para tratar tanto o filho quanto os pais. Precisa-se ter cuidado também com aquele que não detêm a guarda, pois na maioria das vezes o fardo de tentar aproximação com o filho se torna pesado demais e este pode acabar desistindo da aproximação com o filho enquanto criança, esperando se reaproximar quando o filho ficar mais velho para explicar a ele o que aconteceu, e é claro que este laço poderá ser rompido para sempre.

6.6 Formas de Comprovação no Processo

Alguns comportamentos são característicos da alienação tais como: negar passar chamadas telefônicas ao filho; apresentar o novo cônjuge aos filhos como sua nova mãe ou seu novo pai; dificultar que o outro genitor de exerça seu direito de visitas, enfim, esses são alguns exemplos de desmoralização ou formas de afastar pai/mãe dos filhos, tais condutas poderão ser utilizadas documentalmente, para comprovação no processo.

Todavia, o diagnóstico da Alienação Parental será comprovado através da realização de perícia psicológica ou biopsicossocial, conforme o artigo 5º da Lei 12.318/2010.

Outro modo eficaz para comprovação é o depoimento sem dano, que é uma alternativa ao modelo atual criado em maio de 2003, pelo Juiz da Infância e da Juventude de Porto Alegre/RS, consiste numa forma diferenciada de ouvir a criança em audiências (gravação de áudio e vídeo, as emoções, o choro, a tristeza, e a lágrima), evitando que elas sofram durante a produção de provas.

6.7 Formas de Coibir

A guarda compartilhada, apesar de ser a forma definida em lei e possuir seus defensores, não alcança êxito quando os pais não possuem uma convivência pacífica ou vivem em cidades diferentes.

A ideia dos filhos desfrutarem dois lares em perfeita harmonia é o ideal como é o caso da guarda alternada, pois os efeitos patrimoniais dos alimentos e do direito de visitas, assegurados pela lei valem muito pouco principalmente quando o afeto é desestimulado.

6.8 Meios Punitivos Previsto Em Lei

O artigo 6º da Lei 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental) mostra os meios punitivos o qual o juiz poderá inibir tais atos, conforme a gravidade do caso. O rol do artigo 6º da referida lei é meramente exemplificativo, sendo que o objetivo dessas medidas é afastar a prática da alienação parental:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

O inciso VII tem amparo jurídico também no Código Civil no artigo 1.637, quando em caso de abuso de autoridade é verificado o melhor interesse da criança, o juiz, a pedido de parentes ou até do Ministério Público poderá adotar tal medida.

6.9 Do Cabimento de Dano Moral

O art. 3º da Lei de Alienação Parental declara justo a propositura de ação por danos morais em caso de comprovação da conduta:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

O cabimento de danos morais, cabe tanto para o pai quanto para a mãe alienados, seja pela restrição de se conviver com o filho, ou pela imagem denegrida.

Entretanto, o dano não se configura só pelo genitor alienado, mas pelo filho que também foi privado de conviver com o pai/mãe e que teve a sua integridade psíquica e moral atingidas.

Vejamos:

Responsabilidade civil. Ação de indenização. Alienação parental. Ré condenada ao pagamento de indenização fixada em R\$ 5.000,00 a título de reparação por danos morais. Boletins de ocorrência que revelam patente recalcitrância da ré em permitir que o autor exercesse seu regular direito de visita ao filho comum das partes, chegando inclusive a ponto de levar terceiro à residência paterna para desempenhar função de segurança durante as visitas. Conduta da ré que justificou o arbitramento de astreintes com o fim de preservar o vínculo entre pai e filho, bem como a extração de cópias dos autos para a instauração de inquérito policial a fim de apurar crime de desobediência, medidas de ultima ratio em ações desta natureza. Alienação parental reconhecida pelo Ministério Público e por profissionais responsáveis pela elaboração de estudo social e laudo psicológico. Alienação parental caracterizada, nos termos do art. 2º, caput e par. único, I a IV da Lei nº 12.318/2010. Dano moral configurado. Indenização mantida em R\$ 5.000,00. Sentença preservada (art. 252 do RITJSP). (TJ/SP – Recurso Apelação nº 1034983-26.2015.8.26.0602 – Sorocaba – Julgado em 10/12/2019).

6.10 Da Necessidade de Tipificação Penal

A sociedade não teme as punições cíveis, que deverão ser arbitradas de acordo com a condição econômica de quem cometeu a infração, por isso algumas pessoas defendem que o legislador deveria tipificar a alienação parental como tipo penal delimitando também suas sanções.

Embora se discuta o afastamento prisional de um dos pais do menor ou mesmo a situação carcerária do país, a tipificação penal traria uma reflexão para a

sociedade a fim de se evitar ou buscar a diminuição dos casos de alienação, como acontece nos casos de pensão alimentícia.

Nesse sentido, Susana Vieira de Araújo, em seu artigo expõe:

A repercussão da alienação parental ultrapassa o limite civilista descambiando necessariamente para uma punição penal específica. Verifica-se que a lacuna penalista é extremamente favorável ao cometimento desta agressão. Tem-se penalmente a punição pela agressão física, seja a lesão corporal ou até mesmo os maus tratos, já psíquica, necessariamente o Estado precisa coibir de igual modo.

O entendimento deve privilegiar um tipo penal na seguinte estrutura legislativa, artigo 136 – A (crime de alienação parental), depois do crime de maus tratos, com a seguinte dicção:

Art. 316-A: Alienar criança ou adolescente com intuito de perturbar psíquica e emocionalmente, afastando do convívio com o genitor alienado e prejudicando seu desenvolvimento normal.

Pena: detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo único: Aquele que colaborar, direta ou indiretamente, com o alienador, responde pelo mesmo delito. (ARAÚJO, 2015, p. 66).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurei demonstrar com o presente artigo, formas de se identificar a alienação parental, maneiras de coibir e punir o alienador. Além disso, apresentei a necessidade da criação de uma tipificação penal.

A alienação pode ser praticada tanto pela mãe ou o pai, geralmente é quem detêm a guarda, ou mesmo por pessoas próximas e com vínculo afetivo ao guardião.

Os filhos vítimas da alienação, podem trazer para a vida adulta frustrações, sentimento de vazio, ou até mesmo futuramente repetir os exemplos do alienador, deixando as relações sempre a mercê dos abusos.

As formas previstas em lei para enfrenta-la nem sempre são eficazes, e nem sempre aplicadas, deixando em dúvida a sociedade.

A alienação parental não pode mais ser colocada em segundo plano em nossas vidas, devemos ter em mente que poderá gerar frutos indesejáveis para toda sociedade, pois essas crianças alienadas amanhã podem se tornar jovens e adultos com diversos distúrbios comportamentais advindos dos abusos sofridos na infância.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Susana. Necessidade de tipificação penal da alienação parental e a aplicação da lei de nº 12.403/2011. Disponível em: <http://tede2.unicap.br:8080/bitstream/tede/508/1/susana_vieira_araujo.pdf>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Lei 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Lei 12.318/2010, de 26 de agosto de 2010, Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação cível nº 1034983-26.2015.8.26.0602. Apelante F.E.G. Apelada D.M.S.P. Relator Alexandre Marcondes. São Paulo, 10 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=13168769&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_cf4e431d2c454b6d85666d71ed80595d&g-recaptcha-response=03AGdBq26JORSU_RvUMfw0gmBxSCahWmeJhZNwG3wNf6O7qcYMhynnawnppNB60iV2t1Bky6DqxknPY3cEw-5kX-UKXnXB0anl0TWvHdjxIS7M0C89JVeQp8trimageP11WvSddzUBm6y5JX9DvQxSLhd9p>

uZz76liFC5y4DZI6Sym1S4atISjwksEd9eP9nT7yM3aaLOnJ3-
0Sjs68sKGT0PRVK4wDvP_O3ADGsauS8J-Q0n-
xKYAOnYRALYU2ITfITdHrJzxGwhdnhFcJntMfriugDRm6zd73Yohskg5JGWjy17aLBsua
VBdGrgNUZ0ILYjzP-V5O0Yu24zoQGwFTZTH_Q4por65OrS-
74IHKk7H8Wwjz5sYJ56XF5tPqPVBUIsxEf3oDF8RQVZ4z92MKINRKheL0InIt385dDacX
NjsDYsudPsfrOH5NCInu1qKUKbAJsAEujCFx>. Acesso em: 31 out. 2020.

DIAS, Maria. Manual de direito das famílias. 10. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria. Curso de direito civil brasileiro. 25. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2010.

GARDEN, Richard. Síndrome da alienação parental, 2002. Disponível em:
<<https://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 29 out. 2020.

GONÇALVES, Roberto. Direito civil brasileiro. 17. ed. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2020.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. volume único, 2018.

A BUSCA PARA A CONCRETIZAÇÃO DO MELHOR PRINCÍPIO PARA A CRIANÇA NA GUARDA COMPARTILHADA

CÁSSIO LEANDRO MENECHELLI:

bacharelando em Direito pelo IESB
BAURU /SP

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO

(orientadora)

RESUMO: A importância sobre o amparo a criança nestes momentos de separação de ambos genitores, é um grande aliado para a estrutura de saberes dentro das universidades, refletindo assim na formação dos alunos, e durante todo o percurso da sua vida dentro e fora da carreira. Neste estudo, o objetivo é entender a guarda compartilhada no ordenamento jurídico, em que haja o favorecimento do melhor interesse da criança, tendo como base, pesquisas bibliográficas e análises em fontes da internet. Conclui-se que é necessária uma cooperação dos pais frente a esta questão, pois exige uma postura passional deles diante esta situação com seus filhos, uma vez que terão que mostrar um trânsito natural entre os dois lares de forma que não afete seu filho ou filhos emocionalmente, e diante disso preserve a presença tanto da maternidade quando da paternidade, sem que a criança tenha que lidar com frustrações, e sentimentos de abalo emocional.

Palavras-Chave: Guarda compartilhada. Separação conjugal. Ordenamento jurídico.

ABSTRACT: The importance of supporting children forced to separate their parents is a great ally for the structure of knowledge within universities, thus reflecting on the training of students, and throughout the course of their lives inside and outside their careers. . In this research study, the method used was that of analysis and investigation, since the objective is to understand the shared custody in the legal system, in which there is the favoring of the best interest of the child, based on bibliographic research and analysis in sources of Internet. It is concluded that the cooperation of the parents is necessary in face of this issue, since it requires a passionate posture from them, this situation with their children, since they need to show a natural transition between the two homes in a way that does not affect their son or children emotionally, and in view of that, preserve the presence of both motherhood and fatherhood, without a child having to deal with frustration, and feelings of emotional shock.

Keywords: Shared custody. Marital separation. Legal order.

1 INTRODUÇÃO

De acordo com alguns autores Dias (2015) essa modalidade de guarda traria a possibilidade de reequilibrar os papéis parentais e garantir que sejam supridas as necessidades afetivas e emocionais da criança após o rompimento conjugal. Ramos (2005) afirma que compartilhar a guarda significa "partilhar em conjunto a educação e criação do filho, sob os aspectos de assistência material, moral e de convivência" (p.109). Neste caso viu-se a importância de trazer o assunto sobre a questão de preferência dos pais pela guarda compartilhada, pois, diante desta pesquisa haverá uma melhora nos atendimentos dos profissionais e dos pais diante as necessidades das crianças. Pois diante deste auxílio a criança terá um suporte emocional mais adequado, tendo como amparo o pai e a mãe, e criando desta forma um convívio com ambos os genitores.

Diante disso, desenvolver a importância sobre o amparo a criança nestes momentos de separação de ambos genitores, é um grande aliado para a estrutura de saberes dentro das universidades, refletindo assim na formação dos alunos, e durante todo o percurso da sua vida dentro e fora da carreira. E diante disto viu-se a necessidade de explorar as questões de prática na guarda compartilhada, e como isto poder ajudar na efetivação do melhor para criança. Relatando e trazendo desta forma os objetivos específicos que terão como focos principais, analisar a questão de guarda compartilhada e como isto pode interferir positivamente no desenvolvimento da criança, descrever as consequências que podem surgir quando as crianças não possuem auxílio adequado dos pais, e identificar a consubstanciação do melhor interesse da criança e a efetuação da guarda compartilhada.

A justificativa deste estudo é que muitas crianças acabam sofrendo pela separação dos pais, e muitas vezes não são ouvidas, e diante disso acaba possuindo problemas de vivências dentro deste âmbito e isto cresce a cada dia, o que acaba por refletir de alguma forma dentro da vida destas pessoas. A partir disso, percebe-se a necessidade de desenvolver um estudo sobre o assunto e assim de modo que possa auxiliar também na vida destas pessoas, e em seus direitos.

Considerando também que este artigo visa contribuir para a pesquisa ao buscar dar mais visibilidade sobre o assunto, e ainda para o ensino e as universidades, atrair e contribuir parâmetros para discussões em salas de aulas, trazendo de certa forma um auxílio e aprimoramento na formação destes futuros profissionais. Espera-se que com este projeto outros profissionais possam, a partir dos resultados produzidos, desenvolver novos estudos para contribuir como assistência para a guarda compartilhada.

2 HISTÓRICO SOBRE GUARDA COMPARTILHADA

Antes mesmo da promulgação da Lei nº 13058/14, a lei incorporava a guarda conjunta de pais e filhos divorciados, e o Supremo Tribunal sufocou esse entendimento. O tribunal ouviu algumas mudanças legislativas inspiradoras. O conceito de proteção compartilhada no ordenamento jurídico nacional foi proposto pela Lei nº 11.698 de 2008 e aprimorado pela Lei nº 13.058. Uma posição explicativa adotada pelo STJ, posteriormente incorporada à lei, é a noção de que a coexistência de filhos e pais é a regra, e na ausência de acordo, ainda que haja clima de hostilidade entre os pais, deve ser determinado pelo juiz, a menos que se mostre absolutamente inviável neste processo.

A lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, relata duas formas de guarda: a unilateral e a compartilhada. Caso os pais se separem, podem optar pelas duas formas. A guarda unilateral é aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e será concedida ao genitor que revele melhores condições para exercê-la. A guarda compartilhada atribui aos pais à responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. Para Fiuza (2004) a relação típica do poder familiar. É, em termos grosseiros, a “posse direta” dos pais sobre os filhos. Neste sentido, pode se dizer que a guarda da criança está diretamente apropriada a questões de pátrio de poder, que é vinculado pela legislação (pela questão familiar) equivale ao significado de proteção.

Para Akel (2010) a guarda compartilhada foi um modo que surgiu para ajudar os pais a terem uma convivência maior com seus filhos, para que desta forma seja criado ou mantido o laço maternal e paternal, diante o autor as relações de desentendimentos que são ocorridas pelos pais, não pode atingir o relacionamento que os mesmos possuem com o seu (s) filho (s) pois é necessário que ambos os pais possuem uma relação amigável. Diante disto pode se afirmar que a guarda compartilhada se consiste em um cuidado duplo, que cabe entre os pais em relação aos seus filhos, pois dentro destes fatores está suscitando a questão de uma adequada criação e formação das crianças e adolescentes, habilitando e obrigando os pais a fazerem tudo o que for preciso para salvaguardar a defesa e dignidade de seus filhos.

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

Diante Perreira (2005):

Se em nosso ordenamento jurídico o poder familiar é exercido pelo pai e pela mãe, independentemente de estarem juntos ou separados e diante do princípio de igualdade, não há mais necessidade de continuarmos falando em duas categorias: guardiães e pai *visitante* (Pereira, 2005, p.151).

Segundo Alves (2015), os resultados da sua pesquisa mostram que muitos participantes têm consciência da questão da tutela partilhada nos termos da lei, mas o que é preocupante é que mesmo que seja adotada a tutela partilhada, os pais continuam a exercer as funções quotidianas. de relatar que ainda existem obstáculos em seu cotidiano, pensando assim no distanciamento do filho e na migração de seus pais; após a separação, principalmente quando o terceiro membro entra na família, o relacionamento entre os pais também se torna difícil. Diante deste fato se mostra que realmente acontece uma distância após a separação do casal e o que determina a lei acerca da autoridade parental, já que é citado no atual Código Civil que, mesmo após a separação, ambos os genitores possuem o dever de participação da vida de seus filhos (BRASIL, 2002).

Corfome Alves (2015) muitos pais deduzam que a justiça sempre irá estar ao lado maternal, pois de certa forma eles relataram que a justiça não trata o assunto de forma igualitária entre as mulheres e os homens, mostrando assim uma dificuldade no exercício paterno quando não há mais o vínculo conjugal. No mesmo estudo é relatado por um dos participantes a questão que o pai muitas vezes quer participar das tomadas de decisões do futuro do seu filho, porém muitas vezes é excluído nesta relação.

Segundo Madaleno (2008) a guarda compartilhada é viável quando o relacionamento dos pais é amigável e saudável, quando os dois estão disposto a lidar com o fim do relacionamento de uma forma positiva, para desta forma auxiliar o seu (s) filho(s) em todo percurso do seu desenvolvimento, diante disso é necessário a ver o mínimo de entendimento para que as decisões sobre os filhos sejam tomadas em conjunto, evitando que eles sejam atingidos pelos conflitos decorrentes da separação e, conseqüentemente, do poder parental.

Alves (2015) suscita que quando os pais possuem falta de aproximação e cooperação entre eles, isso acaba afetando diretamente seus filhos em todos os quesitos, tanto no seu desenvolvimento, como em sua saúde mental e física. E outro critério relatado que esta falta de compreensão acaba sendo o principal argumento da modalidade de guarda. Neste sentido Guimaraes e Amaral (2008) suscitam que a separação exige uma reorganização, nas quais ambos terão que redefinir seu papel para além daquele casamento que se rompeu. E isto é fundamental, para manter um laço positivo entre o lado maternal e o lado paterno com seus filhos.

3 DIREITOS DA CRIANÇA

A legislação brasileira nem sempre coloca os direitos fundamentais da criança e do jovem em primeiro lugar, e às vezes eles nem são considerados sujeitos jurídicos no mundo jurídico (SANDRI, 2013). A proteção civil visa proteger os filhos menores das famílias dos pais, enquanto a proteção estatutária é a proteção de crianças e jovens, e em situações de perigo, como meio de regular a posse efetiva, como a proteção de pais recém-nascidos ou acidentais na família. Procedimentos de tutela, tutela e adoção, e até mesmo circunstâncias especiais sob circunstâncias ou circunstâncias especiais que compensem a possível ausência dos pais ou tutores e possam representar determinados comportamentos.

De acordo com o artigo 19 do Código da Infância e da Juventude, criar e educar todas as crianças e jovens excepcionalmente em suas famílias naturais e famílias alternativas é o direito básico para garantir a coexistência de famílias e comunidades. Nesse sentido, a guarda compartilhada é um direito da criança, não um direito dos pais. Obviamente, as diferenças entre os pais foram levadas em consideração, mas a felicidade dos filhos geralmente é levada em consideração. Toda criança e adolescente tem direito a viver em um ambiente harmonioso, que proporcione condições para uma qualidade de vida digna. Se a coexistência prejudica a criança, ela será protegida unilateralmente (apenas um dos pais é o responsável). Vale lembrar que a tutela conjunta não é um direito de participar da vida da criança, mas uma obrigação. Além de compartilhar responsabilidades, inclui também comparecer às reuniões da escola e levar o médico para fazer a lição de casa (SOLDÁ, MARTIN; 2014).

3.1 A criança e o apego aos pais

Faz-se necessário aqui, uma breve explanação sobre as questões de apego entre a criança e seus pais, sobretudo, quando se estuda as decisões que vão afetar diretamente o infante, uma vez que, o que antecede as decisões jurídicas deve ser considerado, como a história de vida e vivência em família e a formação dos vínculos familiares que influenciam diretamente o desenvolvimento da personalidade e sua proteção em todos os sentidos. Importante entender, o momento e as percepções da criança. Bowlby (1984), estabelece a distinção entre apego e comportamento de apego:

Dizer que uma criança é apegada ou tem um apego por alguém, significa que ela está fortemente disposta a buscar proximidade e contato com uma figura específica, principalmente quando está assustada, cansada ou doente. A disposição de comportar-se dessa maneira é um atributo da criança, atributo este que só se modifica com o tempo e não é afetado pela situação do

momento. Em contraposição, o comportamento de apego refere-se a qualquer forma de comportamento que uma criança comumente adota para conseguir e/ou manter uma proximidade desejada. Em qualquer ocasião alguma forma desse comportamento pode estar presente ou ausente e da qual ela depende, em alto grau, das condições que prevalecem no momento (p.396).

As ideias explicitadas acima, remetem a necessidade de, antes de qualquer decisão, entender o momento em que a criança passa e qual é a necessidade de buscar proximidade com os pais, ou somente com um deles. Segundo Bowlby (1984) o desenvolvimento satisfatório do comportamento de apego é muito importante para a saúde mental. Rosseti - Ferreira (1976, p.176) propõe que:

(...) "para o desenvolvimento psicológico normal da criança em todos os seus aspectos, cognitivo, afetivo e social, é necessário o estabelecimento dessa interação sintonizada e sincronizada, em que o comportamento da criança tenha alguma consequência sobre o da mãe ou substituto, e onde as respostas da mãe sejam adaptadas ao comportamento da criança, estimulando-a e dando-lhe tempo para que reaja, numa cadeia harmônica de interações recíprocas."

Com mais ou menos um ano de vida a criança é capaz de apegar-se com mais de uma pessoa, dentre elas está incluído o pai. Segundo Schaffer (1971) citada por Rosseti – Ferreira (1976), a criança se apega e escolhe o seu objeto de apego, não considerando a frequência do contato ou satisfação de suas necessidades fisiológicas, e sim, muito mais pela interação recíproca, o que se traduz na qualidade das relações humanas, na troca de afetos e objetivos comuns. Com isso, a criança poderá apresentar uma ligação afetiva mais forte, não somente com a mãe, mas com o pai também ou, até mesmo, com um cuidador. Schaffer esclarece ainda que, esse contato não acontece constantemente, ao longo do dia, mas sim, de forma contingencial, já é suficiente, embora, a questão tempo deva ser analisada individualmente.

Schaffer (1963) citada por Bowlby (1984) reforça a importância do apego no processo de socialização da criança. Com o investimento em alto grau, de emoção e sentimento em seus apegos a separação torna-se ameaçador para a criança.

O sucesso a aprendizagem social da criança, dependerá do estabelecimento de uma relação afetiva intensa e estável tornando essa aprendizagem, mais efetiva, ou seja, o apego é que contextualizará o processo de socialização da criança. Importante citar nas pesquisas apresentadas por Rosseti - Ferreira (1976) que, uma série de

situações podem impedir ou dificultar o relacionamento recíproco e sinérgico com a criança: creches, orfanatos, rotatividade e inabilidade de cuidadores, mãe deprimida, desestruturação familiar, situação extrema de pobreza, características da própria criança como problemas pré ou perinatais, enfim, situações que dificultam a interação.

Segundo Andolfi (1996) interação é a troca que surge no “aqui-e-agora”. Ele distingue relação de interação. O processo de interação necessita da presença física dos sujeitos envolvidos, enquanto que a relação pode ser mantida também à distância.

Com a explanação das citações acima, reafirma-se a importância de uma análise mais aprofundada sobre a real condição de apego da criança, deverá suceder qualquer decisão sobre a vida dessa pessoa em formação. Essa condição, trará como consequências, dificuldades ou sucessos nas relações sociais futuras e na formação da integralidade do ser.

4 GUARDA COMPARTILHADA NÃO RECOMENDADA

Nem em todos os casos de guardas compartilhar são benéficos, mas apenas entre aqueles que têm algumas das seguintes condições: nível de conflito antes da separação é baixo, licença de paternidade / maternidade centrada na criança, acordo sobre a rescisão da separação do casamento e decisão de guarda conjunta e as motivações de ambos os pais (MOREIRA, 2014).

A custódia compartilhada só será mostrada se o pai estiver interessado e for conveniente para a criança. Por exemplo, a concessão da guarda conjunta em processos de divórcio dificilmente permitirá que os pais do menor coexistam harmoniosamente. Quando a disputa entre os pais finalmente criou um problema, eles acabam sendo recusados a compartilhar a custódia. Portanto, é muito conveniente que os filhos apresentem a guarda compartilhada apenas se os pais estiverem interessados. Por exemplo, a concessão da guarda conjunta em processos de divórcio dificilmente permitirá que os pais do menor coexistam harmoniosamente. Segundo Trindade, se o casamento não for bem resolvido, o rompimento do casamento aumentará a produção de conflitos, que interfere no desenvolvimento de um relacionamento saudável entre si, aumentando as emoções negativas dos pais e de seus filhos após a separação. De acordo com Trindade (2007):

Logo após a separação dos pais, quando ainda o nível de conflitualidade é intenso, é comum surgirem problemas e preocupações com as primeiras visitas ao outro progenitor, pois fantasias, medos e angústias de retaliação ocupam o imaginário dos pais e dos próprios filhos, ainda não acostumados com as

diferenças impostas pela nova organização da família. Quando os genitores estão psicologicamente debilitados, os aspectos de natureza persecutória, de conteúdos predominantemente paranóide, ligados ao ataque e defesa, podem instaurar uma crise. Esta crise será capaz de desencadear um processo de alienação do outro cônjuge. Num pressuposto de imaturidade e instabilidade emocional, utiliza-se o filho como instrumento de agressividade direcionada ao outro, principalmente, quando padece de sentimentos de abandono e rejeição enquanto fantasmas de uma relação ainda não adequadamente resolvida através de um luto bem elaborado. (TRINDADE, 2007, p. 283)

Segundo Gagliano e Pamplona (2018), eles enfatizam: "Na maioria dos casos, quando não há acordo, é difícil para os juízes" impor "a tutela porque o motivo é apenas entre marido e mulher. Ameaça à integridade. Somente em circunstâncias especiais, embora o juiz não tenha chegado a um acordo sobre tutela e tutela, ele pode verificar a maturidade e respeito do tratamento recíproco prestado por seus pais, para que possa posteriormente adotar acompanhamento psicológico. Portanto, o estudo Silva e Simon (2007) afirmam que a separação não pode atingir crianças e adolescentes de forma que leve a um desequilíbrio emocional e psicológico, pois a parte principal de todo o processo de separação é o bem-estar das crianças e dos jovens, principalmente a sua segurança.

5 BENEFÍCIOS DA GUARDA COMPARTILHADA

A maior vantagem da tutela conjunta é que os filhos que moram com os pais podem ficar permanentemente, evitando que os menores percam o contato com os pais que não têm tutela. Ambos os pais estarão interessados nas coisas que melhor protegem seus filhos. Isso também evita a ocorrência de conflitos familiares, e após a dissolução da sociedade matrimonial, os pais muitas vezes se veem lutando pelos filhos, enquanto em contínuos conflitos sociais, como no ambiente escolar, lutam pelos filhos.

A esse respeito, Waldyr Grisard Filho destacou: "Uma cooperação maior entre os pais reduz muito os conflitos, o que traz benefícios para os filhos. Não há dúvida de que isso é o mesmo que Comparado com crianças com famílias intactas, há mais problemas. A maioria dos filhos infelizes são filhos de seus pais, o que os coloca em conflito permanente (GRISARD FILHO, 2014, p. 211). Outro benefício da guarda compartilhada é que os filhos que moram com os pais podem ficar permanentemente, evitando que os menores percam o contato com os pais que não têm a guarda. Ambos os pais estarão interessados nas coisas que melhor protegem seus filhos.

6 CONCLUSÃO

A partir da análise dos artigos estudados é visto que a guarda compartilhada possibilita que os filhos tenham auxílio de ambos os pais, tanto do lado maternal quanto do lado paternal, que acaba por possibilitar que o filho tenha uma vivência contínua com sua família, sem riscos de perder o afeto por partes. A importância deste assunto e aprofundamento nas pesquisas sobre o assunto, acaba por ajudar de forma positiva os pais a terem mais conhecimento sobre como lidar com a questão, e a valorizarem a guarda compartilhada.

Conclui-se que é necessária uma cooperação dos pais frente a esta questão, pois exige uma postura passional deles diante esta situação com seus filhos, uma vez que terão que mostrar um trânsito natural entre os dois lares de forma que não afete seu filho ou filhos emocionalmente, e diante disso preserve a presença tanto da maternidade quanto da paternidade, sem que a criança tenha que lidar com frustrações, e sentimentos de abalo emocional.

Além destes contextos, a criança lida com muitas questões fora do âmbito familiar, questões que tanto o lado maternal como o lado paternal possuem relevância dentro do auxílio deste desenvolvimento. Diante disto é visto que a guarda compartilhada ainda possui algumas limitações, sendo importante analisar outros estudos que relatam sobre o assunto, e que desta forma pode ser aprimorado formas de melhoramento.

Contudo, percebe-se que ainda se faz necessário algumas adaptações de acordo com cada contexto familiar, pois de certo modo cada família possui uma adaptação diferente, e para que a guarda seja compartilhada e vivida é importante analisar a família como um todo, para que desta forma não se perca a essência que ela possui.

Por fim, é visto que ambos os pais possuem o direito de compartilhamento perante o judicialmente, porém nem sempre o exercício pode ser vivido entre as famílias, e esta situação acaba mostrando muitas dificuldades que são enfrentadas, e que muitas vezes não são mostradas soluções para estas questões, uma das situações mais vista durante a análise de estudo é que quando a família possui dificuldades no andamento do cuidado compartilhado com seu filho isto acaba refletindo diretamente na relação paternal, muito mais do que na relação filho x maternal, pois a mãe é vista como a principal figura de cuidados e isto é visto como "natural" pois é uma percepção histórica que vem com muitos anos, diante disso é visto a importância de trazer métodos que envolvam mais o lado paternal, e que mostre que a vivência paternal é

importante e que tanto o lado maternal como o lado paternal possuem capacidade desta função.

5 REFERENCIAS

ALVES, P. A.; ARPINI, M. D.; CUNICO, D. S. Guarda compartilhada: perspectivas e desafios diante da responsabilidade parental. **Revista de psicologia**, v.15 n.3, 2015.

AKEL, A. C. S. **Guarda Compartilhada: Um avanço para a família**. 2ª ed. São Paulo: Atlas

S.A, 2010.

ANDOLFI, M. **A crise do casal**: uma perspectiva sistêmico-relacional. Porto Alegre. Artes

Médicas. 2002

_____. **A linguagem do encontro terapêutico**. Porto Alegre. Artes Médicas. 1996

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código Civil (Lei nº 10.406/2002)**. Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2012.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.089/1990)**. Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2012.

BRASIL. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Dispõe sobre a Guarda Compartilhada. 2008.

BRASIL. **Lei nº 12.318/ 2010, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a Alienação Parental. 2010. DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro: Forense. 4ª. ed. 1994.

BOWLBY, John. **Uma base segura**: aplicações clínicas da teoria do apego. Porto Alegre.

Artes Medicas, 1989

_____. **Cuidados Maternos e Saúde Mental**. Martins Fontes. São Paulo. 2002

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIUZA, C. **Direito Civil Curso Completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil**. Contratos. v.4, n.2, ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GUIMARAES, N. V. O., AMARAL, A. C. (2008) **Famílias com filhos de casamentos anteriores**. In L. C. Osorio & M. E. P. Valle (Orgs.), *Manual de Terapia Familiar* (pp. 271-285). São Paulo: Artmed, 2008.

LEITE, E. O. **Famílias Monoparentais: A Situação Jurídica de Pais e Mães Separados e dos Filhos na Ruptura da Vida Conjugal**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2003.

MADALENO, R. **Curso de direito de família**. (2ª ed.) Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MOREIRA, S. M. **A Imposição do instituto da guarda compartilhada em contraposição ao princípio do superior interesse da criança**. Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS), pelo Centro Universitário de Brasília, UniCeub, 2014.

MOTTA, M. A. P. Guarda compartilhada. Uma solução possível. **Revista Literária do Direito**, v.17, n4, 1996.

PEREIRA, R. C. **Princípios norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ROSSETTI-FERREIRA, M.C. **Mãe & Criança**: separação & reencontro: observação em situação de grupo. São Paulo. Edicon, 1986.

SANDRI, J. S. **Alienação parental: o uso dos filhos como instrumento de vingança entre os pais**. Curitiba: Juruá, 2013.

SILVA, E. L.; SIMÃO, R. B. **Síndrome da Alienação Parental e a tirania do guardião**. Porto Alegre: Editora Equilíbrio, 2007.

TRINDADE, J. Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver. **Revista dos Tribunais**, v.2, n.5, 2007.

FAMÍLIA HOMOAFETIVA: JUDICIALIZAÇÃO “VERSUS” OMISSÃO LEGISLATIVA

CARMEN FERREIRA SARAIVA: Servidora pública federal, bacharela em Administração de Empresas e Ciências Contábeis pela UFMG e em Direito pelas Faculdades Milton Campos. Especialista pela PUC/Minas, pela Unicid, pela UGF e pela UnP.

Resumo: A humanização das relações sociais, que se encontra em constante movimento, tem como base os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, que são fundamentos republicanos de uma sociedade livre, justa e solidária, sendo inerentes ao Estado Democrático de Direito. O reconhecimento jurídico da identidade de gênero e da liberdade de orientação sexual promove o bem-estar de todos, afastando preconceitos e outras formas de discriminação. Nesse contexto, a judicialização contramajoritária protetiva do tema foi determinante para propiciar a regulamentação da família homoafetiva. Trata-se de um avanço significativo no plano de costumes sobre a temática, que possibilita a paz social. Dado o vazio legal, com o escopo de alcançar a harmonização do ordenamento, é imperioso que a matéria seja objeto de processo legislativo como instrumento a impulsionar a segurança jurídica.

Palavras-chave: Homossexualidade. Família Homoafetiva. Anomia.

Resumen: La humanización de las relaciones sociales, que se encuentra en movimiento constante, tiene como base los principios constitucionales de la dignidad de la persona humana y de la isonomía, que son fundamentos republicanos de una sociedad libre, justa y solidaria, siendo inherentes al Estado Democrático de Derecho. El reconocimiento legal de la identidad de género y la libertad de orientación sexual promueve el bienestar de todos, alejando los prejuicios y otras formas de discriminación. En este contexto, la judicialización proteccionista contra mayoritaria del tema fue decisiva para impulsar la regulación de la familia homoparental. Se trata de un avance significativo en el plano de las costumbres sobre la temática, que posibilita la paz social. Dado el vacío legal, con el escopo de alcanzar la armonización del ordenamiento, es imperioso que el tema sea objeto del proceso legislativo como instrumento para impulsar la seguridad jurídica.

Palabras clave: Homosexualidad. Familia Homoparental. Anomia.

Sumário: Introdução. 1. Homossexualidade em Foco. 2. Família Homoafetiva. 3. Necessidade de Adequação Legislativa. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Introdução

O tema abordado neste artigo cinge-se ao tratamento jurídico da identidade de gênero sob o prisma da liberdade de orientação sexual consubstanciado na dignidade da pessoa humana e no tratamento isonômico no que se refere à família homoafetiva.

O escopo que se procura alcançar é a verificação da efetividade desses direitos com base no reconhecimento normativo, a fim de que sejam adotados como paradigmas aos direcionamentos das condutas. A abordagem desse assunto privilegia a análise dos avanços sociais a respeito da matéria, tendo sido realizada por meio de averiguação teórica pelo método da pesquisa dogmática do conhecimento com base na análise jurisprudencial e de uma possível omissão legislativa.

No que se refere à homossexualidade em foco, examina-se a orientação sexual como comportamento humano à luz do posicionamento atual dos organismos internacionais de saúde comparativamente à normatividade brasileira a respeito da matéria.

Atinente à família homoafetiva, indaga-se acerca dos efeitos da judicialização e regulamentação da união civil entre pessoas do mesmo sexo que promovam a ordem inclusiva.

Relativamente à necessidade de adequação legislativa, averigua-se se há processo legislativo finalizado de harmonização do ordenamento jurídico.

1. Homossexualidade em Foco

Dignidade é o elemento de referência para a exegese normativa. Immanuel Kant⁹⁵ define esse instituto sob o aspecto da autodeterminação ética do indivíduo,

⁹⁵ WEYNE, Bruno Cunha. Dignidade da Pessoa Humana na Filosofia Moral de Kant. THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. v.5 n.1, jan/jul 2007. p. 41.

que está alicerçada na autonomia da vontade de agir como elemento que tem um fim em si mesmo.

O supraprincípio da dignidade da pessoa humana tutela bens primordiais: entre outros, a vida, a liberdade, a dignidade, a honra, a moral, a segurança e a intimidade. Esses valores são alçados a direitos fundamentais positivados nas normas constitucionais e nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, recepcionados no ordenamento jurídico pátrio como atos supraleais. Especificamente, no caso da teoria denominada “bloco de constitucionalidade”, que abrange as normas esparsas, os tratados internacionais sobre a prevalência dos direitos humanos podem ser equivalentes às emendas constitucionais, desde que aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Todos esses direitos estão resguardados como cláusulas pétreas protegidas contra emenda constitucional tendente a aboli-los, concretizando um dos objetivos fundamentais da construção de uma sociedade livre, justa e solidária⁹⁶ (MORAES, 2019, pp. 4292-4361).

Eles têm como expoente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, que prevê em seu art. 1º: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”⁹⁷. Por seu turno, na Convenção Americana de Direitos Humanos, o art. 5º determina que “Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”⁹⁸.

Assim, esse atributo humano vem sendo erigido a um valor social supremo protegido por lei e traduzido na comunhão da vida do indivíduo no contexto social e na humanização das relações interpessoais.

96 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigos 1º, 3º, 4º, 5º e 60. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

97 UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

98 BRASIL. **Estado de São Paulo.** Procuradoria Geral do Estado. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>.. Acesso em: 22 mar. 2021.

Pode-se afirmar que a discriminação é veementemente repelida e o crime de racismo, na presente conjuntura estrutural, é considerado inafiançável e imprescritível⁹⁹, e por esta razão são apenados “os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”¹⁰⁰. Tem relevância explicitar que os estigmas podem caracterizar ilícitos penais, bem como as condutas omissivas ou comissivas com densidade de intolerância antiética e imoral e as concepções que atentem contra os princípios nos quais a sociedade humana é baseada devem desencadear ação estatal de repulsa¹⁰¹.

A Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial vem “promover e encorajar o respeito universal e observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem discriminação de raça, sexo, idioma ou religião”¹⁰².

Nessa esteira, a garantia constitucional do mínimo existencial vem limitar cláusula da reserva do possível no ordenamento positivo e encampa as prerrogativas protegidas nos preceitos constitucionais de adequação a uma existência digna ao indivíduo e efetivo acesso às prestações positivas do Estado. Assim há a concretude do exercício dos direitos sociais básicos, como alimentação, saúde, educação, moradia e segurança¹⁰³.

99 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigos 4º e 5º **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24 mar. 2021.

100 BRASIL. Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, 26 de dezembro de 1995. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

101 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. “Habeas Corpus” nº 82424/RS. Ministro Relator: Moreira Alves, Tribunal Pleno. Julgamento em 17 de setembro de 2002. Publicação em 19 de março de 2004. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

102 BRASIL. Decreto nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em: 22 mar. 2021.

103 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 592581/RS. Ministro Relator: Ricardo Lewandowsky, Tribunal Pleno. Julgamento em 13 de agosto de 2015. Publicação em 01 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur336550/false>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

A sexualidade humana propriamente dita decorre de comportamento humano que sempre existiu em todas as culturas. Embora venha sendo amplamente estudada, entre outras áreas, pela antropologia, psicologia, sociologia e medicina, da sua natureza e das causas dessa condição se originam várias teorias que, por sua complexidade e variedade, dão a entender que o tema demanda aquisição de conhecimento para ser compreendido em toda a sua amplitude. A sua definição abrange um conjunto de comportamentos atinentes ao desejo sexual direcionados principalmente, no aspecto psicológico do indivíduo, para a manutenção de vínculos sociais. A sexualidade está associada estreitamente com o comportamento, sendo que cada cultura regula os costumes, a ética, a moral e a legislação a ela pertinentes (LÓPEZ & FUERTES, 1999, p. 8).

Historicamente, recuando a tempos remotos, o tema era tratado de forma peculiar, pois entre o afeto e a prática sexual não havia elementos distintivos. A partir da assimilação do seu aspecto procriador na cultura judaico-cristã, o ato homossexual passou a apresentar novas feições no sentido de “pecado”¹⁰⁴.

Conforme estudos da Organização Mundial da Saúde (OMS), pode-se entender a sexualidade em suas diversas dimensões como um aspecto fundamental do ser humano ao longo de sua vida que compreende orientação sexual, identidade, sexo biológico, saúde, reprodução e intimidade. Ela é percebida como originária de experiências, crenças, desejos, valores, relações interpessoais e pensamentos. A extensão de seus significados é contornada também pelo sistema de família, pela organização econômico-social, pelas formas de regulação moral informal e formal, pelo contexto político e pelo determinante histórico¹⁰⁵.

Para compreender a temática, a Associação Mundial de Sexologia, em revista à Declaração dos Direitos Sexuais¹⁰⁶, determina que estes estão incluídos no âmbito dos direitos humanos e que a sexualidade é um aspecto central da personalidade do

104 SOUZA, Rainer Gonçalves. História da Homossexualidade. **História no Mundo**. Disponível em: <<https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/historiahomossexualidade.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2021

105 BRASIL. **Ministério da Saúde**. Conselho Nacional de Saúde. Guia OMS sobre Saúde LGBTI+ e legislação ganha versão em português. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1383-guia-da-oms-sobre-saude-lgbti-e-legislacao-ganha-versao-em-portugues>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

106 BRASIL. Estado do Paraná. **Secretaria da Educação**. Declaração dos Direitos Sexuais. Disponível em: <http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/dedi/declaracao_direitos_sexuais.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

ser humano presente ao longo de sua vida e engloba, entre outros aspectos, o gênero, a orientação sexual, a intimidade e a reprodução. É influenciada pela interação de vários fatores, tais como os biológicos, psicológicos, sociais, econômicos, políticos, culturais, legais, históricos, religiosos e espirituais.

A saúde nessa área resulta do bem-estar físico, emocional, mental e social e se relaciona com o enfoque positivo e respeitoso da sexualidade. Necessários são a proteção e o cumprimento dos direitos da igualdade e não discriminação, da vida, liberdade e segurança pessoal, da autonomia e integridade física e mental, da vida livre de tortura, penas cruéis, desumanas ou degradantes. Isso abrange a vida livre de todas as formas de violência e coerção, a privacidade, a saúde plena, a fruição dos avanços científicos e dos benefícios que deles resultem, a informação, a educação integral, a contração de matrimônio e outras formas similares de relacionamentos baseados na equidade e livre consentimento, a decisão de ter filhos, a liberdade de pensamento, opinião e expressão, a liberdade de associação e reuniões pacíficas, a participação na vida pública e política e o acesso a justiça, resposta e indenização.

Em 17 de maio celebra-se o “Dia Internacional de Enfrentamento à Homofobia e Transfobia”, em referência à data em que a homossexualidade “per se” foi retirada da Classificação Internacional de Doenças (CID-10), conforme Resolução “WHA43.24” da OMS exarada em 17 de maio de 1990, que entrou em vigor a partir de 1º/01/1993 107.

Protegendo a dignidade da pessoa humana, o Supremo Tribunal Federal (STF) enquadrrou a homofobia e transfobia como crimes de preconceito ou raça, seja qual for a forma de manifestação¹⁰⁸.

Todas essas circunstâncias privilegiam os direitos humanos como condição do Estado Democrático de Direito no aspecto da inclusão social das minorias como avanço social no plano de costumes, revelando sua natureza “pro societate”. O parâmetro da

107 BRASIL. **Ministério da Saúde**. Conselho Nacional de Saúde. Amanhã (17) será celebrado o Dia Internacional contra a homofobia. Veja abaixo o manifesto da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais (ABGLT). Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2014/05mai_16_lgbt.html> .Acesso em: 22 mar. 2021.

108 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF. Ministro Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno, Julgamento em 13 de junho de 2019. Publicação em 06 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

interpretação das normas constitucionais baseia-se no princípio da divisão funcional do poder estatal, que é uno, por não se esfacelar sua essência, e indecomponível, haja vista não segregar seu conteúdo nem cindir sua forma (CARVALHO, 2011, pp. 1117-1122).

Dado o vazio legal ou anomia¹⁰⁹, o Poder Judiciário tem sido provocado a se pronunciar sobre o reconhecimento jurídico da família homoafetiva e do nome social. Nesse contexto, o ativismo judicial se sobressai como mecanismo utilizado para dar efetividade à prestação jurisdicional no exame, à luz dos princípios fundamentais, de um fato social relevante. Verifica-se um movimento tipicamente iluminista de transformação da realidade a partir desta postura proativa que responde aos anseios sociais relevantes decorrentes da evolução cultural¹¹⁰.

2. Família Homoafetiva

A família, como base da sociedade, tem proteção do Estado. Classicamente, esse instituto pode ser conceituado em duas acepções. Em sentido amplo, pode ser considerado como o “conjunto de pessoas ligadas pelos laços do parentesco com descendência comum”. Em sentido estrito, “abrange os pais e os filhos, um dos pais e os filhos, o homem e a mulher em união estável” (MORAES, 2019, pp. 30409-30416).

Amoldando-se à dignidade do indivíduo, a família deve, em conjunto com a sociedade e o Estado, assegurar com prioridade à criança, ao adolescente e ao jovem o direito ao respeito, à cultura, à liberdade, à saúde, à vida, à alimentação, ao lazer, à educação e à profissionalização e à convivência no seio da família e na sociedade, devendo protegê-los de toda forma de crueldade, negligência, violência, exploração, opressão e discriminação¹¹¹. Há liberdade na decisão do casal de realizar um planejamento familiar pautado na paternidade responsável.

¹⁰⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os Papéis das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas. **Revista Direito & Práxis. UFRJ**. v.9 n.4, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

¹¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 227. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em:

Essa instituição tem proteção especial nas normas constitucionais por ser uma das vertentes da humanização das relações sociais e o alicerce social do qual emergem padrões éticos e morais. O Estado lhe deve assistência, coibindo a violência nas relações entre os indivíduos que a integram. A concretude dos direitos fundamentais, inclusive no aspecto do direito à intimidade, aplica-se a essa instituição que forma vínculo de tricotomia com a sociedade e o Estado, dada sua natureza privada de constituição voluntária entre pessoas.

O casamento é civil e sua celebração é gratuita, sendo que o religioso tem efeito civil. Reconhece-se como entidade familiar a comunidade de qualquer um dos pais com seus dependentes descendentes e a união estável, estando facilitada a sua conversão em casamento entre homem e mulher, cujos direitos e deveres devem ser exercidos de maneira igual atinente à sociedade conjugal¹¹².

Em harmonia com as normas constitucionais, o Código Civil determina que no casamento haja entre os cônjuges igualdade de direitos e deveres na comunhão de vida plena, sendo vedada a intromissão de qualquer pessoa. A união estável entre o homem e a mulher é reconhecida como entidade familiar no caso de ser “configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, inclusive nas causas suspensivas e na hipótese de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente, exceto se ocorrerem os impedimentos. Esses institutos estão amparados pelas regulamentações previdenciárias e sucessórias^{113 114}.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

112 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 226. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

113 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Artigos 1511, 1512, 1513, 1514, 1515, 1516, 1723 e 1829. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

114 BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Artigo 16. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

Adotando-se uma perspectiva de equidade das relações sociais, a formação da família homoafetiva é legítima no contexto do sobrepujamento da discriminação e do preconceito, mesmo porque as normas constitucionais são silentes a respeito do tratamento legal da orientação sexual. A igualdade e a liberdade, como primados do princípio da dignidade da pessoa humana, manifestam-se pelo seu reconhecimento jurídico.

A noção constitucional de instituição familiar é polissêmica e ampla, existindo a despeito do casamento ou da união estável, sendo considerada como tal aquela formada por homem e mulher com ou sem filhos, aquela que tenha, pelo menos, um membro e um descendente, aquela que tenha filhos de outro casamento de um ou dos dois membros e ainda adotados, bem como pessoas do mesmo sexo que tenham essa finalidade em comum (BULLOS, 2002. p. 1283).

Esse movimento justifica-se pelo fato de a sociedade brasileira privilegiar o direito à livre orientação sexual, como expressão dos direitos fundamentais individuais e coletivos, haja vista que a heterossexualidade não é a forma única de expressão da sexualidade humana. Fundamentada no direito natural à felicidade do indivíduo em todas as civilizações, tem relevância a existência de norma permissiva de reconhecimento das uniões estáveis de modo a reduzir o constrangimento decorrente de revelar publicamente a natureza destas, possibilitando a reparação de notórias injustiças que permeiam as relações homoafetivas. A parceria de forma legalizada faz emergir o sentimento de integração na coletividade, gerando segurança jurídica no contexto de construção de uma sociedade livre e solidária e desmotivando a violência e o preconceito homofóbicos.

Por seu turno, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) firmou o entendimento de que o escopo da norma eleitoral é afastar a perpetuação de oligarquias no poder, e desse modo cassou a candidatura à prefeita por parte da companheira que tinha uma relação estável homossexual com a ocupante do cargo¹¹⁵.

¹¹⁵ BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Recurso Especial Eleitoral nº 24564/PA. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Publicado em sessão de 01 de outubro de 2004. "Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal." Disponível em: <<https://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT2114150867§ionServer=TSE&docIndexString=4>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) admitiu a relação homoafetiva para fins patrimoniais, tendo sido reconhecida a presunção do esforço comum para abarcá-la como regular nas “relações contextualizadas em uma sociedade pós-moderna, com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais”¹¹⁶.

Com fundamento de validade no princípio da isonomia, justifica-se o reconhecimento das uniões homoafetivas como uma espécie de entidade familiar. Adotando-se a equidade no empenho pela busca da justiça social, é razoável aceitar a união afetiva homossexual como modalidade de entidade familiar ante os fins sociais e as exigências do bem comum¹¹⁷.

No exercício da sua função contramajoritária protetiva o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, com eficácia “erga omnes”, a figura da companheira homossexual no âmbito previdenciário com base na impossibilidade de fazer distinção em razão da opção sexual, oportunidade em que admitiu a sua condição de dependência no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)¹¹⁸.

Em controle concentrado vinculante, o STF novamente se posicionou no sentido de que se considera família a união estável homoafetiva para todos os efeitos legais, dando uma “interpretação não reducionista” dessa instituição, que “também se forma por vias distintas do casamento civil”. Pacificou-se o avanço no plano dos

¹¹⁶ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1085646/RS. Ministra: Relatora Nancy Andrighi. Segunda Seção. Julgamento em 11 de maio de 2011. Publicação em 26 de setembro de 2011. “5. Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, mesmo que registrados unicamente em nome de um dos parceiros, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que nesses casos é presumida.” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801927625&dt_publicacao=26/09/2011>. Acesso em: 22 mar. 2021.

¹¹⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. “Art.5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

¹¹⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Petição nº 19849/RS. Ministro Presidente: Marco Aurélio. Julgamento em 10 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=60059>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

costumes que caminha “na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural”, uma vez que a norma constitucional “não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo”. Afastou-se qualquer “significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família”, pois “é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”¹¹⁹ 120.

Em sede do sistema difuso de constitucionalidade incidental, o STF declarou que “ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual”. Acrescentou que os “homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico”. Nesse sentido, proclamou, no âmbito das relações sociais e no seio

¹¹⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Ministro Relator: Ayres Britto, Tribunal Pleno. Julgamento em 05 de maio de 2011. Publicação em 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200015/false>>. Acesso em 22 mar. 2021.

120 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 477554/MG. Ministro Relator: Celso de Mello, Segunda Turma. Julgamento em 16 de agosto de 2011. Publicação em 26 de agosto de 2011. “A Dimensão Constitucional do Afeto como um dos Fundamentos da Família Moderna. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. Dignidade da Pessoa Humana e Busca da Felicidade. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. A Função Contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e a Proteção das Minorias. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado.” Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur197163/false>>. Acesso em 22 mar. 2021.

familiar das minorias, “a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania” 121.

Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) fixou o entendimento de que embora haja “omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo “democraticamente” decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão.” 122

121 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 477554/MG. Ministro Relator: Celso de Mello, Segunda Turma. Julgamento em 16 de agosto de 2011. Publicação em 26 de agosto de 2011. “A Dimensão Constitucional do Afeto como um dos Fundamentos da Família Moderna. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. Dignidade da Pessoa Humana e Busca da Felicidade. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. A Função Contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e a Proteção das Minorias. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado.” Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur197163/false>>. Acesso em 22 mar. 2021.

122 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1183378/RS. Ministro Relator: Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em 25 de outubro de 2011. Publicação em 01 de dezembro de 2012. “Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar. [...] Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce

Assim, a identidade de gênero não pode ser utilizada como elemento de desigualdade jurídica. A preferência sexual está incluída na autonomia da vontade das pessoas naturais, estando tutelada no aspecto da privacidade e intimidade. A unidade familiar, heteroafetiva ou homoafetiva, formal ou informal, é base da sociedade e tem proteção especial do Estado, já que as normas constitucionais não impedem a formação de família por pessoas do mesmo sexo em união estável contínua, pública e duradoura.

Trata-se de interpretação das normas constitucionais de forma inusitada, formando precedente ao estilo do sistema "common law", de modo a garantir o exercício do direito fundamental, antecipando-se ao Poder Legislativo. Fez-se assim prevalecer as normas constitucionais, extraíndo-se delas, que são imprecisas, o sentido exato, ocupando-se espaço não convencional. A interpretação interativa visa propiciar o avanço social, ilustrando bem "a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo"¹²³.

Com base nesses fundamentos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013¹²⁴, que entrou em vigor em 16/05/2013, no sentido de que:

"CONSIDERANDO a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo no 0002626-

um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. [...] Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000366638&dt_publicacao=01/02/2012>. Acesso em 24 mar. 2021.

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza*, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

¹²⁴ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de maio de 2013;

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo;

CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário;

CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo;

CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988;

RESOLVE:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.”

Segundo os dados estatísticos publicados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) após a vigência da norma permissiva, o total de casamentos do mesmo sexo em todo o território nacional no período de 2013 a 2019 foi da ordem de 19.392 e de 24.593, respectivamente, de uniões entre cônjuges do mesmo sexo masculinos e femininos. Deduz-se da amostra pesquisada uma aderência social à

formação de famílias homoafetivas, que totalizam 43.985 formações familiares dessa natureza oficializadas no período¹²⁵.

Diferentemente dessa tendência transformadora, a Santa Sé posicionou-se em sentido desfavorável à união civil homossexual e recusa a bênção de casamentos dessa natureza por não considerá-la lícita¹²⁶.

Por seu turno, o Conselho Federal de Medicina (CFM) assegura a utilização de técnicas de reprodução assistida como “dispositivo deontológico” a ser observado pela comunidade médica, tais como a “doação de gametas ou embriões” sem “caráter lucrativo ou comercial”, a “criopreservação de gametas ou embriões”, o “diagnóstico genético de pré-implantação de embriões”, a “gestação de substituição” pela “doação temporária do útero” e ainda a reprodução assistida “post-mortem”¹²⁷. Referendando juridicamente estes procedimentos, o CNJ formaliza o “reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva” e o “registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida”¹²⁸.

A adoção de menores por família homoafetiva, como medida excepcional, ocorre no interesse da criança e do adolescente desde que assegurado “o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”, bem como a “convivência familiar e comunitária, em ambiente que

¹²⁵ BRASIL. **Ministério da Economia**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Sistema de Estatísticas Vitais. Estatísticas do Registro Civil. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?edicao=17071&t=publicacoes>>. Acesso em 23 mar. 2021.

¹²⁶ PICHETA, Rob, GALLAGHER, Delia. Vaticano diz que não abençoará uniões entre pessoas do mesmo sexo. **CNN Internacional**. Publicação em 15 de março de 2021. Atualizado em 16 de março de 2021. “Ao explicar a decisão em uma nota, a Santa Sé se referiu à homossexualidade como uma “escolha”, sugeriu que ela é pecaminosa e disse que “não pode ser reconhecida como objetivamente ordenada” aos planos de Deus. A postura combativa deve decepcionar milhões de gays e lésbicas católicos em todo o mundo. “A bênção das uniões homossexuais não pode ser considerada lícita”, escreveu o principal escritório doutrinário do Vaticano, a Congregação para a Doutrina da Fé, no comunicado. “[Deus] não abençoa e não pode abençoar o pecado”, acrescentou a declaração.” Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2021/03/15/vaticano-diz-que-nao-abencoara-unioes-entre-pessoas-do-mesmo-sexo>>. Acesso em 24 mar. 2021.

¹²⁷ BRASIL. **Conselho Federal de Medicina**. Resolução CFM nº 2.013, de 16 de abril de 2013. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>>. Acesso em 23 mar. 2021.

¹²⁸ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

garanta seu desenvolvimento integral”¹²⁹, no contexto do planejamento familiar e da paternidade responsável¹³⁰.

Em torno dessa questão, o STF fixou a tese, em decisão monocrática, sobre a possibilidade de adoção por casal homoafetivo como efeito aditivo ao julgado vinculante que reconhece como família a união estável homoafetiva¹³¹. Ademais, o STF equipara o “prazo da licença-adotante ao prazo da licença-gestante”¹³². Além disso, privilegiando a autodeterminação e a autoafirmação individual “na instalação de uma ordem inclusiva”, pacificou o entendimento de que a pessoa transgênero pode modificar o sexo e o nome em órgão do registro civil, independentemente de cirurgia, de decisão judicial e de comprovação de identidade psicossocial, bastando, para tanto, a autodeclaração do fato ¹³³.

Nesse contexto, sobressai-se a institucionalização do nome social, que é a “designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida”, e a identidade de gênero da pessoa como a “forma como se relaciona

129 BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências”. Artigos 3º, 19, 39, 42 e 52. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

130 BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

131 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário nº 846102/PR. Ministra Relatora: Cármen Lúcia, Decisão Monocrática Julgamento em 05 de março de 2015. Publicação em 18 de março de 2015. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho497402/false>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

132 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário nº 778889/PE. Ministro Relator: Roberto Barroso, Tribunal Pleno. Julgamento em 10 de março de 2016. Publicação em 01 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur352981/false>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

¹³³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275/DF. Ministro Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Julgamento em 01 de março 2018. Publicação em 07 de março de 2019. “3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação 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.” Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur399205/false>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento”¹³⁴. A inclusão literal na legislação pertinente aos registros públicos do nome social vem legitimar que a representação da masculinidade ou da feminilidade advém de sua prática social, não guardando relação com o sexo conferido no nascimento, esvaziando assim a discussão jurídica sobre o tema.

Como consequência, no âmbito da administração pública federal o nome social, se requerido expressamente, deve constar em todos os documentos, cadastros, prontuários, formulários, fichas e sistemas de informação acompanhado do nome civil, o que propicia sua inclusão na carteira de identidade com validade nacional¹³⁵. Nesse mesmo sentido, o TSE admite que conste no título de eleitor, inclusive para fins do exercício da capacidade ativa ou passiva, desde que a designação de identidade de gênero atribuída pela pessoa não atente contra o pudor ou seja degradante^{136 137}.

3. Necessidade de Adequação Legislativa

O princípio da separação de poderes está em constante evolução, acompanhando a própria dinâmica contemporânea da sociedade, o que propicia atuações coordenadas entre as diferentes estruturas e organizações do Estado. No âmbito dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que são independentes e harmônicos entre si, essa interferência não significa subjugação, e sim interação, que permite afastar qualquer possibilidade de excesso no exercício¹³⁸.

¹³⁴ BRASIL. Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

¹³⁵ BRASIL. Decreto nº 9.278, de 05 de fevereiro de 2018. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9278.htm>. Acesso em: 24 mar. 2021

¹³⁶ BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Resolução nº 23.562, de 22 de março de 2018. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2018/resolucao-no-23-562-de-22-de-marco-de-2018>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

¹³⁷ BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Resolução nº 23. 609, de 18 de dezembro de 2019. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-609-de-18-de-dezembro-de-2019>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

¹³⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 2º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

A função precípua do Poder Legislativo é impulsionar a elaboração de atos pelo processo específico (SILVA, 2002. pp. 518-519). A legística abrange a “common law” ou direito consuetudinário, em que há contribuição da jurisprudência decorrente das normas já interpretadas, e a “civil law”, de origem romano-franco-germânica, em que a estrutura básica jurídica pauta-se pela lei em sentido amplo tal como o ordenamento jurídico brasileiro está estruturado. Há que ressaltar que a hermenêutica jurídica muito desenvolve e se aperfeiçoa no âmbito de um ordenamento jurídico pujante com boas leis a fomentar crescimento econômico, social e político de uma sociedade e propiciar a célere prestação jurisdicional, pois “lex clara non indiget interpretatione”, do latim “lei clara não carece interpretação” (MACHADO, 2016. pp. 73-74).

Em relação ao modelo da família homoafetiva, a Câmara dos Deputados, com o Projeto de Lei nº 6583/2013¹³⁹, ainda em tramitação, busca definir a “entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Destaque-se que esse instituto, para todos os efeitos legais, está expressamente reconhecido pelos Poderes Judiciário e Executivo. Todavia, como visto, ainda está pendente de normatização pelo Poder Legislativo da edição de ato caracterizado pela generalidade, abstração e impessoalidade.

Dada a anomia da matéria, é premente que o legislador positivo dê seguimento ao processo específico, no aspecto da inclusão social das minorias, em face do privilégio à busca incessante de harmonização do ordenamento jurídico pátrio com os avanços da pauta de costumes sociais, equacionando a legislação com o escopo de atender a vontade popular.

Considerações Finais

No ordenamento pátrio e comparado, imperam os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia que propiciam a promoção do bem de todos, sem

139 BRASIL. **Congresso Nacional**. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.583, de 2013 de Anderson Ferreira. “Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências.” Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

preconceitos ou quaisquer maneiras discriminatórias. A saúde decorre do bem-estar físico, emocional, mental e social, inclusive na perspectiva construtiva da liberdade da opção sexual. Nesse sentido, a homossexualidade foi retirada do catálogo de patologias, quando se fixou o 17 de maio como o “Dia Internacional de Enfrentamento à Homofobia e Transfobia” no aspecto da inclusão social das minorias.

Dado o vazio legal, o Poder Judiciário, em atuação ativista, reconheceu como válida, para os efeitos legais, a família homoafetiva. A dualidade constitucional básica de homem ou mulher não tem o condão de afastar o surgimento de novos conceitos de entidade familiar na proteção de interesses legítimos de novas interações com conotações sexuais. Logo, para viabilizar o exercício desse direito, desde 16/05/2013 os cartórios estão proibidos de recusar a “habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo” em todo o território nacional. Também são asseguradas as técnicas de reprodução assistida e a adoção de crianças e adolescentes por casal homoafetivo.

Nessa esteira, também ficou instituído o nome social, privilegiando a identidade de gênero, ficando assegurada a sua inclusão na carteira de identidade e no título de eleitor.

A atividade de judicialização proativa contramajoritária protetiva de especial importância efetivada pelos Tribunais Superiores não substitui, mas sim complementa, de forma harmônica, a arena legislativa tradicional na interpretação dos institutos jurídicos tradicionais à luz dos princípios fundamentais, dada a “fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo”.

Porém, é imperativo que o legislador positivo adote o processo adequado na regulamentação da família homoafetiva no aspecto da inclusão social das minorias. Esta postura de reduzida vitalidade no tratamento do tema fomenta o agravamento de posturas sociais antiéticas. Recomendada seria a busca incessante de harmonização do ordenamento jurídico pátrio com o avanço dos anseios sociais, conciliando-se a legislação com a vontade popular na busca da segurança jurídica e da paz social.

Trata-se de um movimento constante pela implementação dos direitos humanos em prol da diversidade sexual e busca de políticas públicas favoravelmente à comunidade e em oposição ao preconceito.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Revista Brasileira de Direito Constitucional - RDBC. Escola Superior de Direito Constitucional. São Paulo. n. 17, p. 105-138, jan/jun. 2011.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. BARROSO. Luís Robert. **A judicialização da vida e o papel do supremo tribunal federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (e-pub).

BULOS, Uadi Lammego. **Constituição federal anotada**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016. (e-pub)

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 1 v. (Sinopses Jurídicas) (e-pub).

LÓPEZ, Félix; FUERTES, António. **Para compreender a sexualidade**. Lisboa: Associação para o Planejamento Familiar, 1999.

MACHADO, Luis Fernando Pires. **Noções elementares da legística**. 2 ed. Série Ciência da Legislação v. 1. Brasília: Editora, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019. (e-pub).

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do direito civil. teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2020. v 1. (e-pub)

ESCOLAS DO CAMPO E ENSINO REMOTO NO CONTEXTO DA PANDEMIA

VANESSA ANDRIANI MARIA: Advogada (ULBRA), pós-graduada em Advocacia Cível (UNA) e Direito do Trabalho (UNA). Membro da Comissão de Direitos Humanos e do Grupo de Violência de Gênero da OAB Santa Maria-RS. Engenheira Agrônoma (UFSM), Mestre em Ciência e Tecnologia Agroindustrial (UFPel). Graduanda em Formação Pedagógica em Geografia (UNIASSELVI).Doutoranda em Educação (UNIT).

Resumo: Este trabalho aborda um tema atual que é o uso eficiente das tecnologias a favor do ensino. Avaliam-se, nesse sentido, as ações escolares, neste período de isolamento social em função da pandemia e a utilização mais apropriada dos meios digitais, métodos e metodologias, considerando as necessidades e recursos reais dos educandos das escolas do campo, em especial. Os métodos utilizados foram o dialético e o observacional, bem como através da pesquisa bibliográfica e documental. Os dados revelaram que, apesar das dificuldades em adaptar o ensino presencial para a modalidade remota e pelo uso das tecnologias digitais, o cenário pandêmico é desafiador e enriquecedor para a prática pedagógica. Generalizando, as problematizações levantadas no panorama atual exigirão ponderações sobre o lugar das Tecnologias de Informação no diagrama educativo escolar das escolas do campo e na Educação do Campo como direito.

Palavras-chave: COVID-19, Aprendizagem, Políticas Educacionais.

Abstract: This paper addresses a current theme that is the efficient use of technologies in favor of teaching. In this sense, school actions are evaluated in this period of social isolation due to the pandemic and the more appropriate use of digital media, methods and methodologies, considering the real needs and resources of school students in the field, in particular. The methods used were dialectical and observational, as well as through bibliographic and documentary research. The data revealed that, despite the difficulties in adapting face-to-face teaching to the remote modality and the use of digital technologies, the pandemic scenario is challenging and enriching for pedagogical practice. Generalizing, the problematizations raised in the current panorama will require considerations about the place of Information Technologies in the school educational diagram of the schools of the field and in the Education of the Field as a right.

Keywords: COVID-19, Learning, Educational Policies

Sumário: 1. Introdução – 2. Metodologia 3. Mudança de Rotina: Tecnologias em Sala de Aula; 3.1 Organização Das Atividades Pedagógicas; 4. Considerações finais. 5. Referências.

1.Introdução

O Brasil e o mundo estão enfrentando a mais grave crise sanitária e econômica dos últimos anos com a pandemia da Covid-19 que descontinuou o curso da vida das pessoas e está desafiando a existência da sociedade mundial. Medidas de distanciamento social para a defesa da vida estão sendo tomadas e cabe reconhecer a relevância do uso das tecnologias como instrumentos de informação e comunicação para todos.

O Ministério da Educação juntamente com Secretarias e Conselhos de Educação uniram-se para indicar soluções e unificá-las com o ensejo de não deixar a educação parar. Nessa seara, passam a fazer com que os professores e professoras acreditem que a Educação a Distância (EaD), através das tecnologias digitais de informação (por meio de aulas televisivas, plataformas digitais, outras mídias) e comunicação, podem dar prosseguimento às atividades escolares, que foram interrompidas em função da necessidade de medidas de distanciamento social.

Por muito tempo a educação na escola, foi determinada por uma metodologia pedagógica baseada na reprodução de informações de modo uniforme, muitas vezes automática, sem analisar a individualidade de cada estudante. Essa forma de ensinar, denominada “tradicional” perdeu um pouco de relevância em um tempo em que a informação está ao alcance de quase todos através de um ou dois toques.

Por se tratar de um País de dimensões continentais, inviável qualquer solução que não considere que a educação brasileira é constituída de uma pluralidade de conjunturas socioculturais definidas pelas diversidades econômicas, geográficas, climáticas e culturais.

Ressalta-se que professores do campo principalmente, enfrentam vários desafios para sustentar um formato de educação emergencial à distância que não é arrazoado para a realidade de quem vive no campo.

O ensino na pandemia deve ser conexo ao processo histórico brasileiro que através do capitalismo e dependente, sempre foi vítima de uma política de concentração de propriedade e de riqueza e vasta produção de pobreza e miséria.

A questão não se resume somente no “como se ensina remotamente”, existe questões imbricadas nesse debate, que suplantam o âmbito da técnica do ensinar remoto. Afora as desigualdades de acesso ao remoto, existem as desigualdades vivenciadas fora do ambiente escolar, a questão é que temos uma política pública que equaliza condições em época de pandemia.

Este artigo teve como objetivos: acompanhar e pesquisar o processo de adaptação à nova realidade imposta aos educadores das escolas do campo em tempo de pandemia; analisar os impactos no cotidiano escolar pelo contexto da pandemia do Covid-19; e reconhecer os limites e os desafios atribuídos aos educadores para ampliar o processo de ensino e aprendizagem através do uso das tecnologias da informação e comunicação (TICs).

Observa-se que as pessoas que residem em áreas rurais destinam maior parte do seu tempo às atividades agrícolas e pecuárias, desse modo, possuem menor tempo para dedicarem-se aos estudos, pois não podem “deixar de lado” as atividades laborais, por ser seu único elemento de subsistência.

A escola é um dos ambientes de aprendizagem de basilar importância para que os sujeitos sejam incluídos desde a sua origem. Em nosso País, nesta última década vem sendo discutida a diversidade sociocultural, onde esse relevante tema começou a ser ventilado a partir das lutas sociais e políticas de diversos movimentos sociais do campo e da sociedade.

Devido à pandemia do Coronavírus afloraram os problemas relacionados à Educação do Campo e muitas crianças ficaram sem estudar, tendo em vista a suspensão das aulas presenciais. Muitas escolas passaram a empregar os sistemas remotos como formato de educação durante este período pandêmico, residindo aí outro problema: o acesso à internet. Nas áreas rurais este acesso é baixíssimo ou zero, seja pela indisponibilidade do serviço, ou pela situação de vulnerabilidade econômica das famílias que ali vivem.

As atividades impressas, na maioria dos casos, carecem de elucidações dos professores para que as crianças obtenham êxito em resolvê-las. Diante desse impasse, muitos pais acabam por desistir do processo educativo do filho.

Professores e alunos de uma hora para outra tiveram que adaptar-se a um novo formato de aulas. Coube aos professores, inicialmente, o desafio de adotarem novas metodologias pedagógicas para lecionar de forma remota.

Queiroz (2004) argumenta que os espaços pedagógicos de formação não ocorrem apenas em sala de aula, mas também na família na convivência social, cultural, nos serviços de produção de conhecimento, entre outros.

Nesta perspectiva de aproximação do meio escolar e do meio familiar/produtivo organizasse o movimento de vai-e-vem entre a prática e a reflexão teórica, movimento este que constitui um dos fundamentos da alternância que, assume sentido de estratégia de escolarização, possibilitando aos jovens que vivem no campo, conjugar a formação escolar com as atividades tarefas da unidade produtiva familiar, sem desvincular-se da família e da cultura do meio rural (QUEIROZ, 2004, p.35).

É salutar desenvolver no aluno do campo a aprendizagem através de sua história, colaborando para sua maior autonomia, a fim de que possa viver em sociedade de modo crítico. Além disso, a educação trabalhada de acordo com a realidade dos alunos que vivem no campo faz com que estes sigam trabalhando no próprio campo.

Compete à União, conforme fundado no artigo 3º da Lei 7.352/10, a responsabilidade pelas políticas relativas à Educação do Campo.

A Educação do Campo não surge “do nada” e nem é iniciativa das políticas públicas, mas provém de um movimento social, da mobilização dos trabalhadores do campo, da sua grande luta social. Através da organização coletiva dos trabalhadores diante do desemprego, da precariedade do trabalho e da carência de condições materiais de sobrevivência dessa população.

Essas novas formas de fazer com que o aluno “vá até à escola”, estão sendo desafiadoras para todos os envolvidos, pois com o isolamento, algumas escolas instituíram meios de dar continuidade a rotina de estudos, utilizando o “ciberespaço”.

Harashim (2005) observa que a internet e suas tecnologias para algumas instituições de ensino nascem como resposta, um novo ritmo de se alcançar a informação:

(...) Todos aprendem juntos, não em um local no sentido comum da palavra, mas num espaço compartilhado, um “ciberespaço”, através de sistemas que conectam em uma rede as pessoas ao redor do globo. Na aprendizagem em rede, a sala de aula fica em qualquer lugar onde haja um computador, um “modem” e uma

linha de telefone, um satélite ou um “link” de rádio. Quando um aluno se conecta à rede, a tela do computador se transforma numa janela para o mundo do saber. (HARASIM et al., 2005, p.19).

Na maioria das vezes, a localidade em que os alunos moram fica a uma distância muito grande da cidade e os educandos querem e precisam estudar. Assim, as famílias desta comunidade se conectam e coletivamente instalam uma escola, através do apoio e licença do poder público e educadores da própria comunidade entre os que possuem maior nível de escolaridade, compondo o cotidiano escolar destas pessoas, sejam elas crianças, adolescentes, jovens e adultos.

Salienta-se que essas Escolas seguem os preceitos das Secretarias de Educação, mas apresentam as particularidades de cada região, de acordo com o território que estão inseridas.

A infraestrutura no setor rural não é como a da cidade: as salas são precárias, sem conforto algum mas o envolvimento de educadores é grande e o mais importante acontece, que é o processo de aprendizagem, o qual independe das condições de infraestrutura presentes.

Desse modo, a Educação do Campo geralmente caracteriza-se como um espaço de precariedade por descasos especialmente pela falta de políticas públicas que atendam às populações que lá habitam.

É uma complexa tarefa a de falar dos impactos da pandemia no campo, justamente pela presença de sua multiplicidade. No campo, alguns dos diversos territórios onde o contato com a natureza pertence à cultura da comunidade: assentamentos, quilombos, áreas indígenas, ocupações de terras entre outros contextos, a Educação Escolar do Campo surge como um modelo contra-hegemônico com a finalidade de minimizar as discrepâncias existentes entre o ensino e aprendizagem das escolas rurais brasileiras.

Nesse compasso, como um recorte da política de valorização do campo, a educação também deve ser percebida pelo governo como uma ação que visa a emancipação e cidadania de todos os sujeitos ali presentes.

Importante frisar, neste conjunto, como as novas tecnologias educativas não estão disponíveis para todos, privilegiando apenas algumas realidades e regiões do país.

Assim, o modelo educacional também sustenta a tarefa de se contrapor aos que advogam o fim do rural como tendência de homogeneização com o espaço

urbano. O processo de urbanização do rural é proveniente de transformações econômicas e ambientais, que vem se estabelecendo de forma impositiva.

2. Metodologia

A pesquisa aqui exposta possui caráter exploratório, traz uma primeira aproximação à temática suscitada, instituindo alguns questionamentos e considerando discussões teóricas sobre os assuntos explicitados, proporcionando recomendações para futuras pesquisas na seara da Educação do Campo, em tempos de pandemia (GIL, 2009).

Os métodos utilizados foram o dialético e o observacional, bem como através da pesquisa bibliográfica e documental.

3. Mudança de Rotina: Tecnologias em Sala de Aula

Durante o período de isolamento e distanciamento sociais em tempos de pandemia, os educadores sofreram transformações em sua rotina de trabalho e no cotidiano escolar. Ao dia-a-dia escolar foram incorporados o trabalho remoto, as plataformas e reuniões virtuais com a finalidade de amenizar os prejuízos para os estudantes, os mais afetados no processo de ensino e aprendizagem sem o auxílio docente presencial. Realizou-se diversas gravações de vídeo—aulas, interatividade de alunos e professores através do WhatsApp, entre outros meios...

Tal suporte foi essencial para que as famílias estabelecessem para os educandos uma rotina mínima de estudos com o intuito de não perderem o compasso e nem o interesse pelas atividades.

Nesse sentido, a pandemia reforçou que a sociedade, a escola e as famílias precisam reinventar-se a cada dia. Vivemos num momento de muitas incertezas, em que escola e família precisam mais do que nunca estar afinadas e alinhadas no processo educativo, formativo e emocional de todos os envolvidos (BORSTEL; FIORENTIN, MAYER, 2020).

A aprendizagem, segundo Moran (2017), advém formal e informalmente, seja sozinho ou com outras pessoas em grupos presenciais ou on-line. Logo, é certo que a inserção dos meios tecnológicos oferece subsídios ao acesso à informação e à construção de conhecimentos coletivos. Ainda de acordo com o autor, "a escola parece um museu, um outro mundo, um espaço de confinamento, quadrado, com tempos marcados para cada área de conhecimento, para cada atividade, para cada

avaliação”(Moran, 2017, p.66), ou seja, encontra-se retrógrada e ultrapassada, fora do contexto em mundo conectado.

Santos e Souza (2020, p. 41), representam preocupação com as Escolas do Campo/roça:

[...] Desse modo, queremos não apenas escolas abertas no campo/roça, mas com condições necessárias e políticas que assegurem uma prática pedagógica que vá além das paredes, dialogando com a realidade local, sendo um espaço que se constrói cidadania e reconhecimento de direitos, dando visibilidade aos sujeitos destes lugares

De acordo com Souza et al (2016), a Educação a Distância (EaD) não pode ser a única solução, pois tal metodologia tende a aumentar as desigualdades já existentes, que são relativamente equiparadas nos ambientes escolares, simplesmente, porque nem todos possuem o equipamento necessário.

A falta de aula presencial e as dificuldades de acessar à internet para ver os vídeos que explicam os afazeres e o assunto que estão estudando, levanta uma maior preocupação: Os alunos realmente entendem o que estão ouvindo?

Franco (2020) ao observar famílias e analisar essa ligação entre professores e alunos, após terem suas rotinas domiciliares sobremaneira impactadas pela quarentena como “a escola em casa”, cita que:

[...] como professora, como tutora e como pesquisadora da Educação a Distância, vivo atualmente a posição de mãe de aluno da Educação Infantil, o que me levou –inevitavelmente –a refletir sobre como este nível educacional é afetado na Pandemia e como podemos, juntamente com a escola, minimizar os efeitos para as crianças. Infelizmente, a EaD não foi discutida antes no ciclo básico. [...] EaD parecia até fevereiro deste ano algo inatingível para a educação básica. [...] E hoje nos vemos em isolamento e tendo a [EaD] como única alternativa para dar prosseguimento ao semestre letivo. Concordando ou não, se identificando ou não, esta é a modalidade educacional que nos cabe neste momento e que, apesar de não [ser] pensada para crianças e adolescentes, nesta Pandemia vem gerando bons frutos com novas experiências. [...] na EaD sistematizada temos a figura dos tutores que fazem a ponte entre docente e discentes, a presença do polo que auxilia o aluno e do centro de educação

a distância que auxilia o professor. E em uma, digamos, “emergencial EaD”, implantada pela contingência do isolamento, não temos estes recursos (pelo menos nem todos. Não é unânime a presença de estúdio de gravação de aulas, nem mesmo de um AVA). O que estamos vendo é um limitado uso de recursos virtuais em que muitas escolas fazem o mínimo, os professores se sentem desamparados e sobrecarregados, os alunos isolados e os pais perdidos.[...] Não podemos cobrar dos pais que se tornem pedagogos da noite pro dia. [...] Contudo, é essencial que os pais sejam como “tutores” das crianças em casa, incentivando a realização das atividades e, principalmente, cobrando das escolas (e não dos professores) que haja um plano de orientação para estes pais em casa. [...] Assim, não é dever da escola apenas delegar, transferir responsabilidades. A escola tem que assumir para si a função de gestora deste momento de crise e orientar os pais sobre como ajudar seus filhos, oferecer condições de trabalho a seus professores e diminuir a distância transacional sentida pelos alunos, para que não pensem que estão isolados neste processo.

Salienta-se que as famílias das comunidades atendidas pelas Escolas do Campo, em sua maior parte, não possuem sinal telefônico ou este apresenta severas limitações. Ademais, muitos não têm acesso à internet, outros nem mesmo computadores possuem para que os estudantes possam seguir as aulas on-line ou interagir virtualmente com os professores. O estudo na zona rural sempre foi e segue para àqueles que apresentam muita perseverança. As condições nunca são adequadas a quem busca e aprende. Além disso, as ferramentas de comunicação em meio digital são muitas, e cada escola adota estratégias de acordo com seus objetivos educacionais.

Enormes são os desafios para implantar, ainda que de forma temporária, a educação à distância na educação básica no país. A realidade apresenta alunos e famílias que não conseguem utilizar plataformas online de ensino e professores que carecem de formação técnica para direcionar processos de aprendizagem em ambientes virtuais. (CNBB, 2020).

De uma hora para a outra, não se interage com um grupo de pessoas e sim, com uma câmera, um artefato inanimado. A pandemia, desse modo, através da mudança radical nas práticas pedagógicas influencia a vida de docentes e estudantes em diversas áreas de conhecimento.

3.1 Organização Das Atividades Pedagógicas

De acordo com o Parecer do CNe nº 5, de 28 de abril de 2020, a efetivação das atividades pedagógicas não presenciais se caracteriza por meio de tecnologias digitais ou não, podendo ocorrer através de programas de televisão, de rádio, material didático impresso com orientações pedagógicas distribuído aos alunos e seus pais ou responsáveis e pela orientação de leituras, pesquisas, atividades e exercícios recomendados nos materiais didáticos. O documento ainda versa sobre o desafio da reorganização dos calendários escolares devido às condições intrínsecas de cada rede, escola, professores, estudantes e suas famílias com a finalidade de alcançar padrões básicos de qualidade e minimizando a desigualdade educacional (BRASIL, 2020). Destarte, fala-se em certo descaso ao estabelecer as atividades pedagógicas remotas, sem sopesar a existência das comunidades camponesas, Escolas do Campo e de seus professores os quais não dispõem de meios tecnológicos e de materiais para a concretização de tal diretriz.

De acordo com Santos, Molina e Hage (2020), no início da pandemia, algumas escolas tentaram entregar os trabalhos em casa para os estudantes, mas em poucas semanas este trabalho foi suspenso. Existem relatos de escolas do campo que imprimem os afazeres e marcam uma data para que os pais busquem tais atividades. Observa-se, no entanto, que desse modo há grandes dificuldades por parte dos pais, pois estes trabalham para garantir a sobrevivência da família, aliado às dificuldades de acompanhamento das tarefas escolares via “remota”, sem falar nas idas e vindas para buscar materiais na escola ampliando o risco de contágio da Covid-19.

Muitas escolas, tanto públicas quanto privadas possuem grandes expectativas acerca do que professores e familiares conseguem alcançar. Há distinção entre as famílias em confinamento. Algumas podem ajudar seus filhos a aprender mais do que outras: dispender maior quantidade de tempo disponível para se dedicar aos estudos dos filhos, (auxiliando-os com as aulas online), enquanto muitos pais estão em *home office* cumprindo horário laboral integral e outros tantos precisam trabalhar externamente para garantir a renda mensal; as habilidades não cognitivas dos genitores; a possibilidade de acessar o material online; a quantidade de conhecimento inato dos pais – afinal, é difícil ajudar o filho se tiver de aprender algo estranho ao que se conheceu e aprendeu –, são questões a serem levadas em conta quanto ao papel dos pais na Educação dos filhos em tempos de pandemia. Toda essa conjuntura gerará um aumento da desigualdade na Educação e no progresso do educando (CIFUENTES-FAURA, 2020).

Frisa-se que o ensino remoto emergencial difere da modalidade de Educação a Distância (EaD), pois a EaD conta com recursos e uma equipe multiprofissional preparada para oferecer os conteúdos e atividades pedagógicas, por meio de

diferentes mídias em plataformas on-line. O escopo do ensino remoto não é estruturar um ecossistema educacional robusto, mas ofertar acesso temporário aos conteúdos curriculares que seriam desenvolvidos presencialmente. Assim, em decorrência da pandemia, o ensino remoto emergencial tornou-se a principal alternativa de instituições educacionais de todos os níveis de ensino, caracterizando-se como uma mudança temporária em circunstâncias de crise. (HODGES, 2020).

Para Freire (1996, p.36) é papel de a escola rejeitar a qualquer forma de discriminação, pois "A prática preconceituosa de raça, de classe, de gênero ofende a substantividade do ser humano e nega radicalmente a democracia."

Bourdieu (1998) denomina de "excluídos do interior", numa menção aos alunos que são excluídos dentro do espaço escolar. Atualmente a distinção ocorre pelo tipo de estudo, pelo estabelecimento de ensino, pelas opções curriculares. Nesse contexto, cabem aos desprovidos os setores escolares mais desvalorizados e menos favorecidos até mesmo tecnologicamente, impossibilitando a incorporação da cultura como lhes é devida.

Neste contexto, Perrenoud (2000) cita que "a transposição didática não é imediata, ou seja, o fato de o docente ser usuário de tecnologias digitais não garante que ele fará uso pedagógico dos seus conhecimentos com seus alunos". (PERRENOUD, 2000, p. 14). É necessária uma formação docente que permita maior fluência digital, maior experiência, dando aos educadores condições de modificar suas práticas pedagógicas, criando alternativas de uso, em nível didático, destes recursos. Não basta que se tenham os recursos tecnológicos, é imprescindível saber fazer uso dos mesmos como apoio ao estudo e à aprendizagem. Talvez seja esse mais um grande desafio do momento atual.

4. Considerações Finais

Nessa esteira, pode-se articular que o ano de 2020 foi de grandes desafios em todas as esferas, principalmente para as que contribuem para o desenvolvimento da sociedade e com a divulgação de conhecimento científico de qualidade e acessível a todos.

Pode-se dizer que os educandos da, em comparação com as escolas da zona urbana, em sua maioria, não apresentam os mesmos recursos físicos e materiais necessários para a execução do ensino remoto, logo, seria de grande importância a criação e a execução de políticas públicas educacionais voltadas para Educação do Campo.

Salienta-se a importância da infraestrutura e uma boa proposta político-pedagógica, que abordem a realidade de cada região. É preciso pensar na Escola do Campo como um sistema articulado, onde os sujeitos do campo não se tornam menos camponeses por terem menos acesso à tecnologia. Um local onde os docentes podem aperfeiçoar sua formação sem ter de se deslocar e que o estudante tenha acesso a instrumentos que cheguem à área rural, como jornais, filmes, revistas e livros atualizados, diminuindo a evasão escolar.

Também se demonstra que uma formação ampla, que ofereça suporte aos professores tanto instrumental quanto pedagógico é uma forma de manter a educação e, desse modo, a escola em um ambiente favorável às atividades não presenciais, objetivando-se o processo de aprendizagem com bons resultados.

Frisa-se que para trabalhar com os alunos do campo é necessário não somente conhecimentos científicos como também é preciso conhecer a realidade local, bem como organizar projetos para trabalhar com as famílias, sem descaracterizar a identidade do homem do campo, entre outros. Urge o uso de metodologias de acordo com a realidade local, a fim de resgatar experiências vividas pelo povo e assim fazer da educação algo mais atrativo.

Fato é que professores, alunos e pais contornam a situação da falta de aulas presenciais como podem para desempenhar um calendário escolar que não foi suspenso na maioria das regiões.

O atual período marcado pela pandemia expõe a precarização das Escolas do Campo, através das condições de trabalho dos educadores, acesso às tecnologias de informação e à carência de formação de educadores para a utilização de tecnologias na educação, bem como os entraves relacionados à equipe pedagógica, a qual também confronta-se com as limitações do uso de tecnologias educacionais.

Após essa pandemia, não sabe se todas as turmas de Educação do Campo existentes até então irão continuar. Compreende-se somente que o formato de educação a distância tem mostrado o caminho para dar atenção aos alunos e estes não perderem a oportunidade de aprendizagem neste ano escolar.

Observa-se através do já explanado que os parâmetros que disciplinam o trabalho à distância entre docentes e educandos, em tempos de pandemia, não geram alívio, causam até mesmo certo desconforto e temores/receios para pais, alunos e até mesmo professores.

Coll e Monereo (2010, p. 11) salientam que apenas incorporar os recursos tecnológicos não transforma os processos educacionais, no entanto, "[...] modifica

substancialmente o contexto no qual estes processos ocorrem e as relações entre seus atores e as tarefas e conteúdo de aprendizagem, abrindo, assim, o caminho para uma eventual transformação profunda desses processos”.

Neste período de pandemia, sabe-se apenas que vão ficar muitos questionamentos, pois o desenvolvimento destas comunidades camponesas abrangem vários pontos, não só o conteúdo escolar, também o pensar de maneira crítica. Nesse aspecto, fica a pergunta em aberto: A educação realmente é para todos?

5. Referências

BORSTEL, V.V.; FIORENTIN, M. J.; MAYER, L. Educação em Tempos de Pandemia: Constatações da Coordenadoria Regional de Educação de Itapiranga. In: **Desafios da educação em tempos de pandemia**. Orgs: PALÚ, J.; SCHÜTZ, J.A., MAYER, L. Cruz Alta, 2020.324 p.

BOURDIEU, P. Os excluídos do interior. In: NOGUEIRA, M. A.; CATANI, A. (orgs). **Escritos da Educação**. Petrópolis, RS: Vozes, 1998.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. **Parecer nº 5 de 28 de abril de 2020. Reorganização do calendário escolar e da possibilidade de cômputo de atividades não presenciais para fins de cumprimento da carga horária mínima anual, em razão da Pandemia da COVID-19**. Disponível em: <<https://abmes.org.br/arquivos/legislacoes/Parecer-cne-cp-005-2020-04-28.pdf>> Acesso em: 20 mar 2021.

CIFUENTES-FAURA, J. Consecuencias en los niños del cierre de escuelas por Covid- 19: el papel del gobierno, profesores y padres. Revista Internacional de Educación para la Justicia Social, Madrid, v. 9, n. 3e, p. 1-12, 2020. Disponível em: <<https://revistas.uam.es/riejs/article/view/12216/12089>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

CNBB. **Desafios para Educação em Tempos de Pandemia**. Associação Nacional de Educação Católica do Brasil. 2020. Disponível em: <<https://anec.org.br/noticias/desafios-para-educacao-em-tempos-de-pandemia/>> Acesso em: 29 de mar de 2021.

COLL, C.; MONEREO, C. Educação e Aprendizagem no século XXI: novas ferramentas, novos cenários, novas finalidades. In: COLL, C.; MONEREO, C. (org.). **Psicologia da educação virtual: aprender e ensinar com as tecnologias da informação e da comunicação**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 15-46.

FRANCO, A. M. **Noção de pertencimento e diminuição da Distância Transacional: caminhos para a EaD.** Congresso Nacional Universidade EAD e Software Livre 2020.1 (UEADSL), UFMG, Belo Horizonte, 01/02, jun. de 2020. Palco das Conferências. Disponível em: <<https://eventos.textolivre.org/moodle/mod/forum/discuss.php?d=863>> Acesso em: 10 mar. 2021.

FREIRE, P. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa.** São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** São Paulo: Atlas, 2009.

HARASIM, L., TELES, L.F., TUROFF, M., HILTZ, S.R. **Redes de aprendizagem: Um guia para ensino e aprendizagem online.** São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2005.

HODGES, C.; MOORE, S.; LOCKEE, B., BOND, A. The Difference Between Emergency Remote Teaching and Online Learning. **EDUCAUSE Review**, 2020. Disponível em: <<https://er.educause.edu/articles/2020/3/the-differencebetween-emergency-remote-teaching-and-online-learning#fn3>>. Acesso em: 30 mar 2021.

MACHADO, L. C. P.; MACHADO FILHO, L. C. P. **Dialética da agroecologia.** São Paulo: Expressão Popular, 2014.

MORAN, J. M. Como transformar nossas escolas Novas formas de ensinar a alunos sempre conectados. In: Educação 3.0: Novas perspectivas para o Ensino. CARVALHO, M. (Org). **Como transformar nossas escolas Novas formas de ensinar a alunos sempre conectados.** Porto Alegre, Sinepe/RS/Unisinos. 2017. Disponível em: <http://www2.eca.usp.br/moran/wp-content/uploads/2017/08/transformar_escolas.pdf> Acesso em: 18 dez. 2020.

PERRENOUD, P. **10 novas competências para ensinar.** Porto Alegre: Artmed, 2000. 192p.

QUEIROZ, L. R. S. Educação musical e cultura: singularidade e pluralidade cultural no ensino e aprendizagem da música. Revista da Abem, Porto Alegre, n. 10, p. 99-107, 2004.

SANTOS, M. J. S.; SOUZA, A. J. Formação docente na educação do campo/roça: o desafio da ocupação do espaço social e escolar "urbano-centrado". In: SOUZA, A. J.; SOUZA, H. F. **Educação no/do Campo: entre o concebido, percebido e vivido.** Curitiba: Editora CRV, 2020. p.39-58.

SOUZA, S.; FRANCO, V. S.; COSTA, M. L. F. Educação a distância na ótica discente. Educação e Pesquisa, São Paulo, v. 42, n. 1, p. 99-114, jan./mar. 2016.

SANTOS, C. A.; MOLINA M. C.; HAGE, S. A. M. **Ensino Remoto e à Distância aprofunda as Desigualdades e não garante o Direito à Educação dos Povos Tradicionais e Camponeses em Tempos de Pandemia.** Colaboração de texto. 2020. Disponível em: < <https://anped.org.br/news/ensino-remoto-e-distancia-aprofunda-desigualdades-e-nao-garante-o-direito-educacao-dos-povos> > Acesso em 31 de mar de 2021.

A ATUAÇÃO DO ADVOGADO CRIMINALISTA NA EXECUÇÃO PENAL

ELIAS RIBEIRO DE FREITAS:

Jornalista formado pela Fundação Educacional de Fernandópolis/SP - FEF, Radialista e estudante de Direito na Universidade Brasil, campus Fernandópolis/SP.

ADEMIR GASQUES SANCHES

(orientador)

RESUMO: O direito penal é o ramo jurídico voltado para regular a autoridade penitenciária do Estado e verificar que todos os crimes previstos no Código Penal (CP), na Constituição Federal Brasileira (CFB), ou em possíveis medidas de segurança associadas ao crime. Cabe ao Código Penal estipular quais os atos que podem ser considerados crimes nas suas diferentes modalidades, detalhando claramente as circunstâncias ou comportamentos em que a sanção deva ser aplicada. As leis brasileiras definem explicitamente o que é crime ou não, pois para uma pessoa ser condenada, as ações julgadas devem coincidir com as descrições exatas das regras, normas concordantes, em desenvolvimento do princípio da tipicidade, ou seja, ninguém pode ser processado por um crime que não o tenha cometido, surge então com destaque a presença do advogado, o qual deve dar ao cliente atenção personalizada antes, durante e depois de qualquer processo penal em que seus direitos, especialmente a liberdade, possam ser comprometidos. Sua função não termina com a conclusão do julgamento, mas vai além. O advogado deve ter uma consciência social absoluta dos problemas das pessoas privadas de liberdade. O exercício da advocacia na área penal apresenta características muito distintas e peculiares. O advogado criminal é o profissional jurídico que intervém como defensor privado ou procurador em nome de um arguido perante os juízes, tribunais ou tribunais superiores. O advogado criminalista tem por finalidade preparar e executar uma estratégia de defesa ou ação penal com o objetivo de, através dela, convencer os juízes de que o cliente que acompanham é quem tem razão no litígio.

Palavras-chave: Advogado. Crimes. Execução Penal. Processo Penal.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2. REVISÃO DE LITERATURA. 2.1. A Importância do Advogado. 2.2. Conceito de Execução Penal. 2.3. Medidas para um Assistência Jurídica eficaz na Execução Penal. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é discorrer sobre a importância do advogado criminal durante a execução penal (EP), entretanto para entender tal relevância, é preciso pensar de forma ampla entendendo que independentemente do crime cometido, o indivíduo deve ter seus direitos devidamente assegurado, por nossa Constituição Federal (CF), mas especificamente no artigo 5º, (inciso LIV) *“ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal”* mediante tal premissa começa-se a entender a importância do advogado e de todos os envolvidos nesse processo (BRASIL, 2020).

Sendo assim, o advogado criminal ganha destaque, vez que este trata-se de um advogado especializado em Direito Penal, que concentra seus conhecimentos em todos os tipos de crimes e suas penas, profissional cujas ações são exigidas por lei para garantir o efetivo exercício do direito à defesa que toda pessoa possui antes da denúncia de qualquer crime em processo penal. Não há espaço para a legítima defesa (sem advogado) de um investigado ou arguido, entre outras coisas porque o conhecimento do Direito Penal e do processo penal é necessário para evitar situações de indefesa, material e/ou formal. A intervenção do advogado criminal é considerada a garantia para a obtenção de um julgamento justo, uma vez que a prova de defesa é tradicionalmente apresentada por este (GANEM, 2020).

Essa faceta clássica do advogado criminal vai desde a assistência ao investigado em seu primeiro recurso policial ou judicial até o julgamento, e os recursos subsequentes. Todo o processo penal tem várias fases: Inquérito policial; Indiciamento do autor; Denúncia; Pronúncia; Julgamento (Decisão); Sentença e Recursos. O advogado criminal é o profissional que intervirá em todas elas buscando fazer valer os argumentos defensivos e as provas de defesa (SENADO, 2020).

A fase de execução criminal se configura como mais uma etapa do processo penal. Com efeito, todas as fases do processo que a precedem são justificadas para que, quando a sanção seja executada e o *“ius puniendi”* se concretize, o faça sob a regra da mais absoluta legalidade, pois o processo penal não o faz, esgota-se ou extingue-se com a emissão ou firmeza de uma condenação. Pelo contrário, é a partir daí que se agrava a situação dos arguidos e, por isso, exige que o poder de punição delegado por toda a sociedade à autoridade única do Estado seja exercido com as garantias máximas, assegurando plenamente o acesso à justiça e o respeito efetivo de seus direitos constitucionais, legais e penitenciários (ROCHA, 2018).

O direito a um advogado é uma marca registrada do sistema judicial brasileiro. É imprescindível que o advogado tenha experiência em processos, seja

adequadamente ressarcido e tenha acesso aos recursos necessários ao cumprimento de suas obrigações para com o cliente e o tribunal, de forma a conseguir o cumprimento digno das penas privativas de liberdade (D'URSO, 2015).

O direito penal é um nicho de prática em crescimento. À medida que as taxas de criminalidade aumentam e as leis criminais mudam, o número de pessoas condenadas à prisão quase triplicou nos últimos 30 anos, fato comprovado constantemente por penitenciárias abarrotadas em todo o país. À medida que novas leis criminais são codificadas e mais indivíduos são acusados de acordo com as leis estaduais e federais, a necessidade de advogados criminais para defender os acusados também aumentará (ROCHA, 2018).

2 REVISÃO DE LITERATURA

Pode-se qualificar o Direito como “o sistema de normas fundado em princípios éticos e passível de sanção coercitiva, que regulam a organização da sociedade e as relações dos indivíduos e grupos que nela vivem para assegurar um convívio harmonioso (ANDREUCCI, 2016).

O direito penal é uma subdisciplina que regula o poder punitivo do Estado, ou seja, trata de todos os crimes previstos em lei que tenham uma pena ou medida de segurança associada. O código penal deve estabelecer claramente quais os elementos que constituem um crime e que sanção é aplicada em cada caso. Como em todos os ramos do direito, é preciso delinear muito bem o que é crime ou não, pois para que uma pessoa seja condenada as ações julgadas devem coincidir com a descrição oferecida pelo código penal (SCAPINELLI, 2020).

O advogado é um profissional independente que assiste seu cliente como consultor e representante na defesa dos seus direitos e interesses perante órgãos públicos e outras pessoas físicas e jurídicas. Hoje a visão do advogado como profissional que intervém apenas em julgamentos é largamente ultrapassada, um bom advogado orientará seu cliente sempre assegurando seus direitos. Os advogados criminais representam réus que enfrentam acusações criminais em tribunais estaduais, federais e de apelação. Seu escopo de prática inclui audiências de fiança, negociações de confissão, julgamento, audiências de revogação (liberdade condicional), recursos e remédios pós-condenação (ROCHA, 2018).

E se faz necessário e de extrema importância uma conduta eficiente por parte do causídico, pois não há maior situação de vulnerabilidade do que a de uma pessoa privada de sua liberdade, necessitando assim de um advogado diligente para conduzir o seu processo da melhor maneira possível (SANTANA, 2020).

O cliente tem o direito de saber tudo o que pode influenciar legalmente se deve ou não colocar a sua confiança nesse advogado. Existem milhares de exemplos possíveis: se o advogado tem qualquer relação familiar, de amizade, econômica ou financeira com a parte contrária no caso, ou com seu advogado, ou com seu procurador ou com outros profissionais ao seu serviço, se o advogado exercer atividade em partido político ou associação que ser uma parte, contrária ou de outra forma envolvida, no assunto confiado, se tiver sido ex-advogado de indivíduos ou entidades que se destacaram publicamente por lutar ou insultar interesses semelhantes ou equivalentes aos que agora teriam que defender em nome do novo cliente, etc. (ANDREUCCI, 2016).

2.1 A Importância do Advogado

A constituição federal define 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.

Na epígrafe abaixo Túlio Viana, saudoso criminalista afirma,

A sociedade não recrimina o médico que cura o criminoso, não recrimina o professor que leciona para o criminoso, o ator que entretém o criminoso, o pedreiro que constrói para o criminoso e o lixeiro que recolhe o lixo do criminoso. A sociedade não recrimina sequer o padre que ouve a confissão do criminoso e o perdoa por seus pecados. Mas o advogado, ao prestar seus serviços de defesa técnica ao criminoso, passa a ser visto quase como seu cúmplice (VIANNA apud ROCHA, 2018, s/p).

Os advogados atuam como consultores ou advogados de seus clientes. Por sua vez, o advogado de defesa pode representar qualquer uma das partes envolvidas em um processo judicial, no qual apoie o caso por meio de alegações ou provas. Aqueles que atuam como consultores jurídicos aconselham seus clientes sobre como a lei se aplica a um caso específico (ANDREUCCI, 2016).

De acordo com Greco (2017), as principais funções dos advogados são:

Aconselhar seus clientes sobre seus direitos em questões jurídicas;
Representar seus clientes em tribunal ou apresentar queixas em tribunal;
Pesquisar os precedentes legais e reunir as evidências necessárias;
Estudar e interpretar a legislação nacional para melhor argumentar no caso do seu cliente, determinando a lei

ou código que se aplica ao assunto em questão; Defender seu cliente no caso de ser acusado de crime; Negociar acordos em disputas civis ou trabalhistas; No caso de trabalhar para uma entidade governamental, apresentar queixa contra uma pessoa física ou jurídica por infringir a lei; Atuar como especialista jurídico e consultor em empresas e outros estabelecimentos comerciais; Elaboração de documentos jurídicos, como contratos de compra e venda de imóveis, testamentos, procurações, pareceres, entre outros; Desempenhar funções administrativas relacionadas com o exercício da lei; Ser mediador, conciliador ou árbitro quando necessário, da mesma forma, atuar como guardião ou curador em questões familiares e jurídicas; Esteja atualizado com os últimos desenvolvimentos e interpretações da lei (GRECO, 2017, p.45).

Um advogado criminal se dedica a estudar crimes cometidos tanto contra a propriedade de uma pessoa quanto crimes contra a própria pessoa. Assim, um advogado criminal pode se especializar em: crime de fraude, crime de apropriação indébita, homicídio, estupro, lesões de diferentes graus, crime de sequestro, roubo, furto, difamação e calúnia, crimes de informática, crimes relacionados ao consumidor, lavagem de dinheiro, incêndios, tráfico de drogas entre outros. O advogado especializado em direito penal desenvolve certas competências muito próprias da sua área de profissionalização. São essas mesmas características que também servem para distinguir um bom advogado (RANGEL, 2015).

Segundo Santana (2020), em uma investigação de prática criminal, como nas próprias observações do editor, as qualidades que um advogado criminal possui são:

- 1) Boa capacidade de comunicação, uma vez que o seu objetivo é convencer um júri através das palavras e também argumentar com o advogado da oposição, promotor, delegados e juízes; 2) Consistência e confiabilidade. Consistente para que o cliente, tenha acesso permanente a ele; e confiável, comprometendo-se com o que planejou; 3) Sempre informado, apresentando raciocínio lógico, sendo sempre compreendido; 4) Ter empatia, no que se refere ao contato direto com os réus, é fundamental que os advogados criminais tenham conexão com seus clientes, vez que se trata de defender seus direitos e reduzir ao máximo as sentenças desfavoráveis na pior das hipóteses. Essa empatia, porém, não implica cordialidade com os clientes, mas apenas

profissionalismo, pois os casos devem ser tratados com frieza, calculando estratégias com eficiência (SANTANA, 2020, s/p).

Em processos criminais, os advogados devem agir com inteligência para definir o caminho a seguir e obter um bom foco na defesa. Isso é conseguido com boa capacidade de negociação, procurando realizar mediações para resolver o problema da melhor maneira possível. Concluindo, o advogado criminal possui muitas características especiais que o tornam um advogado privado dentro do grupo de advogados existentes. O advogado criminal é essencial em todas as fases do processo penal em quase todos os tipos de processo. Da mesma forma, um advogado criminalista sempre poderá aconselhar melhor aqueles que foram prejudicados pela prática de um crime (ANDREUCCI, 2016).

2.2 Conceito de Execução Penal

A atividade dos órgãos judiciais não se limita à fase declaratória do procedimento, expedindo a respectiva sentença, mas estende-se também à execução da decisão, dando plena eficácia a todos os seus pronunciamentos (NUCCI, 2018).

De acordo com Santana (2020),

Portanto deverá ser respeitado o devido processo legal, e a integridade física e psicológica do preso, tanto como o direito ao contraditório e a ampla defesa, ao duplo grau de jurisdição, ao devido processo penal, à individualização e humanização da pena, à retroatividade de lei mais benéfica, e aos princípios da anterioridade e da legalidade devendo necessariamente possuir um advogado ou defensor público o assistindo.

O título I em seus artigos da Lei N 7.210 de 11 de julho de 1984 dispõe:

Do Objeto e da Aplicação da Lei de Execução Penal (LEP)

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Art. 4º O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.

É preciso salientar que nos casos criminais o processo penal não termina com a emissão da sentença, na verdade quando a pena é imposta em consequência jurídica da prática de um crime, o processo termina com a emissão da condenação correspondente e o outro inicia-se com a chamada fase de execução penal, que culmina com a execução da pena imposta. Essa continuidade exige o caráter de permanência em todos os direitos e garantias que o indivíduo teve na fase penal e processual, inclusive "o direito à defesa", não se tratando de uma questão meramente dogmática, visto que se considera que o processo criminal não se esgota com a emissão da sentença (RANGEL, 2015).

Se a CF/88 diz que toda pessoa tem direito à defesa e a assistência judiciária gratuita, não há razão ou limitação legal para restringir esse direito apenas às fases de investigação e júri. A atividade punitiva do Estado não se esgota nessas fases do processo penal, mas se estende e se materializa na fase de execução que, independentemente das diferentes teses doutrinárias sobre sua natureza, não pode deixar de ser entendida como atividade jurisdicional na medida de execução judicial, que se inscreve expressamente no âmbito da competência jurisdicional.

A assistência judiciária na fase de execução penal aparece regulamentada, mas também por instrumentos internacionais, o que reforça sua relevância. O artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) prevê:

Art. 11 Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa

Diante dessa dupla manifestação do direito de defesa na fase de execução penal, por um lado, pode-se considerar que quando a assistência jurídica é exercida no campo da execução penal, um verdadeiro direito de defesa norteia o direito à tutela jurisdicional efetiva, sendo o pilar básico do estado social democrático de direito.

Antônio Magalhães Gomes Filho (2007, p. 409) argumenta:

A defesa do condenado no processo de execução penal não se confunde, pois, simplesmente, com a eventual oposição à pretensão dos órgãos estatais incumbidos de promover o cumprimento das penas impostas, mas se caracteriza, antes de tudo, como um conjunto de garantias através das quais o sentenciado tem a possibilidade de influir positivamente no convencimento do juiz da execução, sempre que se apresente uma oportunidade de alteração da quantidade ou da forma da sanção punitiva.

É primordial salientar que um número expressivo da massa carcerária é assistido pela Defensoria Pública. Essas pessoas só poderão influenciar no convencimento do juiz e, portanto, participar de um sistema acusatório de execução penal, caso lhes seja disponibilizado o trabalho técnico eficaz daquela instituição (e que seja forte, inclusive, para afastar retaliações) (ROCHA, 2020).

A natureza jurídica da assessoria técnica do Advogado na fase de execução penal deve ter sempre e em todos os casos o carácter do autêntico direito de defesa. O direito ao "aconselhamento técnico", ou o "direito à assistência judiciária", são manifestações da intervenção do advogado no domínio da execução penal, sinónimo de "direito de defesa". No entanto, não parece ser este o sentimento que se reflete nos nossos regulamentos penitenciários, que na prática torna o advogado um mero hóspede de pedra, cuja atividade se limita ao exercício do aconselhamento técnico ao recluso nos diversos procedimentos de atuação da administração prisional (PRADO, 2017).

Infelizmente, as coisas nem sempre funcionam assim. As consequências não são contempladas, nem estudadas, nem as necessidades dos presos ou de suas famílias são atendidas. A sociedade, ofuscada pela lógica punitiva e vingativa, mostra sua rejeição à ajuda familiar. Os acadêmicos sempre focaram no "agressor" e no que fazer com ele. Políticos obstinados na gestão prisional de centros superlotados, onde a reabilitação é o discurso e a ordem disciplinar a única realidade (SILVA, 2016).

Pelas consequências que o exercício da atividade punitiva do Estado produz sobre a liberdade e a dignidade, é essencial que o direito penitenciário se alicerce nas noções e princípios básicos do direito constitucional e que tanto esses valores sejam respeitados desde a prática prisional. Os pressupostos do estado de direito, caso contrário, o exercício desta atividade estatal seria ilegítimo (SOUZA, 2011).

Em suma, desapareceu a sensibilidade humanista tradicional que historicamente caracterizou o direito carcerário, sendo assim, o direito penal não é mais um limite ao poder punitivo, mas um instrumento de combate ao inimigo e proteção ao cidadão. Os fins da pena desapareceram entre uma multidão de seres humanos - culpados ou inocentes - que vivem juntos nas prisões e os fins de ressocialização e reabilitação assumiram um lugar subordinado (RANGEL, 2015).

Em um esforço para devolver à sociedade a confiança perdida na justiça criminal, a prisão é vista não como uma ferramenta de punição e correção, mas como uma espécie de vingança pública. Posto o exposto e voltando ao ponto de partida, considero especialmente importante centrar na figura do advogado penitenciário e no papel que ele pode ou desenvolve. Não se ensina quais são as funções que o advogado continua a exercer na fase de execução criminal, como é essa fase. Não se ensina como é o mundo da privação de liberdade, como o direito ainda está presente nele, mas não apenas por meio de ações de proteção por violação dos direitos fundamentais dos privados de liberdade, mas também estando presente em cada uma das decisões que no desenvolvimento do processo ocorrer (PRADO, 2017).

As pessoas que vão para a prisão e suas famílias se sentem desamparadas e incapazes de tomar decisões por conta própria. Aqui o advogado penitenciário tem um papel muito importante, pois se depara não apenas com problemas técnicos, mas com problemas humanos. É sobre a relevância de poder lidar com um advogado dentro da especialidade que defende, ou seja, um advogado que sabe, mais do que falar, ouve com calma, com quem não promete coisas impossíveis, que a partir da realidade dos acontecimentos, coloque todo o esforço pessoal e profissional na defesa dos interesses como se fossem seus. Um caso não pode ser uma pilha de papéis, um caso é fundamentalmente uma ou mais pessoas que sofrem (o cliente e sua família) e estas não podem ser abandonadas uma vez que entrem para cumprir pena em um centro penitenciário, então o advogado penitenciário deve comprometer-se a orientá-los sobre os diversos elementos que compõem o sistema prisional (CARVALHO, 2017).

O advogado penitenciário deve dar ao cliente atenção personalizada antes, durante e depois de qualquer processo penal em que seus direitos, especialmente a liberdade, possam ser comprometidos. A obrigação de nomear um advogado no processo tribunal criminal para o exercício da defesa do arguido. Uma vez iniciado o desenvolvimento do processo judicial criminal, o Tribunal deve convidar o réu escolher

um advogado (não um solicitador); e deve fazê-lo dentro do prazo estabelecido por lei. O arguido, em princípio, não pode defender-se pessoalmente ou responder à denúncia sem contar com a assistência técnica profissional adequada. Isso resulta da letra expressa da norma. No julgamento criminal, o réu deve sempre ter um advogado nomeado por ele mesmo ou dada pelo juiz (BATISTA, 2016).

A regra é exaustiva neste sentido; não é o poder do acusado designar um advogado; é sua obrigação. É a tal ponto que, não havendo escolha profissional, é o próprio Tribunal que nomeia. A lei não permite a parte acusada ser julgada sem a assistência adequada de um advogado. Por este motivo, nos processos a intervenção criminal não é viável. A justificativa é principalmente para garantir o direito de defesa, e que através de orientação técnica o processo nas etapas previstas no rito, sempre com a supervisão do profissional, assegure as garantias elementares no Tribunal, que o acusado foi defendido sem diminuição de seus direitos; que tudo foi tutorado; enfim, que o caminho para a busca da verdade foi devidamente percorrido (ANDREUCCI, 2016).

A lei brasileira impõe a obrigação da intervenção de um advogado no processo judicial criminal para auxiliar o réu tecnicamente com um mandato legal. A assistência do advogado ao arguido no processo judicial penal é obrigatória. Os casos criminais estão incluídos entre aqueles em que a defesa técnica de um advogado é obrigatória e necessária. O acusado pode nomear vários advogados ao mesmo tempo. (BATISTA, 2016).

A estrutura de execução penal permite que as instituições públicas e a sociedade civil estabeleçam um mecanismo de controle no qual o monitoramento e a execução das normas não sejam deixados para uma ou poucas entidades. Isso é resultado de esforços constantes visando à redemocratização das instituições públicas no Brasil desde a década de 1980, que culminou com a promulgação da Lei de Execução Penal (MARQUES JÚNIOR, 2020).

Com a promulgação da Lei de Execução Penal, foi extinto o regime penitenciário anterior, baseado na abordagem punitiva introduzida pelo Código Penal de 1890. As sanções penais eram executadas em centros correcionais e o primeiro centro penitenciário do Brasil era construído em São Paulo em 1920. Durante o século XX, houve várias tentativas de elaboração de um novo Código Penitenciário voltado para a reabilitação de presidiários e a modificação de seus valores e objetivos, mas este Código só foi finalizado em 1984. Portanto, a política atual penitenciária brasileira é recente e visa alcançar um procedimento de sanções humanizado (NUCCI, 2018).

De acordo com a LEP, o objetivo é aplicar as disposições das condenações ou decisões penais e, ao mesmo tempo, proporcionar as condições necessárias para que condenados e reclusos se reintegrem harmoniosamente à sociedade. O Estado é responsável por prestar assistência a reclusos, prevenindo a reincidência e promovendo a reinserção social. O atendimento pode ser material, jurídico, educacional, social, religioso ou de saúde (NUCCI, 2018).

Brasil (1984), a LEP estipula que todas as autoridades devem respeitar a integridade física e moral das pessoas condenadas ou em prisão preventiva, garantindo os seguintes direitos:

- a) receber alimentação e roupas suficientes;
- b) receber uma tarefa remunerada;
- c) estar inscrito no cadastro da previdência social;
- d) a um fundo de poupança para custear suas tarefas;
- e) distribuição equilibrada de horas de trabalho, descanso e lazer;
- f) o exercício de atividades profissionais, intelectuais, artísticas e esportivas, desde que compatíveis com a execução da pena;
- g) receber assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa ou de saúde;
- h) ser protegido contra qualquer forma de sensacionalismo que possa violar a dignidade humana;
- i) a uma reunião pessoal e privada com um advogado;
- j) às visitas regulares do cônjuge, companheiro, familiares e amigos nos dias prescritos pelas autoridades;
- k) ser chamado pelo nome para evitar qualquer tipo de estigmatização ou despersonalização;
- l) à igualdade de tratamento que não prejudique o princípio da individualização da pena;
- m) a uma audiência especial com o diretor do centro;

n) fazer-se representar e dirigir-se a qualquer autoridade para defesa dos seus direitos;

o) manter contato com o exterior por meio de correspondência escrita, leitura e outros meios de informação que não comprometam a ética ou os bons costumes; e

p) certidão da duração da pena, emitida anualmente, no cumprimento das responsabilidades da autoridade judiciária competente.

As disposições da Lei de Execução Penal também se aplicam às pessoas em prisão preventiva e aos condenados pela justiça eleitoral ou militar, desde que se encontrem em estabelecimentos sujeitos à justiça ordinária; Todos os seus direitos são garantidos, exceto os afetados pela pena ou pela lei, sem discriminação racial, social, religiosa ou política (CARVALHO, 2017).

O atual Código Penal, especificamente em seu artigo 33, prevê três regimes de prisão, para os crimes apenados com pena de reclusão, três espécie de regimes, quais sejam: o fechado, o semiaberto e o aberto, e, para os crimes apenados com detenção, o regime semiaberto ou o regime aberto, salvo necessidade de transferência para o regime fechado.

- 1) Regime fechado: execução da pena privativa de liberdade em estabelecimento de segurança máxima ou média (§ 1º, alínea "a")
- 2) Regime semiaberto: execução da pena se faz em colônia agrícola ou estabelecimento similar (§ 1º, alínea "b")
- 3) Regime aberto: execução da pena ocorre em casa de albergado ou estabelecimento adequado (§ 1º, alínea "c") (BRASIL, 1940).

Para alcançar esses objetivos (e determinar por meio de um procedimento judicial independente se o objetivo de reintegração social da Lei de Execução Penal foi ou não cumprido), o país conta com uma estrutura institucional complexa, na distribuição de poderes entre os Estados e na participação da sociedade civil no controle, revisão e formulação de normas relacionadas com o assunto. Em virtude do artigo 61 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), as autoridades envolvidas na execução das penas são as seguintes:

Art. 61. São órgãos da execução penal:

I - O Conselho Nacional De Política Criminal E Penitenciária;

- II - O Juízo Da Execução;
- III - O Ministério Público;
- IV - O Conselho Penitenciário;
- V - Os Departamentos Penitenciários;
- VI - O Patronato;
- VII - O Conselho Da Comunidade.
- VIII - A Defensoria Pública

Segundo dados do Sistema Nacional de Informações Penitenciárias (SNIP), a população carcerária do Brasil é a maior da América Latina,

Existem 1.312 prisões e mais de 773.000 presidiários, nota-se que mais de 217.000 dos presos são presos provisórios. No sistema prisional, mais de 250.000 jovens adultos (18-29 anos) e mais de 300.000 presidiários não concluíram o ensino fundamental, o que aumenta sua vulnerabilidade social. Além disso, 48.000 dessas pessoas participam atualmente de atividades educacionais. Quanto à etnia a que pertencem, mais de 270.000 se definem como negros ou pardos e mais de 160.000 como brancos. Os números, relativos a junho de 2019, foram divulgados, pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão ligado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública. O número de presos nas unidades carcerárias soma 758.676, a maioria, 348.371, no regime fechado, quase a metade do total de aprisionados, 45,92%. Os dados mostram um crescimento dessa população de 3,89% em relação ao apurado em 2018. Os presos provisoriamente - que ainda não foram condenados - constituem o segundo maior contingente, com 253.963, representando 33,47% do total. Os presos no semiaberto, 16,63%, somam 126.146, e os no regime aberto são 27.069, representando 3,57% do total. Já os que estão em medida de segurança ou em tratamento ambulatorial somam 3.127 pessoas. Os números mostram ainda que faltam 312.125 vagas nas unidades carcerárias do país e que as vagas disponíveis são 461.026. A quase totalidade dos presos é do sexo masculino, representando mais de 90%. As mulheres representam pouco mais de 8%. Em relação ao tipo de crime cometido por pessoas atualmente

privadas de liberdade, mais de 240.000 são crimes contra a propriedade (furto, roubo, roubo com homicídio, extorsão e outros) e mais de 125.000 são crimes relacionados com drogas (tráfico de drogas e tráfico internacional de drogas) (DEPEN, 2020).

Nos últimos anos, nosso país passou por uma série de reformas no campo da criminal, e particularmente em questões processuais criminais, as mudanças mais importantes dizem relação com a Reforma Processual Penal e a criação de um sistema penal adolescente, reformas que afetam diretamente o sistema penitenciário e principalmente o que a execução efetiva da sentença se refere (CARVALHO, 2017).

2.3 Medidas para uma Assistência Jurídica Eficaz na Execução Penal.

A assistência judiciária ao condenado implica a fluidez da relação do advogado com o condenado, para que este possa transmitir os dados necessários à defesa dos interesses dos clientes da melhor forma a fazer. Nesta área da relação entre recluso e advogado, dois aspectos devem ser referidos como fundamentais:

- As comunicações que os reclusos podem fazer com os seus advogados.
- Acesso dos advogados aos dados dos reclusos.

A defesa, em geral, e a assessoria técnica jurídica dos advogados, em particular, requerem as máximas facilidades regimentais para eficácia da defesa. No que diz respeito ao controle dessas comunicações, o Regulamento Penitenciário estabelece duas modalidades. Por um lado, as comunicações com os defensores expressamente convocados em matéria penal, e com os procuradores que os representam. Por outro lado, comunicações com outros advogados (CRUZ, 2013).

Fica entendido que os defensores convocados em matéria penal estão a exercer expressamente o direito de defesa, visto que a intervenção nessas comunicações só poderá ser efetuada por ordem expressa da autoridade judiciária. O sigilo profissional é parte essencial como elemento de proteção da privacidade do cliente, que também adquire dimensão pública ao constituir um instrumento de salvaguarda da confiança na profissão de advogado. A inviolabilidade dessas comunicações é pressuposto básico para a efetividade do direito à assistência jurídica e do mais amplo direito de defesa, que deve ser garantido ao acusado desde o início do processo até o seu término, em cada uma das fases em que o que esse processo passa e a execução é mais uma fase desse processo (MARCÃO, 2016).

Para o correto exercício do direito de defesa, o Advogado deverá ter pleno acesso a todos os relatórios que afetem o interessado, os quais tenham sido gerados e incorporados ao procedimento administrativo; só assim, conhecendo estes dados, poderá exercer a defesa dos direitos e interesses do recluso, com pleno respeito pelos princípios da contradição e da igualdade no procedimento. Esses relatórios podem ser encontrados no arquivo do preso, no Protocolo e/ou no prontuário (MARQUES JÚNIOR, 2020).

No processo, encontra-se o conjunto de anotações e documentos que permitem conhecer a identidade do recluso e o conteúdo da sua relação jurídica passada e presente com as autoridades judiciárias e a administração penitenciária.

O recluso tem direito à informação sobre a situação processual e carcerária que consta de seu arquivo pessoal, este direito deve ser interpretado de forma estrita e não restritiva. Portanto, a possibilidade de acesso ao arquivo pessoal do preso só pode ser restrita: quando se tratar de dados especialmente protegidos, dados pessoais que alegadamente desenvolvem modelos de intervenção ou tratamento relacionados a opiniões políticas, convicções religiosas ou filosóficas e origem racial ou étnica (ROCHA, 2020).

O direito de acesso ao processo do recluso, do ponto de vista formal, deve ser exercido apenas sobre os trâmites cumpridos e mediante solicitação individualizada de consulta aos documentos, sem qualquer espaço, exceto para consideração sobre a facultativo, fazer solicitação genérica sobre matéria ou conjunto de matérias. O Protocolo contém o conjunto de documentos que reúnem informações sobre a observação e o estudo da personalidade do preso, sua participação em modelos de intervenção ou programas de tratamento, e relatórios, acordos e resoluções sobre sua participação neles. O acesso ao mesmo deve ser restritivo, haja vista que existem razões objetivas poderosas, tais como: os relatórios do corpo técnico são confidenciais e de acesso reservado, pois contêm dados pessoais não divulgáveis da pessoa informada e opiniões não divulgáveis (RANGEL, 2015).

As regras mínimas são importantes, apesar de suas notórias deficiências e limitações, porque através deles se pretende preservar a dignidade do preso, protegendo-se, com base universal, seus direitos humanos, prevenindo que este seja submetido a tratamento degradante e que as restrições são impostas e sofrimento não inerente à perda da liberdade. Mas é óbvio que tais regras não são tem um caráter convencional e não pode ser invocado, mas quando incorporado à lei. É inegável, porém, sua força moral como expressão de padrões universalmente reconhecido e proclamados (CRUZ, 2013).

Não se deve agir por desejo pessoal ou ego profissional, buscando o sucesso apesar da distorção da verdade. Nem se deve manipular situações ou evidências para atingir um objetivo proposto contrário aos princípios orientadores do processo.

O processo é mostrado como o instrumento formal para a aplicação da lei e para descobrir a verdade. Por esse motivo, o advogado, como auxiliar na aplicação da justiça, deve pautar suas contribuições técnicas de maneira razoável e oportuna, por meio dos atos processuais que desenvolve (CARVALHO, 2017).

O juiz deve agir com certeza moral e vincular a ação às consequências. Deve-se ter plena convicção do que decidiu (sentença).

O fascinante problema da certeza moral do juiz que deve ser alcançado após reflexão sobre evidências produzidas, criticando os dados disponíveis. Alcançando a certeza moral de que o crime não foi cometido ou de que o acusado não era seu autor, o direito fundamental inviolável do acusado de ser absolvido, e de assim, reforça o princípio da inocência.

Pelo contrário, se houver certeza sobre a perpetração do crime e que o acusado foi seu autor, a sentença é imposta. Desta forma, conclui-se o desenvolvimento do processo penal, com a sua sentença e após a atuação do advogado e do promotor de justiça (BITENCOURT, 2016).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diariamente, os advogados criminais enfrentam a árdua tarefa de defender os suspeitos de crimes no pior cenário ou as pessoas acusadas de terem cometido um crime. É importante notar que os advogados criminais não são cúmplices ou amigos de seus clientes, mas profissionais jurídicos que se dedicam a defender os direitos de seus clientes. O direito penal, como outros ramos do direito, exige uma formação prévia e um trabalho exaustivo na hora de tomar as rédeas de qualquer caso, principalmente se for um fenômeno midiático.

O ramo criminal, se possível, é mais delicado do que outros, uma vez que as consequências de um processo penal mal defendido são muito graves para qualquer acusado. A sentença de culpa por um suposto crime não cometido pode levar à prisão e ao pagamento de quantias financeiras significativas. Por outro lado, a sociedade deve entender que o advogado criminal não é um amigo ou compartilha os motivos que levaram seus clientes a supostamente cometer certos crimes, mas sim sua função é defender seus direitos.

Na democracia, todos têm o direito de ser representados em tribunal por um perito em questões jurídicas e, mesmo que tenham cometido todos os tipos de crimes, a tarefa do advogado criminal é trabalhar para reduzir ao máximo as responsabilidades criminais a cumprir perante a sociedade. A proteção do direito de defesa, por estar amparada em sua origem pelo direito natural, está amparada na observância dos princípios norteadores do processo.

Exige que em todo o processo realizado seja observado o exercício deste direito pleno e imune a qualquer restrição ou limitação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, R.A. **Legislação Penal Especial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROS, C. S. M. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais 2011.

BATISTA, G.B.M. **Mercantilização do Sistema Penal Brasileiro**. 2016. 430p. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, 2016.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte geral**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm . Acesso em setembro de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acesso em setembro de 2020.

CARVALHO, S. **Da necessidade de efetivação do sistema acusatório no processo de execução penal**. In: CARVALHO, Salo de. (Org.) *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CRUZ, E.B. **Manual de gestão de documentos**. Belo Horizonte: Secretaria de Estado de Cultura, Arquivo Público Mineiro, 2013. (Cadernos Técnicos do Arquivo Público Mineiro, 1).

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Dados do Sistema Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias#:~:text=Considerando%20presos%20em%20estabelecimentos%20penais,liberdade%20em%20todos%20os%20regimes>. Acesso em setembro de 2020.

D'URSO, L.F.B. **O advogado criminalista ainda é um herói incompreendido**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-03/luiz-durso-advogado-criminalista-heroi-incompreendido>. Acesso em setembro de 2020.

GANEM, P.M. **Como é um processo criminal?** Disponível em: <https://pedromaganem.jusbrasil.com.br/artigos/409481901/como-e-um-processo-criminal>. Acesso em setembro de 2020.

GOMES FILHO, A.M. **A defesa do condenado na execução penal**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Org.) Execução Penal. São Paulo: Max Limonad, 2007.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 18. ed. Niterói: Impetus, 2017.

MARCÃO, R. **Curso de execução penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARQUES JÚNIOR, G. A lei de execuções penais e os limites da interpretação jurídica. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, v. 17, n. 33, p. 145-155, jun. 2020.

NUCCI, G. de S. **Curso de execução penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PRADO, G. **A execução penal e o sistema acusatório**. In: CARVALHO, Salo de. (Org.) Crítica à Execução Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

RANGEL, P. **Direito Processual Penal**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ROCHA, R. **A Importância do Advogado Criminalista**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68819/a-importancia-do-advogado-criminalista>. Acesso em setembro de 2020.

ROCHA, M.H.M. **Assistência judiciária na execução penal: Uma reflexão sobre o papel da defensoria pública à luz do modelo processual acusatório**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2404d480bb906804>. Acesso em setembro de 2020.

SANTANA, R.A.M. **A atuação do advogado criminalista na execução penal**. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=19054. Acesso em setembro de 2020.

SENADO. **As fases do processo penal**. Fonte: Agência Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/jurados/as-fases-do-processo-penal>. Acesso em setembro de 2020.

SILVA, H.M. **Defensor Dativo ou Defensor “ad hoc”: razões para o seu banimento do processo civil e do processo penal**. 2016.

SOUZA, F.L.M. **A Defensoria Pública e o Acesso à Justiça Penal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

ABANDONO SOCIOAFETIVO E A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

VITÓRIA ARAÚJO CORRÊA ACÁCIO:

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins (UNICATOLICA).

EMANUELLE ARAÚJO CORREIA¹⁴⁰

(orientadora)

RESUMO: Na contemporaneidade, tem-se visto uma mudança jurisprudencial dos legisladores acerca de ser possível ou não a condenação dos genitores em razão do abandono moral no âmbito familiar. O abandono socioafetividade por um dos genitores configura, em tese, um abandono material e intelectual, e consequentemente gerando prejuízos para a sua prole na sua convivência social, familiar e amorosa. O problema central da pesquisa reside no questionamento de verificar a possibilidade de indenização por danos morais em virtude do abandono socioafetivo. Para alcançar o objetivo foi realizada uma pesquisa descritiva, qualitativa e o método de coleta de dados utilizado foi o bibliográfico integrativo. Pôde-se concluir que existe a possibilidade do descendente procurar a máquina judiciária a fim de ser indenizado moralmente, em razão da omissão de seu genitor com o afeto, mas para isso é necessário a comprovação do dano sofrido, por meios do preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil, bem como o apoio de laudos psicossocial.

Palavras-chave: Abandono. Cabimento processual. Indenização. Socioafetividade

ABSTRACT: In contemporaneity, there has been a jurisprudential change of legislators about whether or not the conviction of parents is possible due to moral abandonment in the family environment. The socio-affectionate abandonment by one of the parents constitutes, in theory, a material and intellectual abandonment, and consequently generating losses for their offspring in their social, family and loving coexistence. The central problem of the research lies in the questioning of verifying the possibility of indemnity for moral damages due to socio-affective abandonment. To achieve the objective, a descriptive research was carried out, with a qualitative approach to deepen

¹⁴⁰ Possui graduação em Direito pela Faculdade UNIRG_TO; Especialização "lato-sensu" em Direito Processual Civil e Penal (2006) e em Direito Público (2007), pela Faculdade FESURV-GO; Mestrado em Direito pela Universidade de Marília-SP (2010), Doutorado em Direito Privado pela Pontifícia Universidade de Minas Gerais (2017). Atua como advogada no Estado do Tocantins e como professora no curso de Direito do Católica do Tocantins. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito Processual Civil.

this theme and on the technical bibliographic procedure. It could be concluded that these changes provoked negative reflexes from the analysis of the rights inherent to the subjects of the social security legal relationship, with commitments related to constitutional guarantees.

Keywords: Abandonment. Indemnity. Procedural justification. Socio-affectivity

INTRODUÇÃO

A estrutura familiar, direitos e obrigações dos genitores com os seus filhos encontra-se expresso na legislação civilista (Código Civil de 2002). Todavia, somente a previsão de uma responsabilidade material não é suficiente na relação familiar que atualmente vivemos e que tanto muda.

Em pese não existir o princípio da efetividade, a socioafetividade foi um meio em que o legislador encontrou para suprir as lacunas dos laços familiares, pois é de suma importância a presença de afeto para a criação do indivíduo pertencente à sociedade.

Porém, no que se refere a este vínculo, existem vários casos do abandono socioafetivo, moral ou material que demonstre que a criança está desamparada, e em consequência muitos são os casos que em se buscam indenização moral em virtude dessa ausência.

Salienta-se que, atualmente, não existe nenhum posicionamento pacificado sobre a possibilidade de indenização por danos morais em virtude do abandono socioafetivo. Nesse sentido, este trabalho objetiva fazer um estudo sobre qual é o melhor posicionamento a ser tomado, diante dessas mudanças cíveis e constitucionais apresentadas no ordenamento jurídico pátrio, com o propósito de normatizar e evitar julgamentos no âmbito de direito processual divergentes.

Para tanto, utilizou-se como metodologia de pesquisa a forma descritiva, que interage na busca investigativa de informações sobre a temática para melhor delimitá-la, facilitando a formulação das hipóteses rumo a alcançar os resultados. Tratando-se da técnica de pesquisa, teve-se como a bibliográfica integrativa composta pelo método dedutivo, mediante o estudo de princípios, leis e teorias. Já a forma de abordagem, usou-se a qualitativa para entender a problemática auxiliada nas interpretações pontuadas pelo legislador.

Dando continuidade, para atingir o propósito da problematização, o artigo foi estruturado da seguinte maneira: No primeiro capítulo será abordado como a socioafetividade se incorpora no âmbito familiar do código civil, tendo em vista que não se trata de um princípio, bem como a sua importância para suprir as lacunas no

mesmo contexto da base familiar. No segundo capítulo explana acerca da indenização por danos morais e, no terceiro, a possibilidade de indenização decorrentes do abandono socioafetivo.

1. AFETO NO ORDENAMENTO JURÍDICO CIVILISTA E NA ESTRUTURA FAMILIAR

O afeto tem uma grande importância na estrutura familiar contemporânea e é elemento basilar da convivência em uma sociedade conjugal. O Código Civil de 2002 identificou a família como um local de realização existencial do ser humano, assim deixou-se de ser reconhecida apenas aquela relação filial biológica, mas como aquelas relações desenvolvidas dos filhos com os seus genitores por meio do afeto.

Essa convivência não se esgota com o exercício de poder dos genitores previsto no ordenamento jurídico civilista (art. 1.634 do C.C/02), é muito além que isso, desenvolve por meio do carinho, atenção, cuidados, e sobretudo na formação da sua personalidade de forma completa e sadia, tornando-o um indivíduo para a sociedade. Nesse sentido envolve um dever material, bem como um dever moral.

Neste mesmo seguimento aduz Gonçalves (2016, p. 57):

O ente humano necessita, durante sua infância, de quem o crie e eduque, ampare e defenda, guarde e cuide dos seus interesses, em suma, tenha a regência de sua pessoa e seus bens. As pessoas naturalmente indicadas para o exercício dessa missão são os pais. A eles confere a lei, em princípio, esse ministério, organizando-o no intuito do poder familiar.

É crescente o processo de transição de paradigmas na família, no qual é possível verificar a existência de um espaço destinado à socioafetividade por seus membros. Assim, atualmente é necessário que exista laços afetivos entre os seus progenitores com os seus descendentes. No mesmo sentido relata Calderòn (2013, p. 56) No decorrer da modernidade o espaço conferido à subjetividade e à afetividade alargou-se e verticalizou-se a tal ponto que, no último quarto do século XX, já era possível sustentar a afetividade como vetor das relações pessoais.

Embora não se trate de um princípio normativo do direito de família, pois se trata como elemento fático nas entidades familiares, este deu-se através das alterações de paradigmas nas relações/estruturas familiares e com um discurso jurídico mais formal em conjunto com a lei. Nesse mesmo sentido entende Almeida; Rodrigues Jr (2012, p. 41):

O afeto não abrange a normatividade. Da necessidade de sua verificação, para reconhecimento de realidade familiares não são criadas por intermédio do direito, não decorre a sua exigibilidade intersubjetiva. [...] O afeto é um sentimento de afeição para com alguém, soa intrínseco ao mesmo a característica da espontaneidade.

É por meio da socioafetividade que se promove uma estabilidade entre a família, dando sentido primordialmente à dignidade da pessoa humana do filho, que está sendo amparado, cuidado e norteado como ser humano. Desse modo, o merecimento da tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em comunhão espiritual e de vida.

Sob essa concepção, Pereira (2019, p.25) argumenta que:

Interligado ao princípio da dignidade está o da afetividade. Este é o principal fundamento das relações familiares. E por mais que não haja no texto maior da magna carta sua caracterização como um direito fundamental, pode-se dizer que o afeto decorre da constante valorização da dignidade da pessoa humana, sendo assim por essência, cláusula pétrea, um direito fundamental do cidadão.

Enquanto valor jurídico demonstra a grande evolução que o direito de família vem conquistando, uma vez que o afeto passou a ser fator relevante nas soluções dos conflitos familiares, sendo considerado a essência da filiação, já que o amor exerce valor jurídico.

O exercício do Poder Familiar dos progenitores decorre naturalmente de uma relação social construída, seja ela através de um matrimônio ou de um fato que acabou resultando em um fruto. Este direito não é irrenunciável, assim jamais os pais poderão renunciar dos seus direitos e deveres para a sua prole. Durante esse desempenho familiar os cônjuges/pais possuem uma ampla liberdade sobre os cuidados concernentes aos seus filhos e estando sujeitos a esse poder, ainda enquanto menores (art. 1.630 do C.C/2002).

A respeito, dispõe da Constituição Federal de 1988 em seu art. 226, § 7º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

§ 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.

Corroborando, Alves (2013, p. 78):

O dever de convivência, então, deriva do poder familiar, o qual é irrenunciável e indelegável, sendo que a entidade familiar pressupõe laços de afetividade e ambiente harmonioso, necessários à construção e desenvolvimento do menor, com o objetivo de contribuir para sua formação digna.

Vale ressaltar que o Poder familiar perante os seus rebentos não é absoluto, existindo a possibilidade da sua perda, estando previsto as suas causas no art. 1.635 do Código Civil. Ademais, o ordenamento jurídico não altera a faculdade de estabelecer julgamentos morais de atos realizados pelos pais, no entanto pode trazer soluções e a prevenção de situações onde se verifica a negligência inadmissível com os filhos.

O Estado regula em todos os âmbitos concernente a uma possível relação jurídica de uma sociedade, bem como ela em um todo e não seria diferente no que tange às famílias. Assim, o Ente procurou estabelecer critérios a serem seguidos e respeitados nos laços familiares em consonância com os avanços modernos. Todavia, essas regulamentações não foram suficientes, pois atualmente existem uma quantidade de lacunas em relação às atitudes dos pais com os seus filhos.

Um exemplo desse instituto é o abandono socioafetivo que nada mais é do que a atitude omissiva dos pais, seja ele o homem ou a mulher, no cumprimento do seu dever, decorrente do poder familiar. Ressalta-se que este abandono engloba tanto a ausência material, que envolve assistência financeira para a sua subsistência, educação, criação, bem como o moral que nada mais é que a indiferença socioafetiva entre o genitor e o seu filho.

Alves (2013, p. 2) argumenta que:

A constituição familiar, bem como todos os seus atributos, tais como cuidados, educação, sustento, afeto, são aspectos fundamentais na formação da personalidade do homem.

Portanto, quando essa estrutura acontece de forma errônea ou incompleta, obviamente acarretará danos, sejam de natureza psíquica, moral, social ou até física. É o que pode acontecer com uma pessoa que se desenvolve sem o explícito afeto de seus genitores. O que muitas vezes provoca traumas ou psicoses irreparáveis.

Dando continuidade, embora não exista uma grande quantidade de ações criminais, pois dependendo do enquadramento essas ausências podem configurar um crime, conforme previsão do Código Penal (arts. 133 e 244) e, o abandono acaba gerando a cessação do poder de família.

Frequentemente, o abandono socioafetivo ocorre tanto em virtude da dissolução conjugal, em que atribui-se a guarda para um dos genitores e que a partir daí começa a ocorrer o início dessa ausência com a preocupação apenas com a pensão alimentícia, visto que se veem obrigado judicialmente, não podendo a distância ser utilizado como desculpa para justificar a ausência moral dos pais com o seu filho, como também existem os casos que não necessita deste motivo, sendo gerado esse ciclo antes mesmo que sua prole venha ao mundo.

A ausência da convivência familiar pode gerar danos irreparáveis, capazes de mexer na estrutura do ser humano, uma vez que ausência por si só causa dano, abalo na esfera psicológica e afetiva de um filho, razão pela é necessário muitas vezes da intervenção do judiciário.

Ressalta-se que o abandono socioafetivo causa mais danos do que abandono material, nesse sentido destaca Claudete Carvalho Canezin, já que, embora a carência financeira possa ser suprida por terceiros interessados, como parentes, amigos, ou até mesmo pelo Estado, através dos programas assistenciais, o afeto e o carinho negado pelo pai a seu filho não pode ser suprido pelo afeto de terceiros, muito menos pode o Estado suplantar a ausência paterna.

Geralmente, é mais corriqueiro que o abandono socioafetivo ocorra por parte do poder familiar paterno do que o maternal. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e estatísticas - IBGE (2020) [...] em 2018, 5,74% dos registros de nascimento ficaram com o campo do nome do pai em branco e, em 2019, 6,15% das crianças nasceram sem ao menos o sobrenome paterno.

Nesse sentido, é visível que existem uma grande quantidade de pessoas que sofrem com isso, com uma relação social, que é importante na vida de uma pessoa, que associa com um vínculo de sofrimento, desprezo que podem gerar problemas

comportamentais e demonstrar sinais dessa existência em relações amorosas, familiar e da sociedade.

Atualmente, tem-se observado uma crescente procura pelo Judiciário, com o objetivo de que sejam resolvidos os casos de abandono afetivos na filiação, em virtude da quebra dos deveres jurídicos imposta pelo Estado aos genitores.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

A responsabilidade decorre de uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico. Conforme Gonçalves (2018, p. 25) toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se a ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo o autor do dano.

Dessa forma o instituto da responsabilidade civil traz uma ideia de “restabelecer” o dano e diferentemente da responsabilidade penal, no âmbito civil a responsabilidade atinge o patrimônio do devedor, que irá responder por suas obrigações.

Quando se causa um dano ou prejuízo a uma pessoa há o dever de repará-lo ou ressarcir-lo, mesmo que este tenha agido de forma dolosa (com intenção) ou culposa (sem intenção). A responsabilidade civil surge com o rompimento de uma norma jurídica existente, obrigando então o causador do dano a indenizar a vítima. Nesse mesmo sentido, consagra o art. 186 do Código Civil de 2002, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

No mesmo ponto de vista, narra Cavalieri Filho (2017, p.2):

A responsabilidade civil parte do posicionamento que todo aquele que violar um dever jurídico através de um ato lícito ou ilícito, tem o dever de reparar, pois todos temos um dever jurídico originário o de não causar danos a outrem e ao violar este dever jurídico originário, passamos a ter um dever jurídico sucessivo, o de reparar o dano que foi causado. O ato jurídico é espécie de fato jurídico.

Nesse sentido, é notório que existam elementos fundamentais para a caracterização da responsabilidade civil, sendo que a primeira é a conduta humana, no qual poderá ser omissiva ou comissiva, que dependendo da situação gera ilícito ou ato lícito. O segundo requisito seria a culpa ou o dolo do agente, consistindo na vontade

de cometer a violação do direito ou na falta de negligência. Neste caso, conforme o Código Civil para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem que provar o dolo ou a culpa *stricto sensu* do agente. Todavia, esse lastro probatório se torna muito difícil de ser apresentado, sendo admitido, em hipóteses admitidas, alguns casos específicos de responsabilidade sem culpa.

Quanto ao terceiro requisito, este seria a da causalidade que nada mais é o vínculo necessário entre o dano e a ação humana, a relação de causa e efeito entre a ação e omissão do agente. Sem ela não existe a obrigação de indenizar. Por último e não menos importante é o dano, podendo ser material ou moral e sem a prova do dano ninguém poderá ser civilmente responsabilizado.

Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 36), seriam apenas três requisitos, vejamos:

A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim accidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou o prejuízo, e o nexo de causalidade [...].

Ora, dar-se este posicionamento tendo em vista que existem situações no ordenamento jurídico que é atribuído a responsabilidade civil a um indivíduo por um dano que não foi causado diretamente por ele, mas sim por terceiros que mantêm um vínculo jurídico, tratando-se da responsabilidade civil objetiva, o que não convém ao tema em tese.

Nesse sentido, essa reparação é a consequência de um ato, seja ele por ação ou omissão que foi praticado e violado um direito de terceiro, podendo ser feito o pedido no âmbito civil, familiar e consumidor. Por esse ângulo, ressalta Mello; Folador, (2019, p. única) Observa-se que a indenização na esfera moral pode e é cabível no âmbito da família, pois como em qualquer círculo social a família, de igual modo, reúne indivíduos com diferentes desejos e anseios, ligados por laços sanguíneos e afetivos.

No que tange a indenização em virtude do abandono socioafetivo, este trata-se de um ressarcimento que originou de uma responsabilidade extracontratual, isto pois decorre de uma violação do texto legal, a vista de uma ação ilícita do agente, devendo a culpa ser sempre provada pela a vítima, assim o descendente que se sentiu prejudicado pelo ausência de afetividade deve comprovar as consequências oriunda dessa abandono, neste ponto não deve comprovar a dor sentida por anos, mas sim a violação do seu direito da personalidade.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 36), a indenização moral seria:

Trata-se, em outras palavras, do prejuízo ou lesão do direitos, cujo o conteúdo não é pecuniário, nem comercial redutível a dinheiro, como é caso ao direito da personalidade, a saber o direito à vida, à integridade física, à integridade psíquica e a integridade moral [...].

Contudo, a finalidade deste tipo de ação não é o de obrigar a amar ou indenizar a falta de amor, mas de amparar a vítima pelo dano sofrido decorrente de omissão, uma vez que o objetivo da ação é exclusivamente ao cumprimento do dever que tem o pai com o filho, na forma material, já que o amor não foi dado ao filho. Consoante Machado (2012, p. única) é imprescindível a comprovação de que o alijamento do filho do convívio familiar foi a causa do dano à sua personalidade e isso apenas se torna possível a partir da realização de laudos psicossociais e perícias técnicas.

Neste caso, a indenização moral é compensável e não é vista como a eliminação do prejuízo. Assim afasta-se a ideia de que o dinheiro equivale a dor/sofrimento da pessoa e que essa quantia pecuniária irá sanar quaisquer desentendimentos. Assim reconhece uma dupla função dessa indenização, sendo a primeira de caráter punitivo e pedagógico em relação ao culpado e a de satisfação à vítima. O dever de indenizar, assume um caráter de pena privada, uma sanção pelo comportamento ilícito do agente.

A respeito, narra Silva (2000, p. única) é preciso cuidado para não transformar as relações familiares em relações argentárias, de tal sorte que dependendo de cada caso concreto, o juiz deverá ser sábio na aplicação do direito em face de postulações a esse título.

Nesse contexto, para alcançar a função punitiva da reparação dos danos, deve haver a conscientização dos pais de que o dano causado ao filho pode gerar muitos problemas psicológicos, sendo que o simples fato de “pagar com dinheiro”, não irá desfazer ou consertar o que não tem conserto, uma vez que a conduta deve ser evitada, por reprovável e grave.

Ademais, nesses cabimentos estes não pode ter tido apenas como o mero dissabor, pois ultrapassa os limites dos desgostos que a vida pode oferecer ao chamado homem-médio, o que será analisado é a frustração que eleva-se a um nível de impossibilidade da aceitação da situação, ou seja, não tem algo que se compare a dor que se sente.

Ressalta-se que a lei não traz nenhum parâmetro a ser utilizado pelo magistrado como dosagem dessa indenização, e vem sendo um problema para os julgadores, devido ao aumento dos casos e a dificuldade de encontrar os argumentos ou critérios necessários para se estimar a sua real valoração. Atualmente o montante é fixado analisando caso a caso pelo o juiz responsável devendo ser estabelecido de forma justa, com base na extensão e na gravidade do prejuízo causado e na capacidade econômica das partes.

3 VIABILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM VIRTUDE DA SOCIOAFETIVIDADE

No direito de família existe a previsão de direitos e obrigações dos pais com os seus filhos (arts. 1.634 a 1.638 do Código Civil de 2002). Todavia, esses artigos positivados servem como uma ideia de como se deve dar as relações familiares, isso partido por parte do Estado que tem o dever de regular acerca das sociedades conjugais. Os pais também têm a obrigação de zelar por os seus filhos, sejam economicamente, moral, intelectual e fisicamente, isso ao seu livre arbítrio conforme o art. 226, § 7º da CRFB/88.

Conforme Pereira (2019, p. 45) sabendo que as relações em sede familiar são caracterizadas pelos laços afetivos e envolvem uma série de aspectos afetivos entre seus componentes, ocorrem inúmeras situações em que são ignorados os deveres de família. Assim, existem lacunas nas condutas dos pais com filhos e muitos têm afetado a personalidades dos descendentes dentro da sociedade e em suas relações familiar e amorosas, dentre eles está o abandono afetivo, que nada mais é, a omissão dos pais, ou um deles com os seus filhos, em sua criação, carinho, afeto, o não cumprimento com as funções de autoridade parental e recusa injustificada de convivência.

Atualmente essa teoria tem ganho crescimento, tendo em vista as quantidades de casos nas relações humanas, e em virtude disso houve um crescimento de demanda com a intenção de receber indenizações morais em razão da ausência da afetividades dos progenitores com os seus descendentes.

Assim a discussão, gira em torno da admissibilidade da indenização em matéria de abandono afetivo na filiação, com base nessa perspectiva, são divergentes as opiniões sobre esta temática, para alguns a questão do abandono afetivo na filiação encontra solução dentro do próprio direito de família, com a destituição do poder familiar, para outros manifesta favoravelmente às reparações pecuniárias, uma vez comprovada a existência do dano moral.

Para Dias (2009, p. 137) comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo susceptível de ser indenizado.

Sob essa ótica, entende Branco (2006, p. 97):

A conduta omissiva dos pais no tocante à formação moral dos filhos, permitindo-lhes o livre acesso a ambientes nocivos ao seu desenvolvimento, ao contato com jogos, álcool e drogas, entre outros fatores deturpadores da personalidade, constitui, portanto, a adoção de comportamento ilícito, uma vez que viola um dever juridicamente imposto aos titulares do poder familiar.

Neste segmento existe uma quantidade de doutrinadores que são favoráveis à monetarização de indenização por danos morais, quando violam um dever jurídico e o direito da personalidade dos seus descendentes. Ao passo que para outros não seria necessário a indenização pecuniária em si, mas tão somente, sanção no âmbito familiar, tendo em vista que os genitores detêm de uma responsabilidade em decorrência da lei.

No mesmo sentido, compartilha Diniz (2009, p. única):

O descumprimento desse dever de convivência familiar deve ser analisado somente na seara do direito de família, sendo o caso para perda do poder familiar. Esse entendimento defende o melhor interesse da criança, pois um pai ou uma mãe que não convive com o filho não merece ter sobre ele qualquer tipo de direito.

Outra concepção é aquela que ninguém pode obrigar os pais a amar seus filhos, trata-se de uma escolha arbitrária, sem imposição. Sobre este argumento, destaca Hironaka (2011, p. única):

[...] é certo que não se pode obrigar ninguém ao cumprimento do direito ao afeto, mas é verdade também que, se esse direito for maculado – desde que sejam respeitados certos pressupostos essenciais – seu titular pode sofrer as consequências do abandono afetivo e, por isso, poderá vir a lamentar-se em juízo, desde que a ausência ou omissão paternas tenham-lhe causado repercussões prejudiciais, ou negativas, em sua esfera pessoal –

material e psicológica – repercussões estas que passam a ser consideradas, hoje em dia, como juridicamente relevantes.

Este tema tem passado por grandes controvérsias a respeito do assunto, por ser um novo viés familiar que deve ser organizado e que não é pacificado os posicionamentos pelo ordenamento brasileiro.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) por meio do Recurso Especial REsp 1.159.242/SP no ano de 2012 reconheceu pela primeira vez no ordenamento jurídico a possibilidade de indenização por abandono socioafetivo. No acórdão a Ministra Relatora Nanci Andrih (2012, p. 9) arguiu o seguinte:

[...] Nota-se, contudo, **que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos.** [...] grifos não original

No mesmo seguimento, a partir desse julgado, alguns Tribunais passaram a julgar da mesma forma:

RECURSO DE APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DOAÇÃO INOFICIOSA. IMPROCEDÊNCIA. ABANDONO AFETIVO. CONSTATADO. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. 1. [...]. 2. **O abandono afetivo é identificado quando o dever de sustento, guarda e educação do filho não são cumpridos, de modo que tal omissão de assistência social, moral e psíquica deve ser compensada com indenização a título de danos morais.** 3. Recursos de Apelação conhecidos e não providos. (TJ-AM - AC: 06310140620168040001 AM 0631014-06.2016.8.04.0001, Relator: Maria das Graças Pessoa Figueiredo, Data de Julgamento: 09/03/2020, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 11/03/2020). (grifos não original)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO DE ALIMENTOS. PEDIDO RECONVENCIONAL. **INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. NÃO CUMPRIMENTO DO DEVER DE CUIDAR. COMPROVAÇÃO DO ATO ILÍCITO. DANO MORAL CONFIGURADO. PRECEDENTE STJ. 1- O art. 1.634 do Código**

Civil impõe como atributo o poder de familiar a direção da criação dos filhos e o dever de ter os filhos em sua companhia. 2- “ O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situações de vulnerabilidade. (REsp 1579021/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 29/11/2017). PRIMEIRA APELAÇÃO CÍVEL, CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. (TJ-GO - Apelação (CPC): 02657633920168090175, Relator: JAIRO FERREIRA JUNIOR, Data do Julgamento: 09/09/2019, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 09/09/2019). (grifos não original)

Em contrapartida alguns Tribunais divergiram no posicionamento, tendo em vista que ainda é objeto de intensa discussão doutrinária e jurisprudencial. Nesse sentido, colhe-se jurisprudência de Tribunais que não adotaram as mesmas colocações:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS (ABANDONO AFETIVO) - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA- CONDENAÇÃO DO RÉU AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO DE R\$ 10.000,00 - Recurso de ambas as partes - Réu que insiste na reforma da sentença, afastando-se a condenação - **Autora que busca a majoração da indenização - Em se tratando de pedido de indenização por danos morais, por alegado abandono afetivo, há que se constatar, com cuidado, todos os elementos ensejadores da responsabilidade civil, a saber, a prática de ato ilícito, a existência de dano indenizável e o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano - Dano que no caso não é “in re ipsa”, sendo imprescindível a produção de estudo psicossocial, inclusive para a comprovação do nexo causal - Precedente do Col. STJ - Não comprovação, no caso do autos, dos alegados danos psicológicos experimentado pela autora - ônus da prova do fato constitutivo do direito que compete à autora, nos termos do art. 373, I do CPC - única prova produzida pela autora que diz respeito às oitivas de testemunhas e informantes, que não estão aptas a atestar o alegado dano psicológico - Prova pericial indeferida por anterior decisão**

interlocutória, mas não impugnada pela autora em preliminar de contrarrazões, nos termos do § 1º do art. 1.009 do CPC/2015, restando precluso o direito de sua reprodução

- Em razão da não comprovação dos danos e do nexo causal, de rigor a improcedência do pedido - Sentença reformada - RECURSO DO RÉU PROVIDO, PREJUDICADO O APELO DA AUTORA. (TJ-SP - AC: 101058717220178260019 SP 1010587-17.2017.8.26.0019, Relator: Angela Lopes, Data de Julgamento: 26/10/2020, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/10/2020.). (grifos não original)

Corroborando:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO PELO GENITOR, AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ATO ILÍCITO. 1. Responsabilidade civil decorrente da prática de ato ilícito depende da presença de três pressupostos, quais sejam, a conduta culposa ou dolosa, o dano e o nexo de causalidade. **Nesse contexto, nos termos da orientação emanada pelo STJ, a possibilidade de compensação pecuniária a título de danos morais por abandono afetivo exige detalhada demonstração de ilícito civil (art. 186 do Código Civil) cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor, para que os sentimentos não sejam mercantilizados e para que não se fomente a propositura de ações judiciais motivadas unicamente pelo interesse econômico-financeiro. In casu, nos termos do que fora apurado nos autos e pelas particularidade que envolvem a causa, não demonstrou a autora prejuízo efetivo que tenha sofrido o alegado abandono afetivo de seu genitor, situação que leva à improcedência do pedido indenizatório.** RECURSO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO. (TJ-GO- Apelação (CPC): 04205496320168090006, Relator: SEBASTIÃO LUIZ FLEURY, Data de Julgamento: 28/08/2019, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 28/09/2019). (grifos não original)

Destarte, diante da ausência de um posicionamento pátrio majoritário os tribunais nacionais estão à mercê, cada um julgando de com que acredita estar certo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se faz clara a necessidade do Estado regular sobre as normas concernentes à sociedade, e não seria diferente no direito de família, pois a sociedade conjugal é à base da sociedade e essa proteção é fundada no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Ao longo das mudanças jurídicas, o conceito “família” no Código Civil foi-se alterando conforme os avanços da sociedade. Em pese todas essas normatividades, atualmente é visível que no âmbito da estrutura familiar regulado pelo o Ente federal, apresentam lacunas que não foram supridas.

O afeto constitui um direito individual, ou seja, uma liberdade que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações, uma vez que se fazem necessárias ao bem como de todos e também é um elemento basilar da convivência familiar.

O abandono socioafetividade por um dos genitores configura, em tese, um abandono junto aos seus descendentes, e conseqüentemente gerando prejuízos para a sua prole. Em decorrência disso existe uma grande procura no judiciário a fim de receberem a quantia.

Com base em todos os argumentos utilizados, pôde-se concluir que pode sim um descendente que se viu prejudicado em sua vida por ausência de afetividade procurar o judiciário no intuito de receber indenização por danos morais. Não se defende, porém, o uso irresponsável e leviano da reparação civil nos casos de abandono afetivo. Com efeito, apenas se fará possível a reparação pecuniária, nestes casos, uma vez comprovada a existência dos requisitos caracterizadores da responsabilidade civil e os danos psicológicos oriundos dessa omissão, o que será possível com o apoio de psicossociais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ana Jéssica Pereira. **O preço do amor: A indenização por abandono afetivo parental**. 2013. Disponível:

<http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/DirDialog/article/view/588/466>

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JR., Walsin Edson. **Direito civil: Famílias**. 2. Ed. - São Paulo: Atlas, 2012.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no Direito de Família**. São Paulo: Método, 2006.

BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848. de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.** Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

BRASIL. **Inteiro teor Recurso Especial nº 1.159.242/SP.** 2012. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Renovar,** 2013. Disponível: <https://unicorp.tjba.jus.br/wpcontent/uploads/2020/01/12-Principio-da-Afetividade-no-Direito-de-Familia.pdf>

CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial.** *Revista Brasileira de Direito de Família.* Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 36, jun. /jul. 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil,** Ed. Atlas, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Danielle Alheiros. **A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2184, 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12987>>. Acesso em: 25. fev. 2021.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e estatísticas. **Dias dos Pais para quem? Com 80 mil crianças sem pai, abandono afetivo cresce.** 2020. Revista Metrôpoles. Disponível: <https://www.metropoles.com/brasil/dia-dos-pais-para-quem-com-80-mil-criancas-sem-pai-abandonoafetivocresce#:~:text=N%C3%A3o%20C3%A9%20de%20hoje%20que,ao%20menos%20o%20sobrenome%20parteno.>

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, vol. 3: Responsabilidade civil,** 17. ed. - São Paulo: Saraiva educação, 2019. Disponível: https://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=cVuGDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT20&dq=responsabilidade+civil+&ots=YNfIDzXwV_&sig=jbBm6jm0MRPIquVQrV8y6hGEdXQ#v=onepage&q=responsabilidade%20civil&f=false

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre; Editora de UFRGS, 2009. Disponível em:
<http://www.ufrgs.br/cursopgdr/downloadsSerie/derad005.pdf>

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível:
<https://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=X9ViDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT3&dq=responsabilidade+civil+&ots=5pNGTucIg9&sig=fU76uAzKqYd2lxqAsjgoWisojIU#v=onepage&q=responsabilidade%20civil&f=false>

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. 2011. Disponível em
<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em 22. fev.2021.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação**. 2012.
Disponível:<https://ibdfam.org.br/artigos/861/An%c3%a1lise+doutrin%c3%a1ria+e+>

MELLO, Adriana Jacobsen; FOLADOR, Laís Mary Dal Molin. **Abandono afetivo paterno e o dano moral: O posicionamento do judiciário e da doutrina**. 2019.
Disponível: [https:// ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/abandono-afetivo-paterno-e-dano-moral-o-posicionamento-do-judiciario-e-da-doutrina/](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/abandono-afetivo-paterno-e-dano-moral-o-posicionamento-do-judiciario-e-da-doutrina/)

PEREIRA, Mickaella Ferreira. **A responsabilidade civil e o abandono afetivo**. 2019.
Disponível: <http://189.3.77.149/handle/123456789/392>

SILVA, Cláudia Maria. **Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho**. *Revista Brasileira de Direito de Família*. São Paulo: Abril Cultural, 2000.

TJ-AM - AC: 06310140620168040001 AM 0631014-06.2016.8.04.0001, Relator: Maria das Graças Pessoa Figueiredo, Data de Julgamento: 09/03/2020, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 11/03/2020. JusBrasil 2020. Disponível:
<https://tjam.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/820035265/apelacaocivelac6310140620168040001-am06310140620168040001?ref=serp>

TJ-GO- Apelação (CPC): 04205496320168090006, Relator: SEBASTIÃO LUIZ FLEURY, Data de Julgamento: 28/08/2019, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 28/09/2019). **JusBrasil 2020**. Disponível: <https://tjgo.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/750787693/apelacaocpc4205496320168090006?ref=serp>

TJ-GO - Apelação (CPC): 02657633920168090175, Relator: JAIRO FERREIRA JUNIOR, Data do Julgamento: 09/09/2019, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 09/09/2019. **JusBrasil2019**. Disponível: <https://tjgo.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/754885283/apelacao-cpc-2657633920168090175>

TJ-SP - AC: 101058717220178260019 SP 1010587-17.2017.8.26.0019, Relator: Angela Lopes, Data de Julgamento: 26/10/2020, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/10/2020. **JusBrasil 2020**. Disponível: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1114281902/apelacao-civel-ac-10105871720178260019-sp-1010587-1720178260019>

A APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

TIAGO FIORESE DE CARVALHO:

Cursando o nono período do curso de Direito na Universidade Católica do Tocantins

RESUMO: Neste artigo será abordada a Lei de improbidade administrativa, que é uma norma que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta e de outras providências. O objetivo central do trabalho é mostrar que a Lei da Improbidade Administrativa visa uma maior proteção do bem público frente ao atual quadro de corrupção presente no quadro nacional e demonstrar a confusa aplicabilidade da Lei da Improbidade administrativa no Brasil. Propõe-se, assim, apresentar reflexões e analisar a divergência jurisprudencial sobre o tema, também é proposto provar e ilustrar sobre a real natureza jurídica da Lei de Improbidade Administrativa. Sob essa mesma ótica demonstrar que o presente trabalho conclui que o tema é de grande relevância para o quadro social e econômico do país e também traz à tona, através de dados e pesquisas e juristas conceituados nesta área, os erros jurisprudenciais e o erro na interpretação da natureza jurídica da Lei da Improbidade Administrativa.

Palavras-chave: Lei da improbidade Administrativa; Jurisprudência sobre Improbidade Administrativa: Improbidade Administrativa e dolo.

RESUME: This article will deal with the Law of administrative improbity, which is a rule that provides for the provisions applicable to public agents in cases of unlawful enrichment in the exercise of mandate, charge, employment or function in the direct, indirect administration and other measures. The main objective of the work is to show that the Administrative Improbity Law aims at greater protection of the public good in the face of the current situation of corruption present in the national framework and to demonstrate the confused applicability of the Administrative Improbity Law in Brazil. Thus, it is proposed to present reflections and analyze a divergence of jurisprudence on the subject, it is also proposed, to prove and illustrate the real legal nature of the Administrative Improbity Law. From this same point of view demonstrating that the present work concludes that the theme is of great transformation for the social and economic framework of the country and also brought up, through data and research and renowned jurists in this area, the jurisprudential errors and the error in the interpretation the legal nature of the Administrative Improbity Law.

Keywords: Administrative improbity law; Administrative Improbity Jurisprudence: Administrative Improbity and Intent.

1. INTRODUÇÃO

O momento atual do nosso país, caracterizado por uma nova etapa de obras faraônicas realizadas pela Administração Pública em suas esferas Federal, Estadual e Municipal, incentivadas tanto pela política desenvolvimentista adotada pelo governo federal, em conjunto com uma atuação mais contundente dos órgãos de controle e fiscalização, como a Controladoria Geral da União, que promovem uma enxurrada de denúncias veiculadas pelos mais diversos meios de comunicação, que evidenciam a má gestão, a falta de ética e a corrupção que assolam a Administração Pública.

Com a entrada em vigor da Lei 8429/92 (LIA) os tribunais brasileiros ganharam mais uma arma contra esse cenário cada vez mais revoltante de má gestão do bem público. Apesar desse novo instrumento, os tribunais superiores continuam a processar os agentes ímprobos apenas pelos chamados “crimes de responsabilidade”, os quais possuem em seu dispositivo legal sanções que se resumem à perda de cargo e suspensão dos direitos políticos. Além de se confundirem no entendimento da relação entre Improbidade Administrativa e dolo (culpa).

No entanto, na maioria das vezes, a aplicação desse dispositivo somada à da própria Lei de Improbidade Administrativa seria o mais adequado pela maior capacidade desta em promover o combate à corrupção tão buscado, além de propiciar uma chance à Administração Pública de recuperar os recursos desviados ou mal empregados.

Em relação aos objetivos deste trabalho temos que o objetivo geral e central do mesmo é: mostrar que a Lei da Improbidade Administrativa visa uma maior proteção do bem público frente ao atual quadro de corrupção presente no quadro nacional e também demonstrar a confusa aplicabilidade da Lei da Improbidade administrativa no Brasil.

Deste modo o que é tratado nos objetivos específicos, que são três, o primeiro deles seria relatar a divergência entre a aplicabilidade da Lei 8429/92 para casos de Improbidade Administrativa cometidos por agentes públicos. Já o segundo seria demonstrar, ainda, a confusão jurisprudencial acerca da aplicabilidade dos dispositivos no combate aos atos de improbidade administrativa. E por fim o terceiro objetivo trata-se de pontuar sobre a natureza jurídica da Lei de Improbidade Administrativa, e todas suas sanções existentes.

É de grande relevância a análise deste tema pois quando a improbidade administrativa é feita , ocorre uma terrível lesão aos cofres públicos, o que pode desencadear um alto prejuízo ao desenvolvimento nacional em todas as suas áreas de responsabilidade pública como: saúde , educação , segurança entre outros pilares para uma evolução social e estrutural.

Consequentemente, ocorre um sentimento coletivo da sociedade de que não faz sentido contribuir com os maiores impostos do mundo, já que não se tem retorno nenhum dessa contribuição e ainda agentes públicos usarem de cargos remunerados por nós para enriquecimento próprio. Tal sentimento coletivo prejudica os cofres públicos, ou seja o conjunto dos fatores ilustrados traz como resultado negativo do Brasil ser um país onde se tem um dos maiores índices de sonegação e inadimplência fiscal.

Deste modo, este trabalho evidencia que todo conteúdo que irá ser produzido neste estudo serão guiadas pelo método da abordagem descritivo-qualitativa pois as fontes de pesquisa vão possibilitar a descrição e criação de conceitos, de paradigmas , de definições e que dão base a problemática estudada identificando até que ponto as convergências teóricas vão estar a acontecer.

2. Atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito.

Os atos feitos pelo agente público, de forma desonesta e imoral, podem gerar o enriquecimento ilícito do referido agente. tal previsão está inclusa no artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa, que ilustra como ato de improbidade administrativa que gera enriquecimento ilícito, o recebimento de qualquer modo de vantagem patrimonial indevida em função do cargo, mandato, função, emprego ou atividade frente a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Para que aconteçam os atos de improbidade que geram enriquecimento ilícito, a vantagem como resultado deve, obrigatoriamente, ser patrimonial, economicamente apreciável. Vale lembrar que para se configurar do enriquecimento ilícito não é relevante gerar dano ou prejuízo ao erário.

A vantagem patrimonial que gera o enriquecimento ilícito deve colidir frontalmente as normas que descrevem a conduta, a moral, a probidade do agente público. A conduta do agente público é dolosa, portanto, o agente público tem conhecimento da ilicitude da vantagem patrimonial. Deste modo, não existe enriquecimento ilícito culposos.

Mas, para que de fato se enquadre o ato de improbidade que gera o enriquecimento ilícito tem que existir vínculo entre a vantagem econômica ilícita conseguida pelo agente público e o desempenho da atividade pública de tal agente. Para que o ato de improbidade realizado se encaixe na previsão do Artigo 9º, da Lei de Improbidade Administrativa, deve obrigatoriamente ser feito em função do exercício da função pública.

O agente público é capaz de realizar o tal ato de improbidade administrativa, quando favorece o interesse próprio, se distanciando do real objetivo da Administração Pública, não importando o grau do desvio econômico. Deste modo, é necessário notar que a prática de ato de improbidade administrativa que tenha como resultado final o enriquecimento ilícito, gera dano ao princípio da moralidade administrativa e pode gerar dano à Administração Pública.

3. Atos de improbidade que causam prejuízo ao erário.

O artigo 10 da Lei 8.429/92 fala sobre as ações de improbidade administrativa que dano ao erário. De acordo com o citado artigo, toda ação ou omissão do agente público, dolosa ou culposa, no exercício pleno da função pública que leve dano concreto ao patrimônio público, compreendendo lesão patrimonial, desvio, apropriação, ou dilapidação de bens ou haveres públicos, enquadram-se como ato de improbidade administrativa.

Vale ressaltar o entendimento de Marino Pazzagliani Filho acerca de tal termo erário:

“O erário é a parcela do patrimônio público de conteúdo econômico-financeiro direto. Enquanto o conceito de patrimônio público é mais abrangente, pois compreende o complexo de bens e direitos públicos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico, o de Erário, como parte integrante do patrimônio público, limita-se aos bens e direitos de valor econômico, ou seja, aos recursos financeiros do Estado, ao Tesouro Público.” (PAZZAGLINI FILHO, 2005, p. 78).

É característica essencial para enquadrar o referido ato, a existência de efetivo dano material aos cofres públicos. O artigo 21 da Lei 8.429/92 preceitua que a aplicação de sanções impostas por esta Lei não depende de concreta existência de dano ao patrimônio público. Porém, de acordo com a doutrina que o legislador cometeu uma impropriedade, pois deveria ter ressalvado dessa regra os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário.

A ilegalidade da ação do agente público no pleno exercício da função pública é condição relevante para enquadrar o citado ato de improbidade administrativa. A postura do referido agente deve quebrar, violar uma norma jurídica. O fato de gerar prejuízo ao erário tendo em vista a legalidade, o direito, não tem em que se falar em prática de ato de improbidade administrativa.

Além dos requisitos mencionados para enquadrar o ato de improbidade administrativa que geram prejuízo ao erário, a responsabilidade subjetiva do agente público que gerou dano material, é requisito indispensável. É necessário, conforme a previsão do artigo citado, que a ação ou omissão venha de dolo ou culpa, conforme estabelece, afinal sem esses elementos, de acordo com a previsão da lei não tem que se cogitar a incidência de ato de improbidade administrativa com resultado danoso ao erário.

É de suma importância se dizer que o entendimento de que a culpa está inserida inadequadamente no texto legal, portanto, culpa não configura improbidade administrativa. Conforme a previsão da Lei de Improbidade Administrativa, a não ação inescusável do dever de ofício do agente público, que tem como resultado prejuízo ao erário, já que este não realizou a ação com atenção e diligência necessária, constitui ato de improbidade administrativa.

Nessa forma, para ser improbidade administrativa é necessário, a existência de má-fé, portanto, a intenção do agente público em gerar dano ao erário. Contudo vale ressaltar que é uma matéria de assunto divergente na doutrina e jurisprudência. É válido destacar que deve existir relação de causalidade entre o comportamento funcional ilícito e o concreto dano patrimonial para que se configure o ato de improbidade administrativa que tem como resultado o prejuízo ao erário.

4. Atos de improbidade decorrentes da ofensa aos princípios da Administração Pública.

O artigo 11 da Lei 8.429/92 relata como caráter ilícito a atitude violadora aos princípios que diz sobre a Administração Pública. O citado dispositivo pontua de forma exemplificativa o dever de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade.

Devem estar inclusos nesse dispositivo todos os comportamentos referentes à moralidade e probidade administrativa. A violação de tais princípios tem como resultado a improbidade administrativa. A partir da noção da importância do princípio, é necessário dizer que violando um princípio está agredindo o Direito, porque eles funcionam como bases do sistema jurídico.

Waldo Fazzio Júnior (2003, p. 173) engaja-se, relatando que: “Atentar contra princípios jurídicos é mais grave que violar regras; significa agredir todo o sistema.” Por tal razão, o ato de improbidade seja qual for a espécie que se enquadre, viola um dos princípios basilares da Administração Pública. O artigo 11 da Lei 8.429/92 ao mencionar alguns princípios alcança a todos os princípios expressos e implícitos no sistema normativo.

É importante pontuar que a violação exclusiva a princípio caracteriza-se a improbidade, afinal tal tipo de ato gere na violação de valores primordiais da Administração Pública. Também vale lembrar que é indispensável que a ação ou omissão funcional do agente público deve ser dolosa, ou seja, para se enquadrar em ato de improbidade que atenta contra princípio que relata a Administração Pública, o agente deve agir de maneira ilícita, ciente da antijuridicidade do seu comportamento, tendo ciência de que está afrontando um princípio constitucional.

Deste modo, os atos ilegais que não são decorrentes da falta de honestidade ou má-fé, e sim da inabilitação, despreparo escusável do agente público configuram irregularidades anuláveis, não enquadrando-se ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido estabelece a jurisprudência:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE: TIPIFICAÇÃO (ART.11 DA LEI 8.429/92). 1. O tipo do artigo 11 da lei 8.429/92, para configurar-se como ato de improbidade, exige conduta comissiva ou omissiva dolosa. 2. Atipicidade de conduta por ausência de dolo. 3. Recurso especial provido.

A previsão do artigo citado tem fundamento protetivo à moralidade administrativa, tal como os outros princípios explícitos e implícitos na Constituição Federal de 1988; e embasados pela Lei de Improbidade Administrativa. Ele garante uma defesa às condutas que não tem como consequência caráter material, igual se dá com os atos de improbidade administrativa que geram enriquecimento ilícito, e àqueles que causam dano ao erário, e sim valores morais e éticos da Administração Pública.

Os princípios descritos na Constituição Federal de 1988 são considerados como deveres dos agentes públicos. O afrontamento a esses deveres se gera na desonestidade, ausência de publicidade, incompetência, pessoalidade e imoralidade, mesmo que não tenha como resultado nenhum efeito negativo ao patrimônio Público no âmbito financeiro. Tal inobservância e afrontamento do dever de boa administração

desencadeada a partir da ação ou omissão que viola os princípios norteadores da Administração Pública geram ato de improbidade administrativa.

É possível notar que o legislador, ao relatar no artigo 11, os princípios que devem ser observados e respeitados, teve a preocupação com a violação da moralidade que inclui todos os princípios da Administração Pública.

5. A posição da Doutrina e a divergência da aplicabilidade e o entendimento dos Tribunais acerca da Improbidade Administrativa.

A Jurisprudência do país tem tido avanço no que diz sobre ao reconhecimento da não existência de improbidade culposa. Dessa forma destaca a ementa do acórdão do TJMG:

Ação Civil Pública- Ex-Prefeito - Procuração Outorgada ao Vice-Prefeito – Ausência de má-fé do administrador – não configuração de Improbidade Administrativa.

O ato que, mesmo que seja ilegal, não foi realizado pelo Chefe do Executivo Municipal com desonestidade, imoralidade ou em razão do erário público, porém, sim, em virtude de inabilidade do administrador, não tem como resultado punição com base na Lei 8.429/92, principalmente se inexistente, danos à Administração. Negaram provimento ao recurso.

A jurisprudência mais recente revela essa incongruência da Lei:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITO ADMINISTRATIVO - ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AGENTE PÚBLICO - AUSÊNCIA DE PROVAS DA MÁ-FÉ - PEDIDO IMPROCEDENTE. Não se afigura crível punir agente público, ou equiparado, quando o ato acoimado de improbidade é, na

verdade, fruto de inabilidade, de gestão imperfeita, ausente o elemento de 'desonestidade', ou de improbidade propriamente dita. Em reexame necessário, confirmam a sentença.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO, DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO, DOLO E/OU MÁ-FÉ DO AGENTE PÚBLICO – IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. A má-fé é premissa do ato ilegal e improbo. 2. A ilegalidade, por isso mesmo, só adquire status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os

princípios constitucionais da Administração Pública, coadjuvada pela má-fé do administrador. 3. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, incomprovada nos autos. 4. Apelo improvido.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE BAGÉ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OFICIAL DE JUSTIÇA. PAGAMENTOS FEITOS POR MEIO DE DEPÓSITO EM CONTA CORRENTE. AUSÊNCIA DE DOLO. O ato de improbidade, a ensejar a aplicação da Lei nº 8.429/92, não pode ser identificado tão somente com o ato ilegal. A incidência das sanções previstas na lei carece de um “plus”, traduzido no evidente propósito de auferir vantagem, causando dano ao erário, pela prática de ato desonesto, dissociado da moralidade.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. Ação Civil Pública. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE DIÁRIAS. ART. 10, CAPUT, DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. MÁ-FÉ. ELEMENTO SUBJETIVO. ESSENCIAL À CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE. SANÇÕES. DOSIMETRIA. CUMULATIVIDADE. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE (ART. 12, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 8429/83). VIOLAÇÃO AO ART. 535. INOCORRÊNCIA. STJ - RESP 980706 – Relator Luiz Fux . Julgamento 03/02/2011 – Primeira Turma – Publicação 23/02/2011

Percebe-se que a jurisprudência mais atual tem aceito a referida incongruência entre culpa e improbidade, o que é saudável, pois ira contribuir para não gerar demandas infundadas e condenações injustas, já que somente quando se tem dolo é que se é possível falar em improbidade administrativa.

Nesse modo é importante notar a sábia opinião de Aristides Junqueira Alvarenga:

“Assim, a conduta de um agente público pode ir contra o princípio da moralidade, no seu estrito sentido jurídico-administrativo, sem, contudo, ter a pecha de improbidade, dada à ausência de comportamento desonesto – atributo, esse, que distingue a espécie (improbidade) do gênero (imoralidade).

Se assim é, torna-se difícil, se não impossível, excluir o dolo do conceito de

desonestidade e, conseqüentemente, do conceito de improbidade, tornando-se inimaginável que alguém possa ser desonesto por mera culpa, em sentido estrito, já que ao senso de desonestidade estão jungidas as ideias de má-fé, de deslealdade, a denotar presente o dolo” (ALVARENGA, 2001, p. 89).

O doutrinador ainda ressalta:

“Estando excluída do conceito constitucional de improbidade administrativa a forma meramente culposa de conduta dos agentes públicos, a conclusão inarredável é a de que a expressão “culposa”, inserta no caput do art. 10 da lei em foco, é inconstitucional” (ALVARENGA, 2001, p. 89).

Deste modo, para se enquadrar em improbidade administrativa é necessário a existência de má-fé, ou seja, a intenção do agente público em lesar o erário. Porém é salutar notar que se fala de assunto divergente na doutrina e jurisprudência, por esse motivo deve ser ilustrada a incoerência da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa às condutas culposas.

Nota-se que a inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa em razão de culpa e conseqüentemente a não adequação do termo conduta culposa citado na referida Lei, está sendo reconhecida, mesmo existindo decisões que acatem a existência desse modo de improbidade.

Porém grande parcela da jurisprudência, mais especificamente nos últimos anos inteligentemente tem reconhecido a não existência de improbidade culposa. De acordo com todo o exposto, é salutar notar que o enquadramento de conduta culposa como improbidade administrativa é um erro; e essa impropriedade já tem sido detectada.

É importante notar que se trata de um texto ainda divergente e polêmico na doutrina e jurisprudência merecendo uma atenção mais efetiva dos juristas e aplicadores da Lei na intenção de evitar prejuízos e injustiças em função dessa mencionada inadequação que se existe na Lei de Improbidade Administrativa.

Todos que entendem ser possível que uma conduta culposa se enquadre em ato de improbidade administrativa tem início do pressuposto de que não existe a demanda de intenção do agente de gerar dano ao erário. Portanto, nessa linha, o

agente que ter ação sem o cuidado e zelo necessário no que diz respeito ao bem público, e em razão disso provocar dano ao erário, deve ser responsabilizado de acordo com o que diz o artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

Edilson Pereira Nobre Júnior (2003, p. 13) aponta duas correntes acerca da previsão do artigo 10 da LIA, sendo que a primeira corrente composta por Aristides Junqueira Alvarenga, conforme já citado, Benedito Pereira Porto Neto e Pedro Paulo Rezende Porto Filho defende a necessidade do dolo para a configuração de improbidade administrativa, sendo esta incompatível com a culpa; e a segunda corrente composta por José Jairo Gomes, Nicolau Dino de Castro e Costa Neto e George Sarmiento manifesta a possibilidade de ocorrer improbidade culposa. Ele lembra a posição de Juarez Freitas, que defende a possibilidade da improbidade se dá em função de dolo ou culpa grave.

Deste modo, depois de pontuar os posicionamentos dos ilustres juristas, Nobre Júnior (2004, p. 13) se posiciona dizendo que a improbidade seja a moralidade qualificada, sendo necessário à desonestidade. Na opinião do autor a presença do dolo é indispensável. A culpa grave não é o bastante para enquadrar um ato de improbidade administrativa.

Esta posição se encaixa com o entendimento deste artigo. De fato para enquadrar improbidade administrativa a má-fé, a desonestidade, ou seja, o dolo deve estar presente. Neste sentido, o fato do artigo 10 da Lei 8.429 trazer explicitamente a modalidade culposa como possibilidade de enquadramento de ato de improbidade administrativa, não sendo suficiente para configurar os agentes públicos nessa conduta, já que a culpa e improbidade são termos antagônicos.

6. Improbidade e culpa, termos antagônicos.

Ilustrar a inexistência de improbidade culposa não é tão simplório, requer a análise de vários termos relevantes para o Direito. Nesse capítulo de desenvolvimento, é indispensável iniciar-se a partir da análise do termo probidade e consequentemente improbidade administrativa.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2004, p. 119) destacam que: "probidade, assim significa retidão de conduta, honradez, lealdade, integridade, virtude e honestidade". Nesse sentido, Carvalho Filho (2007, p. 54) salienta que o princípio da probidade na sua visão é o primeiro e talvez o princípio mais importante dos deveres do administrador público e que a atuação deste deve pautar-se pelos princípios da honestidade e moralidade, seja em face dos administrados, seja em face da própria Administração.

Discorrendo ainda sobre o conceito de probidade, Nicolau Dino de Castro e Costa Neto (2002, p.342) no artigo Improbidade Administrativa: aspectos materiais e processuais ressaltam que a improbidade consubstancia-se no dever de portar-se nos negócios da Administração Pública de maneira compatível com os padrões da lealdade, boa-fé, honestidade e moralidade.

Visto isso, improbidade administrativa acontece na não observância do dever de probidade para com a Administração, gerando atos que ficam longe dos parâmetros de honestidade, boa-fé, lealdade e moralidade. Deste modo é possível salientar que improbidade venha como resultado de uma conduta que fere a moral, os preceitos éticos. Ela acontece em função da inidoneidade, deslealdade, desonestidade do agente público.

Nota-se que ser probo é ser honesto, o que releva que a improbidade somente ocorre quando tem intenção, má-fé, dolo na manifestação da vontade do agente. Deste modo, uma conduta culposa não pode enquadrar como ato de improbidade administrativa. Nesse sentido, De Plácido e Silva (2002, p.799) conceitua improbidade: “derivado do latim *improbitas* (má qualidade, imoralidade, malícia), juridicamente, liga-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter”.

Nesse aspecto, Eurico Bitencourt Neto (2005, p. 137) com sabedoria leciona:

“Quanto à configuração da ofensa à probidade administrativa, princípio consagrado entre nós como a moralidade administrativa formada pelos valores de honestidade, lealdade e boa-fé, presentes - diga-se, ainda que de passagem - em todo o âmbito do Direito, algumas conclusões relevantes foram assentadas.

A primeira delas - conclusão inescapável do conceito formado – é que não se poderá configurar ato de improbidade sem que esteja presente conduta dolosa do infrator. A consequência que daí se extrai é que ninguém é desonesto por imprudência, imperícia ou negligência.”

Daí depreende-se a necessária presença de dolo para que se possa falar em improbidade administrativa. Inexistindo o dolo, o agente deve ser responsabilizado pelo ato praticado, mas não pela Lei 8.429/92. É indispensável a ocorrência do dolo,

isto é, deve estar clara a vontade do agente para que seja caracterizada a improbidade administrativa.

Diante da análise conceitual de improbidade, percebe-se a imprescindibilidade de analisar o conceito de culpa para entender as razões para a inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa às condutas culposas dos agentes públicos. De Plácido e Silva (2002, p. 233) faz essa definição: "Derivado do latim culpa (falta, erro cometido por inobservância ou por imprudência), é compreendido como a falta cometida contra o dever, por ação ou por omissão, procedida de ignorância ou negligência".

Nesse contexto, José Náufel (2002, p. 135) leciona que: "culpa é toda e qualquer falta de diligência ou negligência, sem propósito de lesar, mas de que resultou dano a outrem ou ofensa de direitos alheios; distinguindo-se do dolo, neste existe o propósito de lesar." Diante dessa análise conceitual, depreende-se que improbidade não combina com culpa, sendo possível notar a incongruência de improbidade decorrente de condutas culposas.

7. A natureza da Lei da Improbidade Administrativa.

É importante destacar inicialmente que não é o nome dado a uma entidade ou instituto jurídico que os fará possuir determinada natureza. É notável que se questione acerca da natureza jurídica dos institutos e entidades para, deste modo, se determinar em qual disciplina se adequa e se delinea.

Sobre o tema averba Geraldo Ataliba:

"A designação das entidades e institutos do direito é muito importante. É condição de trabalho seguro, objetivo e científico.

"Os nomes empregados em ciência devem corresponder a conceitos científicos unívocos. Nem sempre, entretanto, o legislador atende essa recomendação, ou por não ser um especialista, ou por malícia - no intuito de subtrair-se a exigências constitucionais - e adota terminologia errada ou equivocada."

"Disso decorre que o interprete não pode guiar-se pelas designações que o legislador dá aos institutos, mas só pelo critério objetivo científico aqui exposto. É imperativo que assim proceda, pena de deturpar o funcionamento do sistema jurídico, deformando-o e atingindo-o na sua viga mestra, a sua rigidez".

Sendo assim, não é o nome, mas sim a natureza jurídica, analisada objetiva e cientificamente, que vai determinar os contornos destes ou daqueles institutos e entidades. Partindo desta idéia, existe tendência para reconhecer que a ação de improbidade administrativa tenha natureza civil. Tal proposição se funda, fundamentalmente, em três aspectos:

a) abrir vista para uma condenação do responsável ao pagamento de uma indenização equivalente ao prejuízo por ele feito ao patrimônio público (cunho patrimonialista da ação);

b) o fundamento vislumbrado na própria Carta Suprema, na parte final do parágrafo 4º, do artigo 37, que mostra as penalidades aos atos de improbidade administrativa e diz em seu final "sem prejuízo da ação penal cabível".

c) por ser como padrão o uso do termo ação civil pública de improbidade administrativa.

Porém, há opiniões em sentido contrário. A ação de improbidade administrativa tem a natureza jurídica de uma ação penal, afinal no seu bojo aplica-se sanções ao acusado, retirando-lhes os atributos da cidadania e da vida honrada, ou seja, são-lhe aplicadas penas conceituadas como as mais graves do sistema jurídico em vigor. É o condenado posto "ad metallum" com a suspensão de direitos políticos e a não autorização de celebrar contratos com órgãos públicos, numa salutar recordação das penas medievais do direito filipino.

A circunstância de ter origem, da sentença, preceito indenizatório de maneira nenhuma desconfigura sua natureza penal. Das sentenças penais, disciplinadas pelo Código de Processo Penal, também derivam preceitos condenatórios patrimoniais.

O movimento da Ação Penal de Improbidade Administrativa para o âmbito da jurisdição civil tem como resultado mais uma questão histórica e ideológica que se deu pela necessidade de impedir prerrogativas de foro que tem entendimentos inadequados pelos aplicadores do direito, do que uma correta aplicação do ordenamento constitucional.

A segunda corrente observa valores superiores na honra, nos moldes da cidadania e em outros direitos de fundamento não patrimonial do que nas questões simplesmente reparatorias que, mesmo que não sejam principais, ainda assim são importantes. O labéu da desonra se mostra muito mais grave do que a condenação

patrimonial. Porém, historicamente o direito brasileiro sempre deu mais importância a temas patrimoniais do que aos temas referentes à honra e à vida.

Sendo plausível alterar a questão para o campo da lógica formal, seria a ideia de se aplicar a conhecida fórmula a qual o sujeito é o predicado, admitindo-se assim que a predicação dê como resultado o que é o sujeito, quase sempre substituído por uma palavra vazia.

Ação civil é um direito-poder constitucional de acionar o Judiciário em busca da realização de um interesse ligado aos verbos "dar", "fazer" ou "não fazer".

Ação penal é um direito-poder constitucional de acionar o Judiciário em busca de dar uma pena de um criminoso e, em posteriormente, do possível ressarcimento patrimonial.

É possível ver derivações em ambas definições. No entanto, o eixo diferenciador da jurisdição civil e penal não está no reparo do dano, existente em todas duas, mas, sim, na aplicação de uma pena fixada pelo Estado que existe numa e não na outra.

De acordo com tal perspectiva a Ação de Improbidade Administrativa, que provoca pena estatal e às vezes inclui a condenação num preceito reparatório, está mais para ação penal do que para ação civil.

Mas razões históricas provocaram a Ação de Improbidade para a área da jurisdição civil. E neste ponto a exigência histórica não se compadeceu do sistema jurídico.

Mas razões históricas empurraram a Ação de Improbidade para o âmbito da jurisdição civil. E neste ponto a exigência histórica não se compadeceu do sistema jurídico.

Duas questões relevantes.

A primeira: Os operadores do direito ficaram contrariados com o que diz o inciso 10, do art. 29, da CF, que garantiu aos prefeitos municipais privilégio de foro, tendo reconhecido seu direito de serem processados somente frente o Tribunal de Justiça de seu Estado. O texto é conciso, motivo pelo qual não comportaria qualquer exceção. No entanto não foi o que aconteceu na prática, quando então o preceito constitucional sofreu grande restrição. Como resultado passou a ser lido no dispositivo palavras lá que não existiam para evidenciar que o constituinte somente deu reconhecimento o foro privilegiado para as ações penais, não para as civis.

Partindo disto se reconheceu a constitucionalidade da norma infraconstitucional que fixou o foro do local dos fatos - tal como no processo penal - para processar os casos de improbidade. Para afirmar o hipotético funcionamento do sistema, foi indispensável mostrar que a ação de improbidade tem natureza civil e não penal, contorcendo todo o sistema, num realismo condenado pelo que há de melhor na doutrina.

A segunda questão está vinculada à difícil gestação da ação popular e da ação civil pública. A Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, foi colocada em funcionamento pelo Marechal Castelo Branco, em um período histórico em que a cidadania se encontrava simplificada à nada. Poucos foram os que se aventuraram a encontrar as autoridades públicas ao conhecimento dos tribunais. A ação popular, no seu início, se mostrava atingida de tal inviabilidade que era diagnosticada morte precoce.

Neste mesmo período e bem gerando tais fatos, no Primeiro Congresso do Ministério Público Nacional, aconteceu na capital de São Paulo, foram mostrados dois trabalhos significativos nos quais foi estudado o papel da sua atuação do órgão no frente à ação popular.

É bom lembrar que originariamente, a lei que pontuou sobre a ação popular prescrevia que cabia ao Ministério Público ter atuação sempre ao lado do desejo do autor ainda quando desligada de toda consistência ou até quando fosse direcionada contra o sistema normativo.

O primeiro trabalho foi mostrado por Jorge Luiz de Almeida. Pugnava seu autor contra citada visão, embasando a sua impossibilidade, sendo o Ministério Público órgão serviente do princípio da legalidade, não tinha sentido requerer que se enquadrasse ao lado de pretensões juridicamente indevidas: "O Ministério Público deve atuar na ação popular como o requer o interesse público, não a versão do autor. Não lhe cabe a automática obrigação de defender interesse de quem o processo demonstre, afinal, não ter direito. É ele órgão da lei por determinação constitucional (José Afonso da Silva, *Justitia*, vol. 56, pág. 96)".

O segundo trabalho da lavra de Leão Vidal Sion propôs lisamente que deveria ser reconhecida a legitimação do Ministério Público para a propositura da ação popular: "Se este - o Ministério Público - é o representante da sociedade, se o objetivo da ação popular é a defesa de interesses da coletividade, ninguém melhor do que a nossa instituição para ser titular obrigatória do seu ajuizamento. Haveria, é certo, a colaboração de qualquer do povo, que tomando conhecimento de irregularidade, participaria ao representante do Ministério Público". A idéia que causou vivo tremor

entre os presentes. Se o Ministério Público é órgão do Estado, não pode ser autor da ação popular, disseram os que condenaram aquela visão, em 1971.

Fica proposto uma revisão da estrutura dessas ações, para adequá-la às exigências do sistema em vigor, consolidando e, se possível, ampliando os poderes conquistados pelo Ministério Público. Mas a questão é interminável. Se os argumentos direcionaram a doutrina para a concepção penalista da ação, como entender o pensamento constitucional que reserva à jurisdição criminal o conhecimento de outros crimes?

8. As sanções da Lei da Improbidade Administrativa.

A condenação por improbidade é penal mesmo se proferida em sede de jurisdição civil. Nota-se que as normas penais são todas prescritivas de sanções, sejam elas de todas as espécies (privativas de liberdade, restritivas de direitos, prestações pecuniárias ou patrimoniais). Deste modo, ilustram uma conduta, e a esta conduta decidem a imposição de uma pena ao agente que a comete.

Neste sentido é notório o voto proferido pelo Ministro César Asfor Rocha, seguido pelos Ministros Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Vicente Leal, José Delgado, Fernando Gonçalves e Humberto Gomes de Barros, todos do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do HC 22432:

"A Lei nº 8.429/92 prescreve, no seu art. 12, um largo elenco de sanções de altíssima gravidade, sendo de destacar a perda da função pública e suspensão dos direitos políticos por um lapso de 8 a 10 anos (art. 12, I); a primeira sanção (perda de função pública) é a mais exacerbada do Direito Administrativo Disciplinar e a outra (suspensão dos direitos políticos) é a mais rude exclusão da cidadania."

"A meu ver, a Lei nº 8.429/92 veicula inegáveis efeitos sancionatórios, alguns deles, como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, somente não feitos por ato de jurisdição penal, o que faz legítima, ao que entendo, a aplicação da mesma lógica sistêmica que se usa nessa forma jurisdicional especializada (penal), onde não se duvida da plena fruição do foro especial por prerrogativa de função."

"De menor relevo, ao que posso ver, que a Lei nº 8.429/92 denomine de civis as sanções de que cogita, pois a natureza das sanções consistentes na perda da função pública e na suspensão

dos direitos políticos, por mais que se diga ao contrário, extrapolam abertamente os domínios do Direito Civil e se situam, também sem dúvida, nos domínios do Direito Penal (sancionatório)".

Em ponto comum no posicionamento já se manifestaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal Eros Grau, Ellen Gracie e Gilmar Ferreira Mendes, em seus respectivos votos, no julgamento da ADI - 2797.

Como resultado, se mostra certo que referida lei, como foi defendido em doutrina e jurisprudência, para ser direcionada deve ter a técnica da subsunção do fato visto como típico à hipótese legalmente prevista de forma abstrata (técnica das normas prescritivas).

Esta é a técnica utilizada no Direito Penal e descrita pela lei de improbidade administrativa.

Sobre esse tópico são estas as lições de Zaffaroni e Pierangeli:

"A lei penal em sentido estrito é a que associa a uma conduta uma pena: lei penal em sentido amplo é a que abarca todos os preceitos jurídicos que precisam as condições e os limites do funcionamento desta relação"

Opinião que é também defendido nas Cortes Brasileiras, é de bom tom mencionar o Recurso Especial 721190/CE sendo relator o Ministro Luiz Fux:

"É uníssona a doutrina no sentido de que, quanto aos aspectos sancionatórios da lei de improbidade, impõe-se exegese idêntica a que se empreende com relação às figuras típicas penais..."

Por questão de bom direito cita-se ainda o Recurso Especial número 513576/MG que teve como relator o Ministro Francisco Falcão:

"reconhecida a ocorrência de fato que tipifica improbidade administrativa, cumpre ao juiz aplicar a correspondente sanção".

Fica clarividente que para acontecer a referida punição de caráter penal, igual se observa das lições expostas, ao agente do ilícito é necessário que exista uma conduta (omissiva ou comissiva), um fato típico (disposto taxativamente na lei), o nexo de causalidade ligando aquela e a este e, finalmente, que exista (dolosa ou

culposamente) de forma que provoque dano ao bem jurídico tutelado (seja como resultados danosos, seja a simples conduta de ofender tais bens).

Com tudo, característica indispensável penal da lei, não se tendo como objetivo sequer a possibilidade de caracterização similar em todo e qualquer outro ramo específico de nosso ordenamento jurídico.

Vale ressaltar que é impossível, seja no processo judicial, seja no processo administrativo, a utilização dos referidos "conceitos jurídicos indeterminados" ou "cláusulas gerais", como ferramenta definidora de tipos. A imprecisão desses conceitos e a dualidade dessas cláusulas impedem que a ação delitiva, no seu núcleo, seja por eles definidas. Insiste-se em dizer, seja no processo judicial, seja no processo administrativo.

Já no aspecto à labilidade de sua aplicação, é necessário ouvir a lição de Emerson Garcia e de Rogério Pacheco Alves:

"Os conceitos indeterminados normalmente se apresentam na imprecisão conceitual linguística, na incerteza derivada da necessidade de avaliação da situação concreta subjacente à norma, na necessidade de realização de uma ponderação valorativa de interesses ou na exigência de realização de um juízo de prognose".

É notável que o legislador penal, por varias vezes, se vale da linguagem imprecisa e incongruente, gerando juízos valorativos, nos tipos penais, como, por exemplo, "inexperiência", "futilidade", "torpeza", etc.

Inadequadamente, a falta de precisão conceitual não reside no núcleo da ação delitiva. Ninguém pode ser condenado ou absolvido pela sua "futilidade" ou sua "torpeza", porém, sim, porque matou por motivo fútil ou torpe. A condenação está fincada no verbo "matar", que leva o juízo ao plano concreto, deslocando para o plano cultural apenas a valoração da conduta, que por motivo torpe, quer por motivo fútil.

Se as sanções por improbidade administrativa têm o mesmo fundamento jurídico das sanções penais, fica inviável definir a ilicitude, que a antecede por meio de conceitos jurídicos incertos ou por cláusulas gerais. Quer o tema seja enquadrado judicialmente, quer administrativamente.

9. CONCLUSÃO

Por fim, retomando o plano geral deste presente trabalho é bom lembrar que a Lei de improbidade administrativa é uma norma que dispõe sobre as sanções

aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta e das outras providências.

Ficou evidenciado a grande relevância da tese explanada neste presente trabalho pois é de grande importância analisarmos quais são os modelos desse tipo de atitude lesiva à nação como um todo e, principalmente quais seriam as armas legais que a população tem contra essa improbidade administrativa que causa danos terríveis ao país. E ainda mais, se essas armas legais (leis e projetos) estão sendo bem aplicados, e corretamente interpretados e também sua divulgação e discussão no palco da mídia nacional para assim concluir se realmente essas armas legais tem dado eficiência quando aplicadas.

Visto os objetivos já expostos no presente trabalho, fica claro que tanto o objetivo de relatar sobre todos os tipos e modalidades de Improbidade Administrativas tanto também, o objetivo de demonstrar, ainda, a confusão jurisprudencial acerca da aplicabilidade da Lei nº 8.429/92 e por fim o objetivo de pontuar sobre a natureza jurídica da Lei de Improbidade Administrativa, e todas suas sanções existentes, foram todos cumpridos é devidamente explanados no desenvolvimento deste presente trabalho.

Tendo em vista os resultados obtidos com esta presente tese de trabalho fica notório que é de suma importância se entender o que é de fato a Improbidade administrativa e suas modalidades, afinal a mesma gera péssimas consequências sociais, políticas e administrativas á toda nação. Também é de se ressaltar que é conclusivo, tendo em vista o que foi explanado no desenvolvimento, que existe uma grande falha na aplicação da Lei de Improbidade administrativa (como por exemplo admitir-se modalidade culposa para Improbidade Administrativa) e também em se ter um consenso entre a natureza jurídica da referida Lei. Pontos esses que foram devidamente aprofundados usando como fonte de conhecimento grandíssimos autores que atuam na área.

Assim, o presente trabalho tem como vontade final trazer novos ares para um tema tão abordado e tão pouco entendido e também trazer novas soluções e novas idéias para serem disponibilizadas para o campo da discussão intelectual.

10. REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito brasileiro. In: **Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei no 8.429. Lei de Improbidade Administrativa. Brasília: Senado, 1992.

BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito Administrativo**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22a Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro. Improbidade Administrativa: Aspectos materiais e processuais. In: **Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei n. 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DELGADO, José Augusto. O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. **Revista Ciência Jurídica**, Salvador, n. 44, p. 58-74, mar./abr. 1992.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos: Comentários, artigo por artigo, da Lei nº. 8.429/92 e do DL 201/67**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Juarez. Direito Fundamental à boa administração pública e o direito administrativo brasileiro do século XXI. **Del Rey Jurídica**, Ano 10, nº. 19, p. 5-7, 2º semestre, 2008.

GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública e os tribunais de contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

NÁUFEL, José. **Novo Dicionário Jurídico Brasileiro**. 10 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2002.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa: alguns aspectos controvertidos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 235, p. 61-91, jan./mar. 2004.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada:** aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Revista atualizada por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

O FORNECIMENTO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO SANITÁRIO NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA) SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF

KLEBER KELVIN RIBEIRO MORAIS:

Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus -
CEULM/ULBRA

RESUMO: O presente artigo visa analisar e explanar de forma criteriosa a visão do Supremo Tribunal Federal a respeito do fornecimento de medicamentos sem registro sanitário na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA por via judicial. Pretende-se discutir as questões pertinentes ao direito à saúde previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal em contrapartida à possibilidade de prática de autêntico descaminho pelo Estado em caso de fornecimento de medicação sem o devido registro na agência reguladora competente. Para a elaboração do presente trabalho, realizou-se pesquisas bibliográficas, tendo como referência os materiais de cunho principiológico, jurisprudencial e do ramo de direito constitucional, procurando evidenciar a importância do interesse coletivo nas demandas entre particulares e o Estado.

Palavras-chave: Saúde. Medicamentos. Registro. ANVISA. Interesse Coletivo.

Introdução

O presente trabalho tem como tema a o fornecimento judicial de medicamentos sem registro na ANVISA sob a ótica do Supremo Tribunal Federal. Busca-se dessa forma, analisar através da decisão da Corte Superior no julgamento do RE 657718 / MG, os critérios e parâmetros utilizados para concessão ou não de medicamentos sem registro na Agência Reguladora competente.

Nesta perspectiva, construiu-se questões que nortearam este trabalho:

- Existe direito absoluto à saúde amparado pelos artigos 6º e 196 da Constituição Federal quando se trata do fornecimento de medicamentos via judicial sem registro sanitário na ANVISA?
- Quais direitos busca-se tutelar com a obrigatoriedade do registro sanitário de medicamentos na ANVISA?
- Quais os critérios a serem analisados para uma possível concessão judicial de medicamentos sem registro sanitário?

Quando se fala em judicialização de ações relacionadas à medicamentos sem registro sanitário, entende-se que é uma forma de garantir, por meio do judiciário, o estrito cumprimento da ordem constitucional do direito de proteção e acesso à saúde. No entanto, essa questão vinha gerando muitos conflitos de interesse entre particulares e a própria administração pública, uma vez que o registro visa resguardar a saúde pública por meio de um processo específico e criterioso, mas o direito particular de proteção à saúde é também relevante.

Registre-se também que, em algumas demandas, o Estado estava sendo condenado a arcar com medicamentos de alto custo que, muitas vezes, ainda estavam em fase de teste, gerando um custo muito mais alto para adquiri-los, considerando o preço de mercado e o número de ações. Isso se mostrou deveras desproporcional e acabava ultrapassando a capacidade estatal de garantir a saúde do indivíduo. Tamanha vinha sendo a intervenção do judiciário, prejudicando assim a separação dos poderes.

Dessa forma, o presente artigo visa explicar de a decisão da Corte Superior sobre o tema, destacando os principais temas abordados, os princípios por ela ponderados, bem como o seu reflexo na redução de demandas excessivas pela concessão de medicamentos sem registro sanitário para o melhor provimento jurisdicional.

Desenvolvimento

Ao julgar o Recurso Extraordinário 657718 / MG o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que, em regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. A referida decisão gerou a ementa abaixo colacionada:

Direito constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. 1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços. 2. No caso de medicamentos experimentais, i.e., sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa

obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável. 3. No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na ANVISA, o seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente excepcional e somente poderá ocorrer em uma hipótese: a de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016). Ainda nesse caso, porém, será preciso que haja prova do preenchimento cumulativo de três requisitos. São eles: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior (e.g., EUA, União Europeia e Japão); e (iii) a inexistência de substituto terapêutico registrado na ANVISA. Ademais, tendo em vista que o pressuposto básico da obrigação estatal é a mora da agência, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. 4. Provimento parcial do recurso extraordinário, apenas para a afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União". (STF, 2019, on-line)

Aqui, visa-se analisar as nuances do referido julgado a partir de seus quatro tópicos ementados, bem como a sua importância no contexto da judicialização da saúde no Brasil como um direito fundamental e absoluto.

O registro na Anvisa como forma de proteção à saúde pública

O registro sanitário é um método de regulamentação que garante a proteção à saúde pública, uma vez que estabelece critérios para o equilíbrio entre interesses conflitantes nas relações de pesquisa, produção e consumo de medicamentos e substâncias, pois sabe-se que o seu desenvolvimento requer um padrão muito elevado de cautela, sendo que o seu consumo pode resultar em riscos à saúde, produzir efeitos colaterais e causar danos ao organismo, em diversos graus de intensidade, dos mais leves aos mais graves e mesmo irreversíveis.

Considerando esse risco, foi editada a Lei nº 6.360/1976 que sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos. A referida norma legal proibiu a industrialização, exposição à venda e entrega ao consumo de qualquer medicamento antes de registrado no Ministério da Saúde (art. 12 c/c art. 1º), e ainda elencou os requisitos específicos para a obtenção do registro sanitário, tais como: o reconhecimento, por meio de comprovação científica e de análise, de que o produto seja seguro e eficaz para o uso a que se propõe, e possua a identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias.

Em razão dos mesmos motivos supracitados, na Constituição de 1988, o Estado brasileiro estabeleceu um amplo sistema normativo de vigilância sanitária de fármacos.

Além disso, a Lei nº 9.782/1999 instituiu o sistema nacional de vigilância sanitária e atribuiu à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde, a competência para exercer a vigilância sanitária de medicamentos (art. 8º, § 1º, I).

Atualmente, para que um novo medicamento possa ser registrado e oferecido ao mercado, deve cumprir um complexo procedimento, de modo a garantir que o fármaco utilizado pelo paciente seja seguro, isto é, que não seja tóxico ou prejudicial para o organismo humano, podendo-se controlar os seus efeitos colaterais, eficaz, isto é, tenha capacidade de atuar positivamente sobre a doença, e de qualidade, isto é, seja fabricado de acordo com uma série de exigências e práticas estabelecidas (art. 16, Lei § nº 6.360/1976). Além disso, com o registro, permite-se a regulação econômica e o monitoramento dos preços dos fármacos.

A criação desse meticuloso sistema de regulamentação em relação aos medicamentos, assim como a atribuição da competência para sua execução a uma autarquia especial vinculada ao Ministério da Saúde, com a devida expertise e capacidade técnica, têm como objetivo evidente a proteção da saúde da população brasileira.

Ausência de registro na Anvisa como causa impeditiva do fornecimento de medicamento via judicial

A supremacia do interesse público sobre o privado norteia a administração pública em todas as suas esferas, na saúde pública não haveria de ser diferente. Aplicando esse princípio à vigilância sobre medicamentos, tem-se que a Anvisa ao efetuar a inspeção e regulamentação dos fármacos a serem distribuídos no mercado brasileiro, está garantindo o interesse público à saúde previsto na Constituição Federal como um direito fundamental social. Além de estar cumprindo o dever do Estado de garantir, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção e proteção à saúde pública.

Assim, conforme destacado pelo próprio ministro Marco Aurélio em seu voto no Recurso Especial 657718 / MG:

A Anvisa recebeu da ordem jurídica a atribuição de realizar o controle sanitário dos medicamentos, porque detém as melhores condições institucionais para tomar tais decisões. Tais capacidades referem-se aos maiores níveis de informação, de expertise, de conhecimento técnico e aptidão operacional em relação ao procedimento de registro sanitário, marcado por grande complexidade. (STF, 2019, on-line).

Não se pode permitir por via judicial a entrada irrestrita de medicamentos sem regulamentação sanitária realizada pela Anvisa, pois o que se põe em risco é a saúde da população em geral, haja vista que após essa distribuição o judiciário não tem controle sobre as ações dos particulares envolvidos na demanda.

Dessa forma, a atuação administrativa da Anvisa, definida pela lei, deve ser respeitada pelas diferentes instâncias de controle, inclusive pelo Poder Judiciário, em razão de clara necessidade de separação entre os poderes. De forma que, as decisões judiciais que deferem medicamentos não registrados, ao substituírem uma escolha técnica e procedimental da Agência, interferem de forma ilegítima no funcionamento da Administração Pública, em afronta à reserva de administração e à separação de

poderes, bem como passam a tutelar o interesse individual como prevalecente sobre o interesse público, o que não se pode admitir em relação à Administração Pública.

A excepcional concessão judicial de medicamento sem registro sanitário

A excepcionalidade em relação a regra de não fornecer por via judicial medicamentos não regulados pela Anvisa, se dá no caso de mora irrazoável da Agência Reguladora em apreciar o pedido de registro.

Frisa-se que, no caso em questão, não está se tratando de medicamentos em fase de testes experimentais, mas sim daqueles que ainda que não registrados na Anvisa, já tenham concluído as diversas fases de testes e apresentem evidências científicas e clínicas de eficácia e segurança.

Isso se dá porque, embora se reconheça que a Anvisa possui capacidade técnica e científica necessária e, por vezes, indispensável para a análise e regulamentação dos fármacos e que a mesma é essencial para a garantia do direito à saúde dos pacientes e da população em geral, ela não está isenta de incorrer em episódios de mora administrativa.

Nesse caso, a mora pode ser um fator impeditivo ao acesso dos pacientes à um tratamento digno, restando prejudicado o seu direito fundamental à saúde, justificando-se assim a interferência do Poder Judiciário na questão.

A Lei nº 6.360/1976 em seu art. 12, §3º, que dispõe sobre a vigilância sanitária, previa, em sua redação original, que dispõe:

O registro será concedido no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar da data de entrega do requerimento, salvo nos casos de inobservância desta lei ou de seus regulamentos (BRASIL, 1976, on-line).

Por sua vez, o Decreto nº 8.077/2013, que regulamenta o registro de medicamentos, reproduziu o mesmo prazo de 90 dias (art. 7º, § 3º). Porém, tal prazo legal nunca era cumprido pela agência. Em razão disso foi aprovada a Lei nº 13.411/2016, que alterou a Lei nº 6.360/1976, passando a estabelecer prazos específicos para a decisão final nos processos de registro, que vão de 90 a 365 dias, bem como a possibilidade de prorrogação dos prazos por até um terço do prazo original, uma única vez, mediante decisão fundamentada da Anvisa.

No entanto, mesmo nos casos em que há mora irrazoável da Anvisa, é preciso, ainda, que haja comprovação efetiva do preenchimento cumulativo de três requisitos,

voltados a assegurar, na maior extensão possível, tanto a segurança e a eficácia do medicamento, quanto a efetiva necessidade de sua dispensação. Esses requisitos serão abordados nos tópicos a baixo.

Do dever de o medicamento ter sido submetido previamente a registro no Brasil

O objetivo desse critério é privilegiar a análise técnica da Agência Reguladora, ou seja, ainda que o medicamento não tenha sido analisado pela Anvisa, é necessário que tenha havido prévia provocação dela para a realização dessa regulamentação. Não pode o judiciário exigir que a Anvisa tenha agilidade em apreciar um pedido de registro que sequer foi submetido à sua revisão, nesse caso inexistiria mora e, por consequência, desnecessária seria a atuação do Poder Judiciário.

Ademais, se a Anvisa decidir, fundamentadamente, pela negativa de registro, em nenhuma hipótese o Poder Judiciário poderá se sobrepor à manifestação da Agência para deferir pedidos individuais de fornecimento do medicamento, de forma a invadir e invalidar a decisão da seara técnica e científica da Agência Reguladora. Nada impede, porém, que o particular ingresse com ação judicial com vistas a questionar esse indeferimento, o que será analisado de forma individual, técnica e específica pelo judiciário.

Do dever de o medicamento possuir registro junto a renomados órgãos ou agências de regulação no exterior

Vale-se aqui, do conhecimento científico universal, pois a aprovação do fármaco (ainda não registrada no Brasil) em países que possuem sistemas de vigilância sanitária sérios e respeitados fora do país mitiga os riscos à saúde envolvidos no seu fornecimento a pacientes por determinação judicial e é um fato determinante para essa concessão.

É preciso, porém, ressaltar que se trata aqui de uma situação excepcional, justificada pela mora irrazoável e injustificada da Anvisa, sendo a Agência Reguladora brasileira de forma incontestável primordial para a efetivação de todos os procedimentos reguladores de drogas no país.

Da necessidade de inexistência de substituto terapêutico registrado na Anvisa para o tratamento da doença do paciente

Conforme amplamente abordado, pretende-se com estes requisitos priorizar as decisões tomadas na esfera administrativa pela Agência Reguladora em questão, de forma que o judiciário intervenha o mínimo possível nessa seara. De forma que, recomenda-se a busca um medicamento ou procedimento alternativo voltado para a

mesma enfermidade que já seja legalmente comercializado no país, de forma a se evitar a tomada de decisão pela Anvisa.

Existindo o tratamento ou outra opção satisfatória para o tratamento da doença com o devido, o Poder Judiciário não pode compelir o Poder Público a importar o fármaco pedido pelo paciente, mesmo quando os graus de eficácia dos tratamentos não sejam idênticos.

Do polo passivo das ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa

A Lei nº 9.782/1999 instituiu o sistema nacional de vigilância sanitária e atribuiu à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), autarquia federal sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde, a competência para exercer a vigilância sanitária de medicamentos (art. 8º, § 1º, I). Portanto, como a Agência integra a estrutura da Administração Pública Federal, não se pode permitir que Estados e Municípios (entes federativos que não são responsáveis pelo registro de medicamentos) sejam condenados a custear tais prestações de saúde quando eles não têm responsabilidade pela mor da Agência, nem têm a possibilidade de saná-la.

Esse entendimento – vale dizer – não conflita com a decisão proferida no RE 855178 (ainda pendente de julgamento de embargos de declaração), em que o Plenário do STF reiterou sua jurisprudência quanto à responsabilidade solidária dos entes federados para fornecimento de tratamento médico aos necessitados. Isso porque ambas as decisões têm fundamentos diversos. O fundamento utilizado no recurso extraordinário para se concluir pela solidariedade foi a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde (art. 23, CF/1988). Diversamente, no presente caso, está em questão a hipótese de mora administrativa na concessão do registro, atribuída unicamente à Agência federal.

Desse modo, quando se tratarem especificamente de ações judiciais que envolvam medicamentos não registrados na Anvisa, o polo passivo deve ser composto necessariamente pela União, de modo a que a demanda deverá ser proposta perante a Justiça Federal.

A judicialização excessiva de demandas por fornecimento de medicação e a importância da decisão do STF

O acesso ao judiciário para garantir o direito à saúde é uma das formas de se garantir efetividade à Constituição Federal. Os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno,

comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

No entanto, o que era para ser uma solução mais eficaz para sanar a necessidade do povo face a possível ineficiência estatal, tornou-se um problema pela quantidade excessiva de judicialização e de intervenção na Administração Pública. Assim, nos dizeres do Ministro Marco Aurélio em seu voto no Recurso Especial 657718 / MG:

O sistema, no entanto, apresentou sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos (STJ, 2019, on-line).

Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuismo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas.

Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar a não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da população, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.

Uma decisão de repercussão geral que limita a intervenção do Poder Judiciário e traça parâmetros para a concessão judicial de medicamentos, sem com isso deixar

de dar assistência aos casos de necessária apreciação, é uma evolução no que tange a regularidade e o equilíbrio entre o judiciário e a Administração Pública.

Além disso, com a decisão garante-se mais efetividade na prestação jurisdicional, de forma que, aqueles que buscam o judiciário para resolução de demandas com esse viés, tenham seus interesses atendidos, ou pelo menos analisados, de forma mais eficaz, plena e célere.

Há de se ressaltar ainda, que o equilíbrio econômico e financeiro para a Administração Pública é maior, uma vez que deixa de se exigir um gasto estratosférico com demandas que não se encontravam no planejamento desta.

Dessa forma, a discussão a respeito do tema foi de extrema importância para os demandantes, para o judiciário e para a Administração Pública, de forma que se colocou um “ponto final” à uma questão que vem sendo motivo de debates há anos no Brasil.

Conclusão

O presente artigo tratou de forma detalhada a respeito da decisão da Suprema Corte no Recurso Especial 657718 / MG, onde se definiu parâmetros para a concessão judicial de medicamentos não registrados pela Anvisa.

Em suma, a decisão definiu a impossibilidade absoluta da concessão judicial de mediação em fase experimental, ou seja, aquelas que ainda não passaram por todos os testes e etapas cientificamente necessárias para a comprovação de sua eficácia e seus efeitos.

O acórdão também estabelece que a única possibilidade de concessão de drogas sem o registro sanitário se dá em caso de mora injustificada da Agência Reguladora em deferir ou indeferir o registro no País. No entanto, mesmo diante desses casos, devem ser cumpridos três requisitos para a permissão judicial, qual sejam: o medicamento deve ter sido submetido previamente a registro no Brasil, o medicamento deve possuir registro junto a renomados órgãos ou agências de regulação no exterior e, por fim, não deve existir substituto terapêutico registrado na Anvisa para o tratamento do paciente/demandante.

Além disso, a decisão também fixou a competência da Justiça Federal para julgar os casos em que se demanda por medicamentos não registrados na Anvisa, uma vez que a Agência Reguladora integra a Administração Pública Federal, de forma que a ação deverá sempre ser movida em face da União.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal pôs fim à uma questão que se pendurava por anos em nosso país, tratando do tema com a seriedade que o seu conteúdo exige para a benesse da população, da Administração Pública e do próprio judiciário.

Frisa-se que a decisão é um importante passo para a redução da judicialização de questões acerca de medicamentos que se tornou deveras excessiva nos últimos anos e resultou em uma série de conflitos de interesses entre o direito particular e o direito coletivo, bem como entre o judiciário e a Administração Pública.

Assim, com a repercussão geral da decisão, a previsão é que nas instâncias inferiores o número de casos entorno dessa questão diminuam e, assim, seja garantida maior efetividade ao provimento jurisdicional para que o direito constitucional à saúde seja garantido de forma plena, sem que com isso seja afetado o direito coletivo. Também para que seja garantida a independência e a harmonia entre os Poderes.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Especial 657718/MG. Recorrente: Alcirene de Oliveira. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator(a): Min. Marco Aurélio, 22/05/2019, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>. Acesso em: 20 mai. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF, Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976**. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Brasília: DF, Presidência da República, [1976]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm. Acesso em: 21 mai. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 8.077, de 14 de agosto de 2013**. Regulamenta as condições para o funcionamento de empresas sujeitas ao licenciamento sanitário, e o registro, controle e monitoramento, no âmbito da vigilância sanitária, dos produtos de que trata a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, e dá outras providências. Brasília: DF, Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8077.htm. Acesso em 21 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.782 de 26 de janeiro 1999.** Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Brasília: DF, Congresso Nacional, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm. Acesso em 23 mai. 2021.

O REFLEXO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO PERÍODO DA COVID-19

MARIA BETH FROZ MARQUES:

Acadêmico do curso de Direito pelo
Centro Universitário Luterano de
Manaus – ULBRA

CLAUDIA MARIA NOBRE LISBOA¹⁴¹

RESUMO: Este artigo aborda o tema o reflexo da violência no período da Covid-19, e descreve como as leis estão amparando as vítimas em um período complexo em que as vítimas precisam conviver mais tempo sobre o mesmo teto que o agressor. Atualmente é a lei nº 11.340/2006 conhecida como lei Maria da Penha que serve de amparo para mulheres que são vítimas de violência, e como reforço a Lei complementar nº 13.104/2015. Esta lei torna a pena mais severa para o agressor de mulheres, pois inclui o crime de feminicídio no rol dos crimes hediondos. Sabe-se que mesmo com estas leis em vigor o número de crimes aumentou de forma exorbitante em período de isolamento social sugerido pela Organização Mundial de Saúde.

PALAVRAS – CHAVE: Violência Doméstica. Isolamento Social. Feminicídio. Tipos de violência.

INTRODUÇÃO

A violência doméstica é uma prática cruel que há muitos anos vem operando dentro de muitos lares, antigamente era mais difícil ter apoio tanto jurídico quanto da sociedade, pois era uma linhagem patriarcal que imperava, a maioria dos homens definiam as mulheres como suas propriedades e elas tinham que servi-los exatamente como lhe era ordenado. Atualmente muita coisa mudou, as mulheres possuem mais autonomia para tomar decisões, depois de muitos anos reivindicando igualdade nos direitos algumas conquistas importantes surgiram, como a aprovação das leis nº11.340/2006 conhecida como lei Maria da Penha e a Lei nº13.104/2015, que vem ajudando no enfrentamento ao crime contra mulheres.

Apesar de inúmeros esforços para amenizar os crimes, após o surgimento do vírus Covid-19 descoberto na China no fim de 2019, foi necessário o isolamento social sugerido pela (OMS) Organização Mundial de Saúde. Por este motivo o número de casos que envolvem violência familiar e feminicídio aumentou de forma exorbitante. O motivo desse aumento é porque a vítima precisa passar mais tempo sobre o mesmo teto que o agressor.

¹⁴¹ Coordenadora do curso de Direito no Centro Universitário Luterano de Manaus – ULBRA

É extremamente importante enfatizar a importância das leis para amparar as vítimas, pois a violência opera em vários lares, independente de status social, cor ou idade, a única diferença é que algumas mulheres não relatam as agressões sofridas para manter a imagem na íntegra, principalmente se for popular nas redes sociais.

Não denunciar as agressões encoraja mais o agressor continuar com as violências, muitas mulheres perderam a vida porque não registraram ocorrência, e também algumas morreram mesmo sobre medida protetiva, esta medida não é suficiente para garantir a sobrevivência de quem vive sobre constante ameaça.

1. O ISOLAMENTO SOCIAL E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

O lugar onde se habita costuma ser o ambiente mais aconchegante para ficar depois de um dia de trabalho, mas com o isolamento social a maioria das pessoas ficou inquieta dentro de casa por várias razões. Uma delas foi pela saudade dos familiares e amigos de grupo de risco, outro fator foi por ser impedido de sair para trabalhar, e ainda ter que lidar com a incerteza de quando tudo voltaria ao normal.

O fato de muitas pessoas ficarem sem nenhuma fonte de renda, pagando aluguel, com filhos para sustentar e muito tempo sobre o mesmo teto acabou aumentando os conflitos dentro de casa, em muitas famílias a renda para suprir as necessidades da casa vem apenas do companheiro, pois as mulheres geralmente ficam em casa cuidando dos filhos. E quando o companheiro é agressivo e fica muito tempo com a vítima a tendência é ser mais violento.

Infelizmente milhares de vidas foram ceifadas com a propagação do vírus Covid-19, popularmente conhecido como Corona, uma das maiores crises sanitária que a humanidade já sofreu, fato que foi o maior destaque nos jornais por um longo período, e por trás de tantas mortes noticiadas pelos meios de comunicação existem outras mortes que não estão sendo destaque, como o crime de feminicídio. No início de 2020, na última semana do mês de março iniciaram as restrições de circulação de pessoas no intuito de evitar a propagação da doença, logo em seguida o número de denúncias feito pelo disk 180 começou a disparar. Em comparação ao ano de 2019, os números aumentaram 40% nos primeiros meses de 2020.

2. APOIO JURÍDICO

Em uma sociedade em que muitas pessoas ainda alimentam o estereótipo que mulher é frágil e compactuam com a ideia que lugar de mulher é pilotando fogão, e que homem não pode expor seus sentimentos em forma de choro, essas pessoas tornam a jornada mais longa para se chegar ao respeito mútuo entre a diferença dos

gêneros. Foram muitas reivindicações, muitos gritos de socorro silenciado, e finalmente as mulheres ganharam a oportunidade de registrar uma ocorrência em delegacias e contar com apoio jurídico.

Em 1985, foi criado o Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres, seguindo as iniciativas estaduais de São Paulo e Minas Gerais. [...] Da primeira Delegacia Especializada de Atenção à Mulher, criado em São Paulo, em 1985, passa-se a mais de 300 delegacias especializadas por todo o país no ano de 2000. (ZANOTTA, 2004,p. 193).

A violência pode ocorrer em vários ambientes, não apenas dentro de casa por pessoas mais próximas. Pode ocorrer no trabalho, na escola, em locais públicos, e por esta razão é necessário que o estado disponibilize meios para que a vítima possa conseguir apoio o mais breve possível.

No ano de 2014 dia 17 de dezembro, um projeto de Lei nº 13.104 do Senado, publicado dia 9 de março de 2015 alterou o artigo 121 do Código Penal. O homicídio qualificado passou a ser feminicídio, e também ocorreu alteração no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990.

Com a mudança, o artigo do código repressivo passou a ser conforme segue:

"Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.[...]

Feminicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

[...]

Pena - reclusão, de doze a trinta anos. [...]

§ 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. (BRASIL, 1940)."

É considerado feminicídio o assassinato de mulheres, quando envolve menosprezo ou discriminação ao sexo feminino e envolve violência doméstica e familiar conforme esmiuçado dentro do artigo 121. Vale ressaltar que as leis não são preventivas, elas servem para punir os agressores. Na maioria dos casos a prevenção dos crimes precisa partir da atitude da vítima, relatando as agressões logo que iniciarem e se afastar do agressor o mais breve possível.

2.1 LEI MARIA DA PENHA

A Lei nº11.340 sancionada dia 07 de agosto de 2006, é conhecida popularmente como Lei Maria da Penha. Ela foi criada especificamente para tratar de casos de violência doméstica e familiar, o intuito é punir quem cometer algum tipo de crime contra as mulheres e proporcionar instrumentos adequados para enfrentar um problema que atinge milhares de mulheres. Maria da Penha Maia Fernandes foi uma das pioneiras em busca de justiça para os crimes contra as mulheres, ela sofreu diversas agressões bárbaras pelo seu próprio companheiro. Em 29 de maio de 1983 a farmacêutica sofreu a primeira tentativa de assassinato pelo companheiro, o colombiano e economista Marco Antonio Heredia Viveros. Em uma madrugada ele disparou um tiro enquanto sua companheira dormia e ela ficou paraplégica, na segunda tentativa de assassinato ele tentou eletrocutá-la no banho, na época as vítimas não tinham apoio jurídico específico para punir a violência de gênero como tem atualmente. E por esta razão Maria da Penha insistiu por justiça 19 anos e seis meses para que seu agressor fosse preso, a persistência em busca de justiça serviu de amparo para inúmeras mulheres que hoje buscam as leis.

Apesar da lei Maria da Penha estar em vigor, muitos agressores não se intimidaram e as denúncias em período de isolamento social cresceram de forma exorbitante, mas apesar muitas vítimas não puderam registrar as agressões nas delegacias porque teriam que voltar pra casa e continuar sobre o mesmo teto que o agressor. As alterações continuam no intuito de imprimir maior rigor para proteger as mulheres que sofrem com a violência doméstica e familiar.

Conforme (Wânia Pasinato, 2017, p.17), *“o legado e a ampla efetivação da Lei Maria da Penha são imprescindíveis para o enfrentamento do feminicídio. E é a própria Lei Maria da Penha que traz seis pontos fundamentais para evitar o feminicídio íntimo”*:

A maioria dos crimes de feminicídio é praticado por pessoas que convivem com a vítima ou já conviveu, que sabe da rotina, onde trabalha, onde mora e por esta razão infelizmente a vítima fica mais vulnerável a sofrer algum tipo de agressão. São inúmeros os relatos de mulheres que foram mortas pelo ex-companheiro, a maioria não aceita o fim do relacionamento e por acharem que a mulher é sua propriedade acabam ceifando a vida da mulher para impedir que ela tenha a oportunidade de recomeçar uma nova família, uma atitude cruel e machista que vem operando na sociedade por muitos anos. Devido o crescimento desenfreado de crimes de feminicídio, foi criada uma lei complementar nº13.104/2015 que inclui o assassinato de mulheres no rol dos crimes hediondos.

De acordo com a Carta Magna: as leis serão aplicadas conforme abaixo:

Art. 1º O art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

Homicídio simples Art. 121.

Homicídio qualificado § 2º

Feminicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

§ 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.

Aumento de pena

§ 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)

Art. 2º O art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte alteração:

"Art. 1º

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, I, II, III, IV, V e VI);

....." (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação."

Seria plausível se as leis em vigor fossem usadas para punir a todos os que praticassem crimes contra as mulheres de acordo com as descrições da lei, mas sabe-se que na prática não funciona. Nota-se que quanto maior for o poder aquisitivo do agressor, maior será também a impunidade, e não é só o poder aquisitivo que manuseia a impunidade em alguns casos, há também alguns delegados e juízes que julgam o caso a favor do agressor, mesmo com provas concretas das agressões.

2.2 LEI nº 13.827/19

A Lei Maria da Penha vem sofrendo alguns ajustes, a mais recente foi a Lei nº 13.827 sancionada dia 13 de Maio de 2019. Esta nova Lei simplifica o acesso até a vítima que tem mais dificuldade em ir até uma delegacia solicitar apoio jurídico, como as que moram em municípios que não são sedes de comarca, para estes casos o policial tem a autoridade, quando não tiver delegado disponível no momento da denúncia para retirar o agressor de dentro da casa da vítima imediatamente, caso ela esteja correndo risco de morte.

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

Art. 2º O Capítulo III do Título III da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 12-C:

“Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

*§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do **caput** deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.*

§ 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso."

Art. 3º A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 38-A:

"Art. 38-A. O juiz competente providenciará o registro da medida protetiva de urgência.

Parágrafo único. As medidas protetivas de urgência serão registradas em banco de dados mantido e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, garantido o acesso do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos de segurança pública e de assistência social, com vistas à fiscalização e à efetividade das medidas protetivas."

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Outro ponto importante para ser destacado é que esta nova lei permite que o Conselho Nacional de Justiça tenha acesso ao processo, isso facilita a fiscalização referente às medidas protetivas. Sabe-se que nem sempre essas medidas trazem segurança para as vítimas, em alguns casos o agressor passa a perseguir a vítima quando é retirado do lar e obrigado pela justiça a manter distancia.

3 INICIO DAS AGRESSÕES

Nem sempre as agressões que as mulheres sofrem são físicas, existem outros tipos de agressões que são consideradas crimes de acordo com a Lei nº1.340/2006, são elas: Física, moral, sexual, psicológica, patrimonial e moral.

*Conforme nos diz Vania Passinato (Jornal da USP, 21/11/2017):
"Nem toda violência de gênero é crime. Contudo, não minimiza sua gravidade e a importância de haver medidas de responsabilização para quem as pratica. Requerem também medidas para reparação e proteção para quem sente seus direitos violados e medidas de prevenção para que esses comportamentos não se repitam."*

Algumas vítimas insistem em relacionamentos abusivos com a esperança que o agressor mude suas atitudes, mas em muitos casos as agressões pioram cada vez mais. Em alguns casos a vítima não notou nenhum indício de que estaria se envolvendo com um agressor, pois no início do relacionamento geralmente não demonstra totalmente

sua personalidade, após algum tempo começa a ficar insatisfeito com algumas atitudes que eles julgam desnecessário para mulheres. Os motivos são vários, na maioria são consideradas torpes algumas mulheres já sofrem agressões, tanto verbal quanto física pelo simples fato de não esquentar o jantar do marido, ou mesmo de lavar a louça.

3.1 TIPOS DE CRIMES

Todo dia acontece algum tipo de crime contra a mulher em algum lugar, seja dentro do seio familiar, na rua, no trabalho, na faculdade ou até mesmo em vias públicas. Muitas mulheres não registram os crimes por vergonha ou por medo, e isso dificulta a identificar o agressor e impedir que ele faça novas vítimas e até evitar a morte. Conforme esmiuçado na Lei Maria da Penha as agressões são:

I. Violência física: agressões por tapas, sacolejos, chutes e outras condutas que atinge a saúde, tanto mental quanto corporal.

II. Violência psicológica: o agressor causa opressão contra a mulher que cause desanimo, vergonha, tristeza e ainda a impeça de seguir ritos religiosos, usar determinado tipo de roupas e tenta controlar o que a mulher faz e o que fala.

III. Violência sexual: Quando forçada a fazer sexo, ou assistir conteúdos exóticos sendo forçada até a assistir ou participar de relação com mais de um parceiro.

- **Estupro** Quando é obrigada a ter relações sexuais, inclusive no casamento pode ser considerado estupro, caso a mulher esteja sendo obrigada.
- **Obrigar** a realizar atos que sejam considerados eróticos.
- **Impedir** forçar a mulher abortar ou não deixar tomar remédio para evitar a gravidez.
- **Forçar** casamento ou oferecer algo em troca de sexo, forçar uma gravidez, fazer se prostituir ameaçando a vítima com chantagem ou outra forma que a deixe coagida.
- **Limitar ou anular** qualquer direito sexual que sejam considerados reprodutivos.

IV. Violência patrimonial: Quando o agressor tenta reter todos os bens da mulher, ou ameaça reter todos os objetos de valores.

V. Violência Moral : Qualquer conduta que seja configurada como calúnia, difamação ou injúria."

Algumas vítimas omitem as agressões porque dependem financeiramente do companheiro ou não possuem nenhum tipo de apoio de amigos ou familiar. Conforme as descrições dos tipos de crimes, percebemos que não é somente agressão física, mas existem outras formas de uma mulher ser agredida em seu cotidiano. Infelizmente nem todas conhecem seus direitos e continuam a sofrer em silêncio.

3.2 AS CONSEQUÊNCIAS DO SILÊNCIO

Omitir as agressões nunca foi a melhor opção, todas as vezes que a vítima deixa de registrar o Boletim de Ocorrência contra seu agressor é uma forma de encorajá-lo a cometer mais agressões, independente de qual seja o tipo de crime, é extremamente importante relatar o ocorrido, caso não tenha coragem de ir até uma delegacia pode buscar apoio com os familiares ou amigos.

O isolamento social repentino trouxe inúmeras complicações para todas as esferas sociais, afetando a saúde física e mental de milhares de pessoas. E ainda, a complicação na vida de muitas mulheres que tiveram que compartilhar o mesmo teto com seu agressor e não poder sair de casa para relatar o fato.

4 LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA

Apesar do argumento legítima defesa da honra não existir dentro do ordenamento jurídico brasileiro, muitos agressores de mulheres foram absolvidos usando essa tese. Em Minas Gerais um homem agrediu a ex-mulher desferindo golpes de faca por ciúmes, após ser preso ele alegou que perdeu a cabeça porque estava desconfiando que estivesse sendo traído.

Em 2017 o réu foi a júri popular e foi absolvido das acusações, seu advogado de defesa usou a "legítima defesa da honra" em favor de seu cliente conforme seu enunciado abaixo.

"Ela era a mulher dele e estava fazendo "sacanagem" com ele. Não tinha necessidade de (ele) fazer isso. Mas fez, o que é que vai fazer? Mas ela fez um curativo no hospital e foi embora para casa. É uma história entre marido e mulher. Aleguei legítima

defesa da honra. O sujeito confia na pessoa e ela sai para fazer uma coisa...Ele ficou aborrecido, se sentiu desonrado",

Em pleno século XXI o advogado sustenta um argumento em favor do réu usando palavras chulas a respeito de uma mulher que teve o seu direito de ir e vir violado. É importante ressaltar que a mulher não é propriedade do sujeito, não é um objeto comprado e que pode decidir se ela pode viver ou não.

Assim como o ditado popular que diz "em briga de marido e mulher não se mete a colher" não funciona mais na prática, o argumento "legítima defesa da hora" também deixa de existir.

Em março de 2021, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou por unanimidade que a tese "legítima defesa da honra" não pode ser usada para colocar em liberdade quem pratica crimes contra as mulheres. Assim reconhece que o Estado não pode permanecer omissa a tantos casos de agressões e mortes praticadas contra mulheres, e também por violar os direitos constitucionais da pessoa humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos que violência contra mulheres é na maioria das vezes causadas por companheiros ou ex-companheiros, e em período de isolamento social sugerido como medida de urgência pela Organização Mundial de Saúde devido ao avanço desenfreado do Covid-19, o número de denúncias disparou. Para as mulheres que já conviviam com agressões, com mais tempo sobre o mesmo teto que o agressor ficou mais crítico.

A violência acontece em todas as esferas sociais, mas a maioria dos casos registrados as vítimas são negras e não possuem poder aquisitivo. Muitas chegam a realizar a denúncia contra o agressor, mas não continuam com o processo porque dependem financeiramente. Independente se a agressão for verbal ou física, seja no rol familiar ou não, a violência contra a mulher é desumana e cruel e viola os direitos constitucionais. É necessário que a sociedade seja participativa na contribuição para sanar o estereótipo enraizado que ainda atua fortemente, que é o discurso e atitude machista. A linhagem patriarcal insiste em sustentar com naturalidade que a agressão contra as mulheres é uma forma de demonstrar que as mulheres precisam ser omissas aos seus companheiros. A realidade não é dessa forma, o respeito entre homens e mulheres precisa ser mútuo.

REFERENCIAS

ALTERAÇÕES NA LEI MARIA DA PENHA. Disponível em:
<https://blog.grancursosonline.com.br/a-lei-maria-da-penha-lei-no-11-340-de-2006-e-suas-recentes-alteracoes/>

ADORNO, Sérgio e ALBUQUERQUE, Otávio. Estudo das ocorrências de homicídio no fluxo do sistema de justiça criminal. Relatório Final de Pesquisa. Pesquisa Estudo da Impunidade Penal. Município de São Paulo, 1988. Núcleo de Estudos da Violência-NEV/USP, 2003.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Senado Federal. Brasília: Senado; 1988.

BRASIL. **Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República**. Balanço dos atendimentos realizados em 2015 pela Central de Atendimento à Mulher – Disque 180. Brasília, DF, 2015. Disponível em:
<<http://www.spm.gov.br/assuntos/violencia/ligue-180-central-de-atendimento-amulher/balanco1sem2015-versao-final.pdf>>.

Maria da penha sobrevivente. Disponível em:
<https://catracalivre.com.br/cidadania/maria-da-penha-uma-mulher-que-sobreviveu-na-luta/>

O SILÊNCIO delas encoraja a eles - > disponível em
<http://www.espiritosantonoticias.com.br/feminicidio-o-silencio-delas-encoraja-a-eles/>.

PREVENÇÃO a violência contra a mulher - > disponível em
<https://agenciapatriciagalvao.org.br/tag/wania-pasinato/?print=pdf-search>

STF PROÍBE POR UNANIMIDADE O USO DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA
Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia>

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER EM PERÍODO DE PANDEMIA. Disponível em:
<https://www.istoedinheiro.com.br/violencia-contr-a-mulher>

<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/cidades/stf-mantem-absolvicao-de-homem-que-tentou-matar-a-ex-mulher-e-alegou-legitima-defesa-da-honra>

A INCONSTITUCIONALIDADE DE UM PROJETO DE LEI COMO AFRONTA À MEMÓRIA COLETIVA: ESTUDO DE CASO DA BIOGRAFIA NEGLIGENCIADA DE MONSENHOR LUIZ, DESTERRO DE ENTRE RIOS – MG

VAGNER LUCIANO DE ANDRADE: Guia de Turismo Regional e Nacional (SENAC/MG). Educador e Mobilizador da Rede Ação Ambiental. Pesquisador em Patrimônio Cultural, com formação inicial em Geografia (UNIBH/MG) e História (UNICESUMAR/PR), Pesquisador em Patrimônio Natural, com formação inicial em Ciências Biológicas (FIAR/RO) e Gestão Ambiental (UNICESUMAR/PR).

ANTÔNIO DE PAIVA MOURA¹⁴²

(coautor)

RESUMO: No mês em que se comemorou o centenário de nascimento de Monsenhor Luiz, em 14 de outubro de 2008, foi criado o Projeto CANDEIAS, um movimento da comunidade desterrense, tendo por principal objetivo lutar de forma indireta e independente pela questão social, educacional, cultural e ambiental no município de Desterro de Entre Rios – MG. E assim, o pequeno grupo que o compunha apresentou o primeiro projeto: “Centenário do Padre Luiz”, cuja homenagem em sua memória foi apresentada como Projeto de Lei Estadual. Mas a história demorou muito tempo e não deu certo. Neste contexto, o artigo analisa como o veto legislativo como afronta à memória coletiva através do estudo de caso da biografia negligenciada do respectivo religioso de Desterro de Entre Rios, apontando os registros que a inviabilizaram durante a tramitação.

PALAVRAS-CHAVE: Cultura, Legislação, Memória, Patrimônio, Religiosidade.

ABSTRACT: In the month in which the centenary of Monsignor Luiz's birth was celebrated, on October 14, 2008, the CANDEIAS Project was created, a movement of

¹⁴² Graduado em História (FAFIBH/MG), especialização em Arte e Cultura Mineira (UEMG/MG) e mestrado em História (PUC/RS).

the deterrent community. and environmental in the municipality of Desterro de Entre Rios - MG. And so, the small group that composed it presented the first project: "Centenário do Padre Luiz", whose homage in its memory was presented as a State Law Project. But the story took a long time and it didn't work out. In this context, the article analyzes how the legislative veto as an affront to collective memory through the case study of the neglected biography of the respective religious of Desterro de Entre Rios, pointing out the records that made it unfeasible during the process.

KEYWORDS: Culture, Legislation, Memory, Heritage, Religiosity.

INTRODUÇÃO

Em 2008, na municipalidade de Desterro de Entre Rios, a 161 quilômetros de Belo Horizonte iniciava-se a elaboração de ações e fases em memória do centenário de nascimento do Monsenhor Quintino dos Santos, figura ativa na comunidade. Era uma iniciativa do Projeto CANDEIAS / Rede Ação Ambiental, um movimento da comunidade desterreense criado tendo por principal objetivo lutar de forma indireta e independente pela questão social, educacional, cultural e ambiental no município de Desterro. Em 14/10/2008, seu regimento interno encontrava-se em fase de elaboração e o pequeno grupo que o compunha confabulavam acerca de várias propostas de cunho socioambiental que seriam devidamente planejadas e encaminhadas dentro do possível. O principal projeto que já se encontrava em fase de elaboração era o "Centenário de Nascimento de Padre Luiz", comemorado em outubro. Através de múltiplos fragmentos da história desterreense: desde a oralidade, a objetos litúrgicos e pessoais, bem como fotografias empreendeu-se um projeto de mobilização pelo religioso, com vistas à manter viva sua presença na história local. De posse de fotografias, documentos ainda preservados e relatos orais montou-se uma pequena biografia do líder político, social e intelectual e religioso que faz parte da história, bem como iniciou-se a catalogação do pequeno acervo para fins de conservação e exposição museológica. Estava prevista uma missa comemorativa em homenagem ao centenário e a história de vida de Monsenhor Luiz, onde seria distribuído à comunidade local um panfleto comemorativo do respectivo nascimento.

Buscou-se orientações técnicas com museólogos em Belo Horizonte e o próximo passo seria a guarda e responsabilidade pela preservação do material ainda existente na secretaria paroquial da Matriz de Nossa Senhora do Desterro, que seria solicitado à Diocese de Oliveira. Várias propostas de cunho socioambiental foram devidamente planejadas e encaminhadas dentro das possibilidades existentes como

museu, livro, exposição fotográfica, nomeação de avenida, criação de praça, criação de distrito e encaminhamentos foram sendo direcionados para os poderes legislativos, estadual e municipal. Um deles foi um projeto de lei que tramitou na Assembleia Legislativa de Minas Gerais e que resultou em frustração profunda. Assim, além de apresentar um breve estudo de caso da biografia negligenciada de Monsenhor¹⁴³ Luiz, pároco em Desterro de Entre Rios – MG, o presente trabalho destina-se a analisar o veto legislativo¹⁴⁴ como afronta à memória coletiva. Passados doze anos, agora até agora nada mudou.

A missa¹⁴⁵, desde a Idade Média, tem a função primordial de reunir a comunidade. Ou seja, promover a união dos indivíduos dispersos do grupo, que se congregam no momento da celebração. A missa pretende educar os indivíduos, a busca do saber viver em sociedade. O aprendizado se realiza com a interpretação dos símbolos. A missa é uma manifestação artística que visa a comunicação entre as pessoas e a divindade. O fato de o sacerdote misturar água com o vinho significa que a humanidade está indissolivelmente misturada com a divindade. As divergências na luta diária provocam desconforto, enquanto a convergência no culto religioso proporciona momentos de conforto. Amar ao próximo como a si mesmo, pode ser um ideal inatingível, mas é um apelo positivo no sentido da coexistência pacífica. A comunhão é a parte mais significativa da missa, porque o fiel se sente amparado pelos demais irmãos, uma sensação de fortaleza. As oferendas da missa representam a grandeza de doar a Deus e receber em troca as graças divinas. As necessidades humanas são colocadas em evidência, começando com o pão de cada dia.

143 ADMINISTRAÇÃO ECLESIASTICA (título honorífico concedido pelo papa àqueles que exercem determinados ofícios eclesiásticos como, p.ex., camareiros, prelados etc. e tb. a sacerdotes que vivem em outros países.) Fonte:

144 Proibição, corte, anulação, discordância

145 Devido aos p processos de batismo e sepultamento nas igrejas matrizes, nos anos iniciais da colonização brasileira é importante perceber como os templos acabaram se tornando fundamentais no que se refere à coleta e contabilização dos dados populacionais. As secretarias paroquiais juntavam dados censitários, atribuição hoje feitos pelo IBGE. Na casa paroquial e nas igrejas arquivavam-se os registros referentes à quantidade de nascimentos (batismo), casamentos, bem como óbitos (sepultamentos). Naquela época devido à posição social algumas pessoas eram sepultadas no interior das igrejas e outras no adro das mesmas.

Diz Jung (1979, p. 27146) que a consciência humana, que é representada pela comunidade e pelo sacerdote, se acha diante de um acontecimento divino, autônomo no qual o homem é apenas um instrumento que representa. Como ator, o homem se coloca à disposição de um agente que está acima da consciência. A beleza da ação cultual é requisito indispensável, pois o homem não servirá a Deus corretamente se não servir com a beleza. Da mesma forma como o homem é um instrumento no ato da missa, ele é incapaz de compreender o milagre da transubstanciação. A divisão de Deus em divindade e humanidade e seu retorno a si mesmo no ato sacrificial constituem para o homem o ensinamento consolador de que em suas trevas está escondida uma luz que retorna à sua fonte.

Jung diz que o conteúdo simbólico da missa o antecede, isto é, diversos rituais da Antiguidade são anteriores ao cristianismo. A missa, portanto é herdeira de tradições muito antigas e de partes diferenciadas no mundo, relacionando sacrifício e comunhão, isto é, união entre pessoas. As substâncias que simbolizam o sacrifício na missa são muito estimados, desde tempos muito remotos. O pão e o vinho não só constituem alimentos perfeitos da humanidade. Representam um determinado desempenho cultural que consiste na atenção, na paciência, no devotamento, no trabalho árduo. "O pão de cada dia" significa a preocupação do homem com a conservação da vida. Como nem só de pão vive o homem, o vinho é complemento que alegra.

Nenhuma outra categoria social se identifica tanto com a simbologia do ritual da missa quanto o camponês, especialmente, o agricultor. Começa pelas oferendas simbolizadas pelo vinho e pelo pão, revestidas nos produtos agrícolas. O pão e o vinho simbolizam a própria vida humana. Pode-se imaginar o quanto era difícil compreender a celebração da missa em latim com o sacerdote de costas para os fiéis, até a década de 1960. A consagração do pão e do vinho é um momento muito importante para o camponês, porque o que sai da terra e de suas mãos passa a ser sagrado. Da mesma forma, a comunhão, para o solitário agricultor é momento de reunião do que estava disperso, longe e incompreensível, indecifrável. Para Jung (1979) o símbolo do trigo e do vinho apresenta quatro sentidos: o primeiro é como produtos agrícolas. O Segundo é o longo processo que vai desde o cultivo do trigo até a fabricação da farinha. O terceiro é a energia e a razão humanas. O quarto é o mana dos vegetais. Os homens

146 JUNG, Carl Gustav. *Os símbolos da transformação na missa*. Tradução de Dom Mateus Ramalho Rocha. Petrópolis: Vozes, 1979.

simples, agricultores, criadores de animais, extrativistas de frutos silvestres e de minerais estão ligados à simbologia da missa.

A oblação do pão significa a santificação da carne ou purificação dos corpos imperfeitos. Jung cita que o que a natureza deixou imperfeito, a arte purificou. A missa constitui-se em uma teatralização da vida de Jesus, com recursos estéticos nos gêneros da música, da dramaturgia, da oratória, da arquitetura, das artes plásticas, da literatura e da história. Constitui-se na quase única manifestação acessível aos camponeses. A missa, por mais repetitiva que seja, é bela e impressiona em toda a sua liturgia. Além disso, a missa representa para os camponeses a possibilidade de afirmar-se como pessoa civilizada que se coloca ao lado de seus semelhantes na mesma nave de um templo. Em uma só voz pronunciam as orações determinadas pelos oficiantes, sendo catártico o seu efeito, isto é, alivia as tensões da vida diária. Na incensação das oferendas e do altar, o sacerdote faz três sinais da cruz com o turíbulo. A fumaça perfumada leva as orações ao alto e ao mesmo tempo torna o local inadequado aos maus espíritos.

Em 1818, quando Saint-Hilaire viajou pela paróquia de São José del Rei, atual Tiradentes, observou que havia um motivo muito forte para que os camponeses assistissem missa periodicamente, nas vilas próximas às fazendas. Os camponeses viviam isolados nas fazendas, sem orientação religiosa e sem estudos, tendendo a constante degradação. Tinham medo de almas penadas, superstições e desvios nas condutas de vida eram constantes. Na maioria dos agricultores, o tempo liberado para frequência ao culto era desviado para diversão como jogo, caça, encontros com prostitutas e bebedeiras

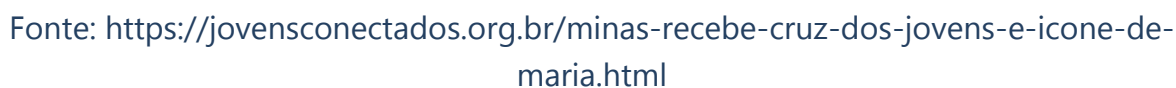
O agricultor Celso do Carmo e Silva, da comunidade de Barreiras, paróquia de Santo Antônio da Vargem Alegre, em entrevista em 2009, diz que 1976 os moradores do lugar decidiram construir uma capela devotada a Nossa Senhora do Carmo, porque no salão de São Vicente que lá existia, só havia missa uma vez por ano. Se os fiéis quisessem assistir missa fora desse espaço de tempo teriam que viajar a cavalo ou a pé, a Bonfim, Vargem Alegre, Brumadinho ou a São José do Paraopeba. O padre Antônio Guilherme Pires da Costa prometeu aos moradores de Barreiras que assim que fosse concluída a capela eles passariam a ter missa uma vez por mês. Por esse motivo a capela foi construída em menos de um ano. Esse fato mostra a absoluta importância da missa para os camponeses.

Em 2012, o senhor José Neto de Medeiros, vulgo Zico do Esídio, de 80 anos de idade, morador no povoado de Jordão, paróquia de Santo Antônio da Vargem Alegre, diz que antes da construção da capela na comunidade, os moradores tinham que percorrer grandes distâncias para assistirem às missas. Na atualidade está bom porque há missa todos os sábados. Se por um motivo qualquer o padre não puder ir celebrar, ele e seus familiares se sentem como pessoas desvalidas, isto é, abandonadas. A presença do padre é motivo de júbilo para os habitantes de Jordão. Em Desterro de Entre Rios na divisa com Piracema, os moradores das comunidades de Tapera de Cima ou Tapera de Baixo, tem que escolher entre as missas na Capela do Sagrado Coração de Jesus, Bom Retiro em Piracema, ou na de São José do Desterro, no Barro Branco, em Desterro. O Mesmo acontece no Limoeiro, onde opta-se por missas na Capela de São Luís, no povoado do Dengo, ou na Capela de Nossa Senhora das Graças, em Pedras de Cavar. Já no Morro Grande também tem que se decidir, ou se assiste missa na Capela do Dengo, ou no Bom Retiro.

1. MONSENHOR LUIZ QUINTINO DOS SANTOS (1908-1987) CONHECIDO COMO “PADRE LUIZ”

Dados estatísticos do censo de 2010 revelam que no meio rural, em Minas, a Igreja Católica perdeu a menor quantidade de fiéis do Brasil. Enquanto em todo o país a queda foi de 9%, no interior de Minas ela foi menor que 5%. No cômputo geral, o catolicismo perdeu em Minas 8,3% dos fiéis, levando-se em conta o resultado da capital e das cidades com mais de duzentos mil habitantes (PARREIRAS, 2012:147). Neste âmbito de significado social da missa Minas Gerais tem seu território dividido em 07 arquidioceses, e 30 dioceses conforme demonstra a ilustração.

Figura 01 - Dioceses de Minas Gerais



Arquidiocese de Belo Horizonte	Diocese de Divinópolis
Arquidiocese de Belo Horizonte	Diocese de Belo Horizonte
Arquidiocese de Belo Horizonte	Diocese de Luz
Arquidiocese de Belo Horizonte	Diocese de Oliveira
Arquidiocese de Belo Horizonte	Diocese de Sete Lagoas

Arquidiocese de Diamantina	Diocese de Almenara
Arquidiocese de Diamantina	Diocese de Diamantina
Arquidiocese de Diamantina	Diocese de Guanhães
Arquidiocese de Diamantina	Diocese de Teófilo Otoni
Arquidiocese de Diamantina	Diocese de Diamantina
Arquidiocese de Juiz de Fora	Diocese de Leopoldina
Arquidiocese de Juiz de Fora	Diocese de São João del-Rei
Arquidiocese de Juiz de Fora	Diocese de Juiz de Fora
Arquidiocese de Mariana	Diocese de Araçuaí
Arquidiocese de Mariana	Diocese de Caratinga
Arquidiocese de Mariana	Diocese de Mariana
Arquidiocese de Mariana	Diocese de Governador Valadares
Arquidiocese de Mariana	Diocese de Itabira-Fabriciano
Arquidiocese de Montes Claros	Diocese de Janaúba
Arquidiocese de Montes Claros	Diocese de Januária

Arquidiocese de Montes Claros	Diocese de Montes Claros
Arquidiocese de Montes Claros	Diocese de Pouso Alegre
Arquidiocese de Montes Claros	Diocese de Paracatu
Arquidiocese de Pouso Alegre	Diocese de Campanha
Arquidiocese de Pouso Alegre	Diocese de Guaxupé
Arquidiocese de Pouso Alegre	Diocese de Ituiutaba
Arquidiocese de Pouso Alegre	Diocese de Pouso Alegre
Arquidiocese de Uberaba	Diocese de Patos de Minas
Arquidiocese de Uberaba	Diocese de Uberlândia
Arquidiocese de Uberaba	Diocese de Uberaba

Fonte: Elaborado pelos autores (2021)

Na conjuntura de religiosos, o credo pode ser libertador ou mesmo aprisionador. Neste contexto, investiga-se aqui, um religioso, numa perspectiva histórica, filosófica, política e sociológica. A ideia é o resgate de biografias no recorte temporal entre o Regime Militar e o século XXI (redemocratização), com destaque para Padre Penido Burnier e outros mortos na militância coletiva e Dorothy Stang, em defesa de sem-terra e da floresta. Figuras notáveis como Álvaro Monteiro de Barros, parente do Barão de Paraopeba e Serafim Fernandes de Araújo, também são biografias a serem visitadas. Tendo como escopo, a influência dos padres no cenário sociocultural das comunidades, o presente trabalho se propõe a relevar de forma breve, a biografia de

um religioso pernambucano radicado no interior de Minas Gerais, e todo seu contexto de influência, política, histórica, cultural e social na comunidade, onde permaneceu desde sua ordenação até a morte. Objetiva-se o resgate cultural junto à sua coletividade, com vistas à preservação de sua memória. Acerca da história de Padre Penido Burnier, a CNBB (2021) afirma que:

O Estado brasileiro reconheceu ontem, 19148, com 33 anos de atraso, que um sacerdote jesuíta assassinado em 1976 por um policial foi vítima de um crime político. Trata-se do padre João Bosco Penido Burnier, baleado na nuca por um policial em outubro de 1976 quando defendia duas mulheres que eram torturadas em uma delegacia de Ribeirão Cascalheira (MT), em plena ditadura militar (1964-1985). Padre Burnier estava na delegacia ao lado do hoje bispo emérito da cidade de São Félix do Araguaia (MT), o espanhol dom Pedro Casaldáliga, que escreveu um livro no qual trata o jesuíta como um mártir. A ata na qual a Comissão Especial para os Mortos e Desaparecidos Políticos do Ministério da Justiça reconhece que Burnier foi uma das vítimas do regime militar foi publicada ontem no “Diário Oficial da União”. Segundo a Comissão, o sacerdote “morreu por causas não naturais em dependências policiais por ter participado ou ter sido acusado de participação em atividades políticas”. O policial que atirou no padre nunca foi processado porque o regime considerou o fato um acidente.

Padre Luiz ou “Luiz Maria Quintino dos Santos” (Foto 02) nasceu numa 4^a feira, 14 de outubro de 1908, em Paulista, estado do Pernambuco. Esta localidade pernambucana, hoje emancipada e integrante da Região Metropolitana do Recife, era nesta época um distrito de Olinda. Era o 12º filho do tecelão José Quintino dos Santos

148 19 de abril de 2010, Hoje Burnier é nome de uma ONG em defesa dos direitos humanos e de escolas em Minas Gerais e Mato Grosso. O sacerdote, nascido em 11 de junho de 1917 na cidade de Juiz de Fora, foi o quinto de nove irmãos, dois dos quais também se dedicaram à vida religiosa, entre eles Vicente Burnier, que foi o primeiro sacerdote surdo do Brasil.

O jesuíta, que se formou em teologia na Pontifícia Universidade Gregoriana em Roma, onde foi ordenado padre em 1946, se destacou por sua atuação no país em defesa dos índios e foi um dos membros do Conselho Missionário Indigenista (Cimi), organismo vinculado à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Nos últimos anos de vida, Burnier trabalhou como missionário em Diamantino (MT), onde cuidava de membros das etnias Bakairi e Xavante, cujas línguas ele conhecia e falava.

e da doméstica Francisca Maria da Conceição. Seus avós paternos eram José Fidélis e Joanna Maria da Conceição e os maternos: Francisco Fagundes e Calorinda Maria da Conceição. Aos oito anos de idade, em 1916, muda-se com a família em busca de melhores condições de vida na capital nacional, Rio de Janeiro iniciando a vida de estudante no Bairro Anchieta, onde fez o curso primário.

Foto 02 – À esquerda, o Seminarista Luiz “Maria” Quintino dos Santos, ao centro, o Padre Luiz Quintino dos Santos, recém ordenado e á direita, Padre Luiz Quintino dos Santos



Fonte: Acervo do Projeto CANDEIAS / Rede Ação Ambiental

Em 1922, aos 14 anos ingressa no Apostolado da Igreja de Nossa Senhora de Nazaré, em Anchieta. Em 1925, com 17 anos filia-se à Ordem Terceira de São Francisco de Assis, da Igreja do Santo Sepulcro, no Bairro de Cascadura. No mesmo ano agrega-se à Congregação Mariana do Santuário do Coração Imaculado de Maria, no Bairro do Meyer. Nesta ocasião sente-se chamado à vida religiosa e tenta por várias vezes ingressar no seminário, porém sem sucesso. Muda-se para Belo Horizonte – MG e torna-se sacristão da Igreja de São Sebastião do Barro Preto. É encaminhado em 05 de novembro de 1926, aos 18 anos, por intermédio do Arcebispo Antônio dos Santos Cabral – “Dom Cabral” (Figura 03) para o Seminário do Coração Eucarístico de Jesus.

Dom Antônio dos Santos Cabral percorreu uma longa trajetória até tornar-se o primeiro Arcebispo Metropolitano de Belo Horizonte. Estudou no Seminário Santa Teresa, em Salvador (BA). Foi ordenado padre no dia 1º de novembro de 1907 e regressou a Propriá (SE), sua cidade natal, onde trabalhou como coadjutor do cônego Rosa, de 1907 a 1912. Tornou-se pároco em 1912 e exerceu esse ministério até 1918. Graças ao excelente trabalho realizado, Dom Cabral foi nomeado cônego capitular da Sé de Aracaju (SE) e recebeu do Papa Bento XV, em janeiro de 1914, o título de monsenhor. Pouco tempo depois, seu nome seria lembrado para bispo. Para surpresa de muitos, Dom Cabral rejeitou duas vezes, em abril de 1916 e depois em junho de 1917, sua indicação para bispo de Natal (RN). Mas em obediência à Igreja aceitou o desafio. Em 1º de outubro de 1917 foi publicada a bula do Sumo Pontífice Bento XV, que o nomeou bispo de Natal. A Sagração de Dom Cabral foi realizada na Catedral Metropolitana, em 14 de abril de 1918. Incansável, criou dezenas de instituições católicas na capital do Rio Grande do Norte. Ordenou sacerdotes, iniciou a construção do Seminário e da nova catedral. Em 1922, a Santa Sé o transferiu para a recém criada Diocese de Belo Horizonte. Sua chegada à capital mineira aconteceu no dia 30 de abril. Com o espírito empreendedor que o caracterizava, dom Cabral edificou as bases da Arquidiocese de Belo Horizonte. Adquiriu um imóvel na Rua Espírito Santo, onde passou a funcionar a Cúria. Deu início a várias paróquias e instituiu o Seminário Coração Eucarístico de Jesus, que inicialmente ficava na Rua Rio Grande do Norte. Posteriormente, dom Cabral comprou uma antiga fazenda no bairro Bela Vista (atualmente bairro Dom Cabral), onde construiu o novo prédio do Seminário. Tempos depois, parte desse prédio se transformaria na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). O primeiro arcebispo também foi responsável pela edificação do Palácio Cristo Rei. O primeiro arcebispo de Belo Horizonte foi quem idealizou a construção da Catedral Cristo Rei, que originalmente ficaria na Avenida Afonso Pena. Em 1957, começou a ter problemas de saúde e morreu em 1967, aos 80 anos de idade.

Foto 03 – Dom Antônio dos Santos Cabral, primeiro Arcebispo Metropolitano de Belo Horizonte



Fonte: <http://construindoahistoriahoje.blogspot.com/2011/10/antonio-dos-santos-cabral.html>

Apesar de nascido em 1908, Dom Cabral o orienta a resolver esta questão. Somente é registrado em 16 de março de 1933, aos 24 anos, num cartório de Belo Horizonte, com o nome oficial de LUÍZ QUINTINO DOS SANTOS (Foto 03). Acredita-se que seu segundo nome original de nascimento "Maria" tenha sido suprimido por vontade própria, uma vez que ele não gostava do mesmo. Todos os seus documentos pessoais incluindo duas carteiras de identidade (uma expedida em 1974 e outra datada de 1980), carteira de trabalho e previdência social, CPF, certificado de reservista, dentre outros apresentam este nome.

Aos 26 anos, antes de sua ordenação, falece no Rio de Janeiro, em 20 de julho de 1935, sua mãe, Dona Francisca Maria da Conceição. Em 03 de outubro do mesmo ano, três meses após o falecimento de sua mãe morre também no Rio, seu pai, José Quintino dos Santos. Ordena-se padre em 31 de maio de 1936, com 27 anos e celebra a primeira missa no dia 07 de junho do mesmo ano, no Bairro de Anchieta no Rio de

Janeiro. De volta a Belo Horizonte, atua por três meses como vigário-adjunto na paróquia de Santa Efigênia sendo transferido para a Igreja de São Sebastião do Barro Preto, onde atua também por três meses como vigário auxiliar. Aos 28 anos é finalmente nomeado em 31 de dezembro de 1936, por Dom Cabral como vigário da paróquia de Nossa Senhora do Desterro, em Desterro de Entre Rios, distrito de João Ribeiro (Foto 04).

Foto 04 – Foto deteriorada da Capela Velha do Desterro

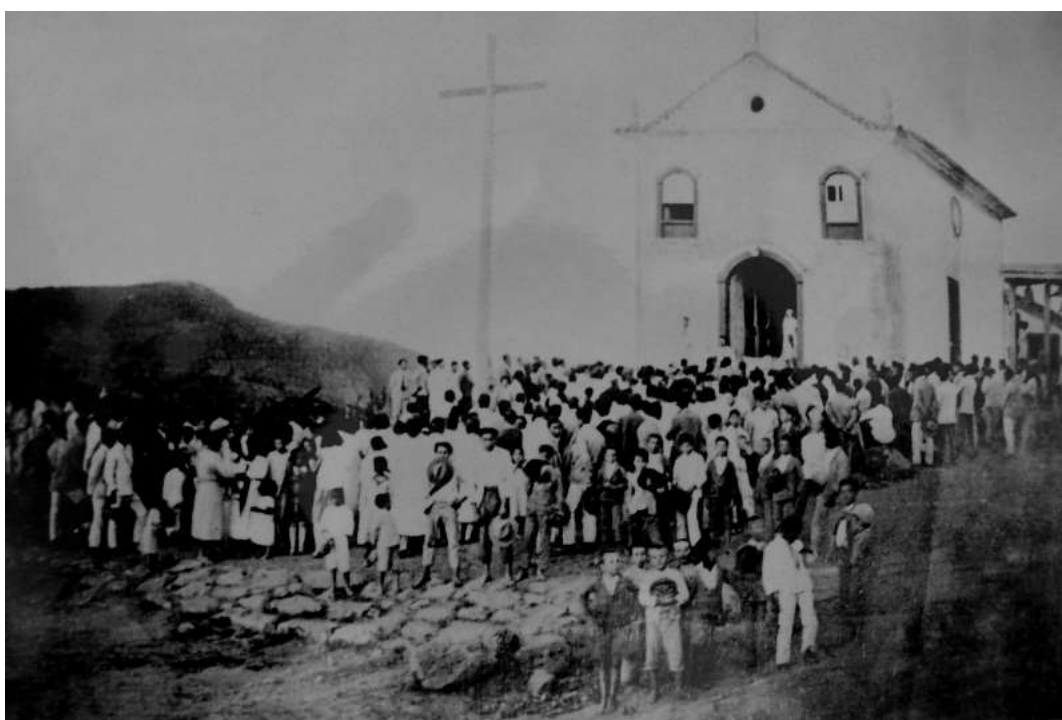


Fonte: Acervo do Projeto CANDEIAS / Rede Ação Ambiental

A referida paróquia (Foto 05) encontrava-se desorganizada devido à constante passagem de párocos que não se fixavam. Toma posse como vigário na 3ª feira, dia 19 de janeiro de 1937, aos 28 anos, indo zelar por doze capelas filiais, incluindo a capela do distrito de São Sebastião do Gil, também pertencente a João Ribeiro. Segundo cadernos escolares distribuídos gratuitamente nas escolas municipais pela Prefeitura Municipal de Desterro de Entre Rios (2008), a história local conta que a comunidade

desterrense havia se mobilizando para efetivar um padre na localidade, "o que foi conseguido por meio de uma bolsa no valor de 12 contos de réis".

Foto 05 – Capela Nova do Desterro na época da chegada de Padre Luiz Quintino dos Santos



Fonte: Acervo do Projeto CANDEIAS / Rede Ação Ambiental

No período 1937-1938 (Foto 06) inicia todo o processo de reestruturação da paróquia e suas capelas filiais. Manda construir capelas rurais: Aguiar, Bela Vista, Cachoeirinha Cerrado, Machados e Samambaia. Funda e/ou reorganiza associações locais: Congregação Mariana masculina, Congregação Mariana feminina (Pia União), Irmandades de Nossa Senhora do Carmo, São Luiz Gonzaga, as Cruzadas e OVS. Cria as conferências vicentinas nas capelas filiais: Nossa Senhora do Perpétuo Socorro (Machados), Santa Bárbara (Samambaia), São Pedro (Laranjeiras), São Jerônimo (Serra do Caeté), São José (Sede), São Sebastião (Gil), Nossa Senhora da Conceição (Aguiar)

e Coração de Maria (Pereirinhas). Funda ainda o Conselho Particular Nossa Senhora do Desterro.

Foto 06 - residência de Padre Luiz Quintino dos Santos em Desterro



Fonte: Acervo do Projeto CANDEIAS / Rede Ação Ambiental

Em 1938, aos 29 anos manda demolir a capela de São Sebastião, no Gil, reconstruindo-a. Neste mesmo ano é realizada a ampliação do cemitério local com ajuda do Padre Militão da Basílica de Nossa Senhora de Lourdes, de Belo Horizonte. Em 1941, é a vez de demolir a antiga Matriz de estilo colonial e frente de pedra, deteriorada pelo tempo. Neste ano, além da construção da Nova Matriz (Foto 07), ocorre a restauração da capela de Nossa Senhora do Rosário. Em 08 de dezembro de 1941, aos 32 anos funda a primeira corporação musical.

Foto 07 – Construção da nova matriz em 1941



Fonte: Acervo do Projeto CANDEIAS / Rede Ação Ambiental

Em 30 de setembro de 1947 (38 anos) alista-se em Juiz de Fora, no Ministério da Guerra, sendo considerado reservista de 3ª categoria, com graduação de soldado, apesar da titulação de sacerdote. O documento o descreve como um moreno de 1m e 68 cm, com olhos castanhos e cabelos pretos. Sua figura mistura-se com a própria história de Desterro, distrito que ele viu transformar-se em município no dia 12 de dezembro de 1953. Em 1954, segundo a história local, ele expulsa um demônio de uma casa de família.

Padre Luiz era extremamente popular e gostava de música sacra, latim, música popular brasileira e futebol, tendo coordenado os times de futebol (Foto 08), o Guanabara. F.C., e fundado o time "Fita Azul. F.C.". Auxiliou na fundação do Ginásio Comercial Nossa Senhora do Desterro de Ensino Médio, atual Escola Estadual Nossa Senhora de Fátima sendo contratado, com carteira assinada, como diretor e como professor, no período de 1º de março de 1969 à 1º de março de 1976. Recebeu do então prefeito João José de Lima e da Câmara dos Vereadores, o título de cidadão desterreense.

Foto 08 – Padre Luiz Quintino dos Santos junto a um time de futebol



Fonte: Acervo do Projeto CANDEIAS / Rede Ação Ambiental

Como pároco atendeu com permissão capelas de Resende Costa, Piracema, Piedade dos Gerais, Bom Retiro e zelou pela paróquia de Nossa Senhora da Glória de Passa Tempo, por ocasião do falecimento do pároco responsável até a chegada de novo vigário. Instituiu a devoção oficial a Nossa Senhora do Carmo, comemorada anualmente em 16 de julho. Padre Luiz articulou, organizou e coordenou várias peregrinações ao Santuário Nacional de Aparecida (foto 09), estendendo quase sempre sua visita aos bairros da zona norte de São Paulo onde moravam desterrenses queridos, em especial o Vila Albertina.

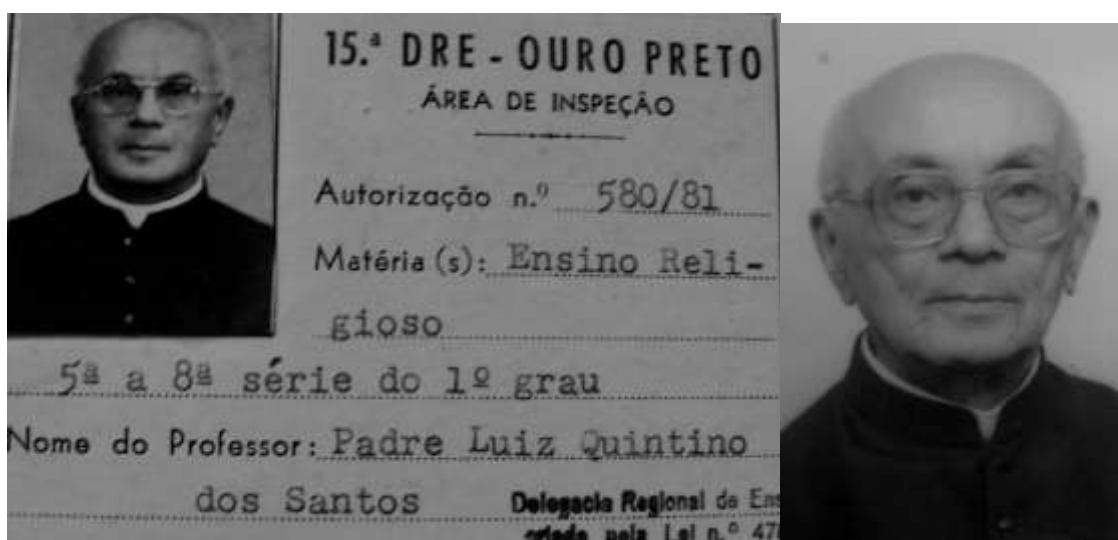
Foto 09 – Peregrinações de Padre Luiz Quintino dos Santos à Aparecida



Fonte: Acervo do Projeto CANDEIAS / Rede Ação Ambiental

Aos 68 anos é nomeado pelo Papa Paulo VI, Capelão em 15 de junho de 1977 e Monsenhor (Foto 10 - Esquerda) em 18 do mesmo mês, em virtude dos inúmeros trabalhos prestados à Diocese. A partir desta nomeação, passa a ser designado como Dom Luís Quintino dos Santos. Tinha autorização da 15ª Diretoria Regional de Ensino de Ouro Preto (Foto 10 - Direita) para lecionar Ensino Religioso, para as turmas de 5ª à 8ª séries do 1º grau, a partir de 1981. Em 19 de janeiro de 1987, aos 79 anos completa “Bodas de Ouro” de sacerdócio.

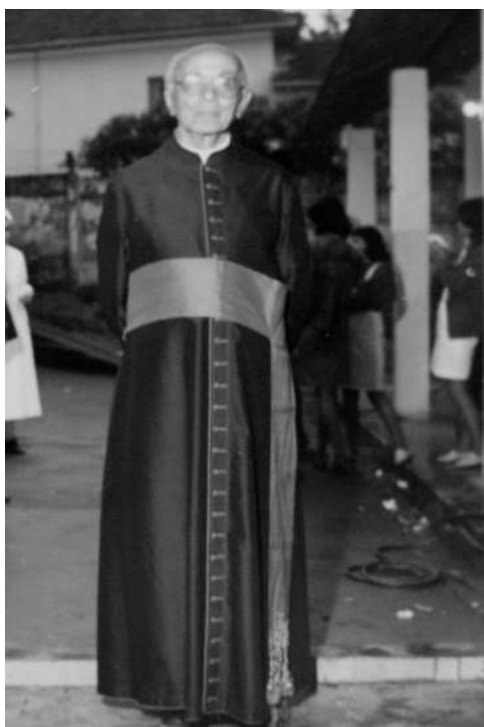
Foto 10 - Monsenhor Luiz Quintino dos Santos Autorização de Padre Luiz Quintino dos Santos para lecionar



Fonte: Acervo do Projeto CANDEIAS / Rede Ação Ambiental

Falece em 07 de maio de 1987, aos 79 anos (Foto 11), sendo sepultado na sede municipal de Desterro de Entre Rios. Posteriormente a Comunidade desterreense se mobiliza a favor da campanha para confecção de seu túmulo, no período de julho a outubro de 1987. É arrecadado após recolhimento de 19 listas pelo município, um total de CR\$ 71.443,50 para a lápide que custou CR\$ 59.400,00, sendo o montante destinado à comunidade religiosa.

Foto 11 – Padre Luiz Quintino dos Santos, próximo da época de seu falecimento.



Fonte: <https://www.minasgerais.com.br/pt/atracoes/desterro-de-entre-rios/igreja-matriz-nossa-senhora-do-desterro-0>

Em 1994 é finalizado o processo de inventário, coordenado pelo Padre Roberto de Oliveira da Cruz, pároco natural de São Sebastião do Gil falecido posteriormente e sepultado naquele distrito, corrido na comarca, acerca dos bens pessoais de Padre Luiz, conforme interesse de seus herdeiros legítimos: Agostinho Farias dos Santos, Ivo Quintino dos Santos, José Quintino dos Santos Netto, Luíza Maria Quintino, Patrícia Rosa Vaillan, Paulo Farias dos Santos e Sylvio Farias dos Santos. Em 2007, é lembrado o Aniversário de duas décadas de sua morte e no ano seguinte comemora-se o centenário de seu nascimento, com início do processo de preservação de sua memória através de movimento local. É legítimo perceber por meio dos materiais consultados, sua popularidade e liderança que transformou a cidade.

Também se distribuiu junto à comunidade local um “prospecto” comemorativo do respectivo centenário de nascimento. Neste sentido, na certeza de que o poder público é parceiro essencial na conquista de melhorias para a cidade, fez-se necessário propor parcerias com o Governo do Estado, pedindo empenho do poder público na implantação do centro cultural Chico da Gabriela, com destinação de sala para exposição permanente do material do Monsenhor. Houve uma perda irreparável na sede municipal, pois uma praça que homenageava o sacerdote construída no local onde ficava sua antiga casa, foi reestruturada e hoje abriga a importante sede da Escola

Municipal Infantil Dinha Isabel. A importância do novo prédio escolar para a comunidade local é inquestionável, mas os desterrenses ficaram sem a querida “Praça Monsenhor Luiz”.

Neste sentido, recentemente, solicitamos estudos técnicos e empenho para que o trecho da Rodovia Estadual MG 270 que corta o perímetro urbano de Desterro possa ser transformado em Avenida, com denominação oficial de “Monsenhor Luiz Quintino dos Santos” à mesma. A partir daí surgiu o Projeto de Lei nº 4819, no ano de 2013, que dava nova denominação ao trecho da rodovia MG-270 no município de Desterro de Entre-Rios, conforme proposta do Deputado Anselmo José Domingos - PTC que foi arquivado. Antes do PL, a primeira iniciativa do projeto em prol do centenário de nascimento do Padre Luiz: foi o Banco de Sugestões de Projeto de Lei do site da ALMG (2011)

Dá a denominação de Avenida Monsenhor Luiz Quintino dos Santos a trecho da Rodovia Estadual MG 270, em Desterro de Entre Rios, Minas Gerais.

Categoria: Transporte e Trânsito

Autor: VAGNER LUCIANO DE ANDRADE

Data de Envio: 04/11/2011 12h23min

Dá denominação à trecho da Rodovia Estadual MG 270, no município de Desterro de Entre Rios, Minas Gerais.

Dá à denominação de AVENIDA MONSENHOR LUIZ QUINTINO DOS SANTOS, ao trecho da Rodovia Estadual MG 270, localizado no perímetro urbano da cidade de Desterro de Entre Rios, entre a Ponte sobre o Córrego do Estivado e o Posto de Gasolina do Barro Preto

Quadro II - Tramitação Projeto de Lei (2013/2015)

Data	Local	Ação
-------------	--------------	-------------

28/05/2015	Plenário	Desarquivado. Recebeu o número PL 1775 2015.
13/05/2015	Plenário	Requerimento do Dep. Anselmo José Domingos solicitando o desarquivamento do projeto. Deferido. Decisão publicada no dl em 15 5 2015, pág 56.
31/01/2015	Plenário	Arquivado, final de legislatura.
01/04/2014	Plenário	Ofício do Sr Júlio César dos Santos Esteves, Secretário Adjunto de Casa Civil, prestando informações relativas ao projeto de lei, em atenção a pedido da Comissão de Constituição e Justiça. Anexe-se ao projeto de lei. Publicado no DL em 3/4/2014, pág 3.
26/02/2014	Secretaria-Geral da Mesa	Remessa do Ofício 524/2014 SGM à Secretária de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais, Belo Horizonte - MG, com pedido de informação.
25/02/2014	Comissão Constituição e Justiça	Turno único. Relator: Dep. André Quintão. Aprovado pedido de informação à Secretaria de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais.
04/02/2014	Comissão Constituição e Justiça	Turno único. Relator: Dep. André Quintão.
19/12/2013	Plenário	Publicado no DL em 21/12/2013, pág 28. Às comissões de Constituição e Justiça e de Transporte, Comunicação e Obras Públicas, para deliberação. Recebido na CJU em 21 12 2013.

Fonte:

https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/interna.html?a=2013&n=4819&t=PL&aba=js_tabTramitacao

A breve biografia do homenageado foi encaminhada, que por sua vez viveu 50 anos na cidade até seu falecimento e sepultamento no cemitério local, em Desterro de Entre Rios. A demanda que apresentava Projeto de Lei para dar a denominação de Avenida Monsenhor Luiz Quintino dos Santos a trecho da Rodovia MG 270, retornou aos trâmites legislativos através do Projeto de Lei nº 1775, no ano de 2015, para dar a denominação ao trecho da Rodovia MG-270 localizado no Município de Desterro de Entre Rios, protocolado pelo Deputado Anselmo José Domingos - PTC e após término da legislatura, foi arquivado, sem êxito algum. Conforme detalhes no Quadro II, o legislativo vetou a nova denominação explicando os motivos para esta afronta à história e a memória coletiva.

Quadro III - Tramitação Projeto de Lei (2015/2018)

Data	Local	Ação
28/03/2018	Plenário	Encerrado o prazo do art 185 do RI, sem apresentação de recurso. Arquive-se.
21/03/2018	Comissão de Constituição e Justiça	Turno Único. Relator: Dep. Leonídio Bouças (redistribuído). Parecer pela inconstitucionalidade ¹⁴⁹ , ilegalidade ¹⁵⁰ e antijuridicidade ¹⁵¹ . Aprovado. Publicado no DL em 22 3 2018, pág 35.

¹⁴⁹ conflito ou inadequação de lei, de ato normativo ou jurídico às normas da constituição ('conjunto de leis de um país')

¹⁵⁰ caráter daquilo que é contrário às disposições da lei.

¹⁵¹ A antijuridicidade, ou ilicitude, pode ser conceituada como a contrariedade da conduta com o ordenamento jurídico. Isto porque temos que a antijuridicidade em seu significado literal quer dizer: anti

15/09/2015	Comissão de Constituição e Justiça	Cumprida a diligência.
10/09/2015	Plenário	Ação: Ofício da Sra Mariah Brochado Ferreira, secretária adjunta de Casa Civil, prestando informações relativas ao projeto de lei, em atenção a pedido da Comissão de Constituição e Justiça. Anexe-se ao projeto de lei. Publicado no DL em 12 9 2015, pág 44.
13/08/2015	Secretaria-Geral da Mesa	Remessa do Ofício 2141 2015 SGM ao Sr Marco Antônio Rezende Teixeira, Secretário de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais, Belo Horizonte-MG, com pedido de informação.
12/08/2015	Comissão de Constituição e Justiça	Turno Único. Relator: Dep. Bonifácio Mourão (proposição redistribuída). Aprovado pedido de Informação à Secretaria de Estado da Casa Civil e de Relações Institucionais.
11/06/2015	Comissão de Constituição e Justiça	Turno Único. Relator: Dep. Bonifácio Mourão (proposição redistribuída).
28/05/2015	Plenário	Desarquivado. Proposição recebida em Plenário. Publicado no DL em 30 5 2015, pág 11. Às Comissões de Constituição e Justiça e de Transporte, Comunicação e Obras Públicas, para deliberação. Recebido na CJU em 1 6 2015.

(contrário) juridicidade (qualidade ou caráter de jurídico, conformação ao direito; legalidade, licitude), ou seja, é o que é contrário a norma jurídica.

Fonte:

https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/tramitacao_projetos/interna.html?a=2015&n=1775&t=PL&aba=js_tabTramitacao

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após consulta e análise de fotografias, textos e documentos ainda existentes na secretaria paroquial da Matriz de Nossa Senhora do Desterro foi montada uma pequena biografia do líder político, social, intelectual e religioso que faz parte da história de Desterro, bem como se iniciou a digitalização e catalogação do pequeno acervo para fins de conservação e exposição. É possível a criação de um museu virtual sobre a vida do padre. Faz-se necessário a busca de orientações técnicas na Secretaria de Estado da Cultura, em Belo Horizonte e o próximo passo refere-se a organização e transferência dos direitos de guarda e responsabilidade visando a preservação do material que será solicitada à Diocese de Oliveira, pelo poder público.

Na certeza de que o poder público é parceiro essencial na conquista de melhorias para a cidade, faz-se necessário o empenho efetivo do poder público municipal na implantação do centro cultural Chico da Gabriela, com destinação de sala para exposição permanente do material de Padre Luiz, bem como estudos técnicos visando construir uma nova praça na sede municipal em substituição àquela que homenageava o sacerdote e hoje abriga a importante sede da Escola Municipal Infantil Dinha Isabel. Caso uma nova praça seja inviável, deve-se planejar uma solicitação junto ao Governo do Estado objetivando a Denominação Oficial de Avenida Monsenhor Luiz Quintino dos Santos à área da Rodovia Estadual MG-270 localizada dentro do perímetro urbano de Desterro de Entre Rios, entre a ponte sobre o Córrego Estivado e o Barro Preto.

Na legislação brasileira existem várias leis e decretos que deram novas denominações a trechos de rodovias estaduais e federais, sendo este um instrumento legal extremamente viável e, portanto, legal e constitucional. Neste contexto, não se entende o porquê do citado projeto de lei ter sido julgado como inconstitucional e declarado como improcedente, sendo arquivado, após ausência de recursos. Entende-se que importância da devida homenagem se faz necessária e que a mesma foi devidamente encaminhada ao órgão competente, uma vez, que trata-se de um trecho de rodovia estadual que corta o perímetro urbano de uma cidade e que seria denominado como uma avenida em homenagem. Como a nova denominação à

rodovia não se efetivou, é importe alegar que a Assembleia Legislativa em seu regimento interno encontra-se conceito de veto¹⁵² legislativo. Como o projeto de lei tramitou por duas legislaturas e durante cinco anos, tendo sido arquivado, é preciso encontrar novas fases de elaboração de um projeto similar, no âmbito do poder público municipal.

Assim vários elementos foram pensados, e o que se destaca em homenagem, após doze anos é destacar, seu nome através da criação de um novo distrito, entre Desterro e Piracema. Assim a municipalidade deve criar o Distrito de Monsenhor Luiz, em terras dos municípios de Desterro de Entre Rios e Piracema, sendo subordinado juridicamente ao município de Desterro e formado pela junção das localidades de Alto da Cruz, Barro Branco de Baixo, Barro Branco de Cima, Bocaina, Bom Retiro, Bom Retiro de Trás, Brandão, Cachoeira, Estiva, Geada de Baixo, Geada de Cima, Goiabeiras, Limeira, Limoeiro, Macuco, Mamonas, Marra, Morro Grande, Morro Vermelho, Mumbeca, Paciência, Pai Felix, Paiol, Serra do Coelho, Tapera de Baixo e Tapera de Cima. O perímetro urbano do novo distrito ficará inserido entre o Centro de Saúde Bolívar Coelho de Resende e a Escola Municipal Antônio Carlos de Oliveira, abrangendo a Rua Antônio Coelho de Moraes, a Rua José Coelho de Resende, a Rua José Inácio de Moraes, a Rua Ataíde Inácio de Moraes. Nesta área encontra-se a Capela de São José do Desterro, a Tenda do Ferreiro e a Venda.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARQUIDIOCESE DE BELO HORIZONTE. **Dom Antônio dos Santos Cabral**. Disponível em < <https://arquidiocesebh.org.br/arquidiocese/organizacao/governo/dom-antonio-dos-santos-cabral/>> Acesso em 12. Abr. 2021

ARQUIVO PÚBLICO MINEIRO. **DOM HENRIQUE GASPARRI, DOM ANTONIO DOS SANTOS CABRAL ENTRE OUTROS EM UMA PONTE SOBRE O RIO DAS VELHAS EM BELO HORIZONTE (MG)**. Disponível em < http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/fotografico_docs/photo.php?lid=30773> Acesso em 12. Abr. 2021

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS. **ENVIE SUA SUGESTÃO DE PROJETO DE LEI**. Disponível em <

¹⁵² **Descrição:** Entenda o que é e quais são as etapas de análise do veto - o instrumento que o governador tem para discordar ou rejeitar proposições de lei aprovadas pelos deputados na Assembleia de Minas. https://www.almg.gov.br/acompanhe/tv_assembleia/videos/index.html?idVideo=1514008

http://www.almg.gov.br/participe/envie_sugestao_lei/index.html?pagina=7&iptPalavras=&selCat=&datInicio=&datFim= > Acesso em 12. Abr. 2021

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS. **PROJETO DE LEI Nº 1775/2015:** Dá denominação ao trecho da Rodovia MG-270 localizado no Município de Desterro de Entre Rios.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS. **PROJETO DE LEI Nº 4819/2013:** Dá denominação ao trecho da Rodovia MG-270 no município de Desterro de Entre-Rios.

CNBB **APÓS 33 ANOS, BRASIL RECONHECE O ASSASSINATO DO PADRE JOÃO BOSCO BURNIER COMO CRIME POLÍTICO.** Disponível em < <https://www.cnbb.org.br/apos-33-anos-brasil-reconhece-o-assassinato-do-padre-joao-bosco-burnier-como-crime-politico/> > Acesso em 12. Abr. 2021

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Verbetes biográficos: Cabral, Antônio dos Santos** Disponível em < <http://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbetes-biografico/cabral-antonio-dos-santos> > Acesso em 12. Abr. 2021

SOUZA, Eduardo Alves de. **Dom Antônio dos Santos Cabral e o catolicismo em Belo Horizonte de 1922 a 1936. 2013.** 106f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-graduação em Ciências da Religião, Belo Horizonte. Disponível em < <http://periodicos.pucminas.br/index.php/horizonte/article/view/6216> > Acesso em 12. Abr. 2021

MOURA, Antônio de Paiva. **Médio Paraopeba e seu saber viver.** Bonfim: Prefeitura Municipal de Bonfim, 2014

PARÓQUIA NOSSA SENHORA DO DESTERRO. **Biografia de Padre Luiz I.** Desterro de Entre Rios, dados consultados em julho de 2008.

PARÓQUIA NOSSA SENHORA DO DESTERRO. **Biografia de Padre Luiz II.** Desterro de Entre Rios, dados consultados em julho de 2008.

PARÓQUIA NOSSA SENHORA DO DESTERRO. **Documento de nomeação do Monsenhor Luiz.** Desterro de Entre Rios, dados consultados em julho de 2008.

PARÓQUIA NOSSA SENHORA DO DESTERRO. **Documentos pessoais de Padre Luiz.** Desterro de Entre Rios, dados consultados em julho de 2008.

PARÓQUIA NOSSA SENHORA DO DESTERRO. **Escrituras de terrenos pertencentes à Paróquia Nossa Senhora do Desterro.** Desterro de Entre Rios, dados consultados em julho de 2008.

PARÓQUIA NOSSA SENHORA DO DESTERRO. **Fotos de Padre Luiz com Crianças.** Desterro de Entre Rios, dados consultados em julho de 2008.

PARÓQUIA NOSSA SENHORA DO DESTERRO. **Fotos de Padre Luiz com seus paroquianos.** Desterro de Entre Rios, dados consultados em julho de 2008.

PARÓQUIA NOSSA SENHORA DO DESTERRO. **Fotos de Padre Luiz com times de futebol.** Desterro de Entre Rios, dados consultados em julho de 2008.

PARÓQUIA NOSSA SENHORA DO DESTERRO. **Fotos de Padre Luiz em eventos religiosos.** Desterro de Entre Rios, dados consultados em julho de 2008.

PARÓQUIA NOSSA SENHORA DO DESTERRO. **Fotos de Padre Luiz em romarias.** Desterro de Entre Rios, dados consultados em julho de 2008.

PARÓQUIA NOSSA SENHORA DO DESTERRO. **Fotos de Padre Luiz no sacerdócio.** Desterro de Entre Rios, dados consultados em julho de 2008.

PARÓQUIA NOSSA SENHORA DO DESTERRO. **Fotos de Padre Luiz realizando casamentos.** Desterro de Entre Rios, dados consultados em julho de 2008.

PARÓQUIA NOSSA SENHORA DO DESTERRO. **Inventário de Padre Luiz.** Desterro de Entre Rios, 1994.

PORTAL BELO HORIZONTE. **O QUE FAZER / ARTE E CULTURA / OBRAS DE ARTE: Marco Comemorativo da Sagração Episcopal de Dom Antônio dos Santos Cabral.** Disponível em < <http://portalbelohorizonte.com.br/o-que-fazer/arte-e-cultura/obras-de-arte/marco-comemorativo-da-sagracao-episcopal-de-dom-antonio>> Acesso em 12. Abr. 2021

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS – PORTAL PUC MINAS. **CENTRO DE MEMÓRIA E DE PESQUISA HISTÓRICA - FUNDO DOM ANTÔNIO DOS SANTOS CABRAL: CORRESPONDÊNCIA RECEBIDA.** Disponível em <

<http://portal.pucminas.br/centrodememoria/documentos/inventario-dom-antonio.pdf>> Acesso em 12. Abr. 2021

PREFEITURA MUNICIPAL DE DESTERRO DE ENTRE RIOS. **História de Desterro**. *In*: Capa dos cadernos escolares distribuídos gratuitamente nas escolas municipais. Desterro de Entre Rios, gestão 2005- 2008.

SANTOS, José Ozildo dos. **ANTÔNIO DOS SANTOS CABRAL: O SEGUNDO BISPO DO RIO GRANDE DO NORTE**. *In*: CONSTRUINDO A HISTÓRIA HOJE. Disponível em < <http://construindoahistoriahoje.blogspot.com/2011/10/antonio-dos-santos-cabral.html>> Acesso em 12. Abr. 2021

NATUREZA E RECORRIBILIDADE DA DECISÃO DE LIQUIDAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA

THAISE REINERT: Pós Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera-Uniderp desde 2013; Graduanda em Direito pela Universidade Estácio de Sá (10º Período); Servidora pública da Justiça do Trabalho desde 2010, atualmente lotada na 4ª Vara do Trabalho de Aracaju – Tribunal Regional da 20ª Região e Assistente de juiz desde 2018.

RESUMO: Uma controvérsia ganhou muito destaque com o advento da Lei nº 13.437/2017 (Reforma Trabalhista): a decisão de liquidação no processo do trabalho é uma decisão interlocutória ou possui natureza de sentença? A resposta a essa pergunta é de extrema importância, vez que afeta o procedimento da liquidação e, por sua vez, o desenrolar dos processos trabalhistas em todos os juízos do trabalho distribuídos pelo território brasileiro. Este artigo propõe-se a analisar a natureza e a recorribilidade da decisão de liquidação no processo do trabalho e, *in fine*, enunciar o procedimento da fase de liquidação trabalhista na tentativa de firmar um entendimento uniforme sobre esta problemática.

Palavras-chave: Sentença. Decisão interlocutória. Agravo de Petição.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Natureza e recorribilidade da decisão de liquidação no processo do trabalho após a Reforma Trabalhista; 3 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A decisão de liquidação no processo do trabalho é uma decisão interlocutória ou possui natureza de sentença? A resposta a essa pergunta é de extrema relevância e ganhou ainda mais destaque após a Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista).

Como se sabe, predomina no processo trabalhista, via de regra, a irrecorribilidade de imediato das decisões interlocutórias, consoante art. 893, §1º da CLT e Súm. 214 do TST. Assim, se se entende que a decisão de liquidação tem natureza interlocutória, contra ela não seria possível interpor, de imediato, recurso. Por outro lado, se possui natureza de sentença, qual seria o recurso adequado para contra ela se insurgir?

O desfecho dessa temática afeta substancialmente o desenrolar do processo trabalhista, em especial a fase subsequente: a execução, por isso é tão importante adotar e consolidar o quanto antes um entendimento definitivo sobre a indagação de abertura deste artigo, a fim de uniformizar o procedimento de liquidação em todos os juízos do trabalho distribuídos pelo território brasileiro. É o que se buscará com o presente artigo, através de uma análise e interpretação sistêmica e teleológica da legislação processual civil e trabalhista.

2 NATUREZA E RECORRIBILIDADE DA DECISÃO DE LIQUIDAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO APÓS A REFORMA TRABALHISTA

Com o advento da Reforma Trabalhista, surgiu dentre os operadores do direito uma controvérsia acerca da natureza jurídica da decisão de liquidação no processo do trabalho. O juiz Otavio Torres Calvet defendeu em um brilhante artigo publicado no site Consultor Jurídico¹⁵³ que todas as decisões de liquidação proferidas após a Reforma Trabalhista possuem natureza de sentença.

Ele explica que antes da Reforma, os juízes poderiam escolher dois caminhos na fase de liquidação. O caminho majoritariamente utilizado era aquele mais célere porque não permitia qualquer discussão sobre cálculos antes de iniciada a execução, utilizando-se o antigo art. 879, §2º da CLT¹⁵⁴, que apenas FACULTAVA a abertura de prazo às partes.

O juízo homologava os cálculos apresentados por uma das partes e automaticamente determinava a citação para dar início à fase de execução, só podendo haver impugnação pelas partes após a garantia do juízo; o devedor pelos embargos à execução e o credor pela impugnação aos cálculos de liquidação, nos termos do art. 884, §3º da CLT. Neste caso, era notória a natureza interlocutória da decisão de liquidação.

153 CALEVT, Otavio Torres. Impugnação à liquidação por cálculos, recurso e revogação de artigo da CLT. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-jan-26/trabalho-contemporaneo-impugnacao-liquidacao-calculos-recurso-revogacao-artigo-884-clt#:~:text=Impugna%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20liquida%C3%A7%C3%A3o%20por%20c%C3%A1lculos%2C%20recurso%20e%20revoga%C3%A7%C3%A3o%20de%20artigo%20da%20CLT&text=At%C3%A9%20o%20advento%20da%20Reforma,partes%20na%20fase%20de%20liquida%C3%A7%C3%A3o>

clt#:~:text=Impugna%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20liquida%C3%A7%C3%A3o%20por%20c%C3%A1lculos%2C%20recurso%20e%20revoga%C3%A7%C3%A3o%20de%20artigo%20da%20CLT&text=At%C3%A9%20o%20advento%20da%20Reforma,partes%20na%20fase%20de%20liquida%C3%A7%C3%A3o. Acesso em 12 abr. 2021.

154 "Elaborada a conta e tornada líquida, o Juiz poderá abrir às partes prazo sucessivo de 10 (dez) dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão" (antigo artigo 879, §2º da CLT).

No outro caminho, havia a abertura de prazo para manifestação das partes (10 dias sucessivos) sobre os cálculos antes de iniciar a execução, o que levaria a duas situações distintas: a primeira quando ninguém apresentava impugnação, acarretando a preclusão sobre o tema conforme estava expresso na norma, e a segunda, quando a impugnação era apresentada, o que determinava a elaboração de uma decisão judicial sobre impugnação aos cálculos, resolvendo a controvérsia.

Proferida esta decisão de liquidação, a jurisprudência dominante entendia ser possível a interposição de agravo de petição, situando a liquidação na fase de execução *lato sensu*, embora, a rigor, a liquidação contemple a fase de conhecimento.

Ao admitir discussão na fase de liquidação, o juiz impedia que houvesse nova possibilidade de impugnação aos cálculos após a iniciada a execução, já que decisão judicial, interposto ou não agravo de petição, levaria, ao final, à coisa julgada sobre os cálculos, vedada a rediscussão em execução. Neste segundo caminho, a decisão de liquidação tinha natureza de sentença, impugnável por recurso próprio da fase de execução, o agravo de petição, conforme Calvet.

A Reforma Trabalhista solucionou a indefinição do procedimento de liquidação trabalhista, fixando apenas um único caminho: o segundo, aquele que admite controvérsia sobre os cálculos, antes de iniciada a execução. A nova redação do art. 879, §2º da CLT, trocou a expressão “poderá” por “deverá” e passou a dispor sobre a OBRIGATORIEDADE de abertura de prazo para impugnação aos cálculos pelas partes, no prazo comum de 8 dias, sob pena de preclusão.

Importa dizer então que a decisão de liquidação, pós Reforma, tem natureza de sentença no processo do trabalho, como defendeu Calvet?

Malgrado a magistral tese do ilustre juiz, discorda-se dele apenas quanto à natureza da decisão de liquidação. Diferentemente do que ele sustentou, aqui se procurará demonstrar que a decisão de liquidação, mesmo após a Reforma Trabalhista, é uma decisão interlocutória. Em que pese as decisões interlocutórias serem, em regra, irrecuráveis de imediato no processo do trabalho, é cabível recurso contra a decisão de liquidação e o recurso mais apropriado é o agravo de petição.

Para entender o porquê a decisão de liquidação é uma decisão interlocutória, em vez de sentença, é imprescindível que primeiro se saiba o que é sentença e o que é decisão interlocutória.

O CPC/2015 regulamentou no Livro IV, Título I, Capítulo I, Seção IV que são três os pronunciamentos do juiz: sentença, decisão interlocutória e despacho.

Segundo o artigo 203, §1º do CPC/15, sentença "é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução".

O professor e juiz Fernando Gajardoni¹⁵⁵ leciona que o novo código de processo civil adotou um duplo critério para a definição de sentença. O primeiro é o conteúdo: pronunciamento judicial com fundamento nos arts. 485 e 487 do CPC. E o segundo é o efeito: põe fim à fase de cognição ou de execução.

A partir dessa definição, infere-se que a decisão de liquidação não se encaixa no conceito de sentença adotado pelo CPC/15, eis que não encerra nenhuma fase processual. Para a melhor doutrina, liquidação ainda não é compreendida como uma fase autônoma e distinta das fases de conhecimento e execução, mas corresponde a uma extensão da fase de cognição. Por isso se diz que ela compõe a fase de cognição *lato sensu*.

A decisão de liquidação não é, portanto, uma sentença, mas uma decisão que complementa a sentença de conhecimento, traduzindo-a em números e fixando um *quantum debeatur*.

Por outro lado, o artigo 203, §2º do CPC/15 dispõe que "Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º". Por exclusão, a decisão de liquidação encaixa-se exatamente nesta definição. Como já visto, ela não é sentença. Descartam-se também os despachos, pois estes não tem conteúdo decisório, são atos de mero expediente, conforme art. 203, §3º. Sobeja, então, a decisão interlocutória e é esta, repita-se, a natureza da decisão de liquidação.

As decisões interlocutórias são proferidas no percurso do processo (ou *iter* processual), por isso o termo interlocutória, e, como o próprio nome fala por si, carregam conteúdo decisório, pois impõe obrigação, direito, dever ou ônus às partes¹⁵⁶.

Em regra, elas são simples decisões que não julgam o mérito da causa (*meritum causae*), mas uma questão incidente e, por este motivo, são irrecorríveis de imediato.

¹⁵⁵ Curso Intensivo I de Direito Processual Civil. Curso G7 Jurídico. São Paulo, 2016. Videoaulas MPEG-2 TS (.ts.).

¹⁵⁶ GONÇALVES, Marcus Vinícios Rios (Coordenador Predro Lenza). *Direito processual civil esquematizado*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 420.

Por exemplo, a decisão que acolhe ou rejeita a contradita de testemunha, que defere ou indefere prova pericial, que acolhe ou rejeita suspeição/impedimento do juiz, etc.

Todavia, há decisões interlocutórias que julgam o mérito da causa. Elas possuem toda a aparência de sentença, porque é um pronunciamento judicial com fundamento nos arts. 485 e 487 do CPC/15, porém não são sentença, porque não põem fim a uma fase processual. Por exemplo, os julgamentos antecipados parciais de mérito previstos no art. 356 do CPC/2015.

Contra essas decisões interlocutórias é cabível recurso de imediato, porquanto elas não são simples decisões que julgam apenas uma questão incidente, mas efetivamente decisões de mérito. Não faria o menor sentido que as partes não pudessem recorrer imediatamente dessas decisões interlocutórias se elas julgam o mérito da causa, ainda que parcial, e são capazes de fazer coisa julgada formal e material¹⁵⁷.

Esse entendimento foi positivado no CPC/15 na medida em que a decisão que julga antecipada e parcialmente o mérito é impugnável por agravo de instrumento (art. 356, §5º), recurso cabível contra as decisões interlocutórias, conforme art. 1.015, *caput* e II, do código, *in litteris*: “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: (...) II - mérito do processo”.

Nesse contexto, decisão de liquidação também é uma decisão interlocutória de mérito, em vez de uma decisão interlocutória simples, posto que estabelece o que as partes mais querem saber, o valor que o executado deve ao exequente. Embora não julgue propriamente o mérito da causa, a decisão de liquidação complementa-o, conferindo-lhe liquidez.

Prova disso é que o CPC/15 consignou que “Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas **na fase de liquidação de sentença**”.

Igual raciocínio também se aplica à decisão interlocutória que resolve o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (IDPJ). Ela também não é uma decisão interlocutória simples, pois, embora não julgue o mérito da causa, com ele intimamente se relaciona, vez que estenderá ou não os efeitos de seu julgamento e de uma futura execução aos sócios da empresa ré.

157 GONÇALVES, Marcus Vinícios Rios (Coordenador Predro Lenza). *Direito processual civil esquematizado*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 419.

Tanto é que o art. 1.015, IV, do CPC/15 também autorizou a interposição de agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

No que diz respeito ao processo do trabalho, as decisões de liquidação, tal qual no processo cível, são decisões interlocutórias de mérito recorríveis de imediato. Perceba que a CLT, conforme art. 855-A, aplica expressamente ao processo do trabalho o IDPJ previsto no CPC/15, reconhece que a decisão do IDPJ é interlocutória e, quando proferida na fase de execução, recorrível de imediato por agravo de petição.

Por óbvio, quando a parte postula a desconsideração da personalidade jurídica por ação, na petição inicial (fase de cognição), este pedido, pela sistemática trabalhista, será apreciado na sentença e contra ela caberá recurso ordinário. Entretanto, quando o exequente instaura o incidente em fase de execução, prescinde que o interessado aguarde sofrer alguma constrição em seu patrimônio para poder recorrer da decisão interlocutória que defere a desconsideração da personalidade jurídica; contra ela é possível opor, de imediato, agravo de petição.

Por sua vez, razão não há para entender, no processo do trabalho, a decisão de liquidação de forma diversa da decisão do IDPJ, se ambas são decisões interlocutórias apresentam um *“que”* a mais relação àquelas simples decisões, pois relacionam-se com o mérito da causa.

Motivo razoável também não há para impedir as partes de recorrerem imediatamente da decisão de liquidação, para só poderem se insurgir contra os cálculos após iniciada a execução em eventual impugnação. A marcha processual determina que se dê início ao cumprimento de sentença, após se obter um crédito líquido, certo e exigível, tal qual na execução de título executivo extrajudicial, ao invés de iniciar a fase de execução de sentença, cujo valor ainda está indefinido, para depois retroceder o passo e discutir novamente matéria relativa aos cálculos de liquidação.

Tal situação é contraproducente e esbarra na celeridade, eficiência, economia e duração razoável do processo, afinal qual seria o propósito de abrir discussão na fase de liquidação, se as partes poderão discutir tudo novamente na fase de execução?

Assim, por uma interpretação sistêmica e teleológica da legislação processual, é possível chegar à ilação de que a decisão de liquidação no processo do trabalho possui natureza de decisão interlocutória de mérito e é recorrível de imediato.

Entendimento em sentido reverso, isto é, conceber a decisão de liquidação como decisão interlocutória irrecorrível de imediato, está a provocar uma situação

inusitada e esdrúxula na Justiça do Trabalho, aquilo que o ilustre Calvet chamou de impugnação “antipreclusiva”, equivalente aos “protestos”, e dupla apreciação das mesmas matérias pelo mesmo juízo.

O atual art. 879, §2º da CLT regulamenta que o juízo **deverá** abrir às partes prazo comum de oito dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, **sob pena de preclusão**.

Nesses termos, as partes apresentam impugnação aos cálculos tão somente para afastar a preclusão. O juiz, por seu turno, aprecia as impugnações e profere uma decisão de liquidação, contra a qual as partes nada opõem por concluírem, equivocadamente, que é uma decisão interlocutória irrecorrível de imediato, por força do art. 893, §1º da CLT.

Somente em sede de embargos à execução, as partes repetem os argumentos de suas impugnações, para conduzir a decisão de liquidação a um duplo grau de jurisdição, obrigando, todavia, o mesmo juízo a decidir novamente as mesmas matérias anteriormente já decididas, o qual poderá inclusive alterar sua primeira decisão, causando extrema insegurança jurídica.

Frise-se, que é vedado ao juiz, por expressa previsão legislativa, ex vi do art. 505 do CPC, decidir matéria já decidida anteriormente, ressalvadas as hipóteses legais de erros materiais, embargos de declaração e juízo de retratação.

Desta forma, parece que a intenção do legislador trabalhista foi clara ao admitir, agora obrigatoriamente, a controvérsia sobre os cálculos antes de iniciar a fase de execução: resolver todas as questões de fato e de direito da fase de liquidação, para dar início a uma execução livre de pendências e poder concentrar todos os esforços efetivamente na atividade satisfativa da tutela jurisdicional.

Superada a natureza da decisão de liquidação, pende analisar qual o recurso cabível contra ela no processo do trabalho.

O legislador trabalhista alocou a liquidação na fase de execução *lato sensu* (Título X, Capítulo V, Seção I, da CLT). Esta opção em nada muda a natureza da decisão de liquidação e parece, de fato, ter sido a melhor opção para o processo do trabalho, pois se assim não fosse não haveria previsão legislativa de recurso que pudesse ser oposto contra a decisão de liquidação. É que o recurso da fase de cognição é o ordinário, interposto contra as sentenças. Logo, a decisão interlocutória de liquidação não poderia ser recorrida de imediato, mas apenas quando da decisão definitiva de mérito.

Lado outro, inserindo a liquidação na fase de execução, é possível recorrer de imediato da decisão de liquidação, visto que há previsão legislativa de recurso contra decisões proferidas nas execuções. Este recurso é o agravo de petição, nos moldes do art. 897, a, da CLT.

Este mesmo entendimento foi aplicado ao IDPJ no art. 855-A da CLT que autorizou a interposição de agravo de petição contra a decisão interlocutória que acolhe ou rejeita o IDPJ, quando proferida na fase de execução.

3 CONCLUSÃO

Ante a fundamentação supra, conclui-se que a decisão de liquidação no processo do trabalho é uma decisão interlocutória de mérito, recorrível de imediato por agravo de petição, compreendendo a fase de liquidação alocada dentro da execução *lato sensu*.

Quanto ao procedimento da liquidação, o legislador fixou apenas um após a Reforma Trabalhista. Nesse procedimento, há necessariamente abertura de prazo para as partes impugnarem os cálculos, sob pena de preclusão.

Apresentadas ou não impugnações pelas partes, o juízo prolatará uma decisão de liquidação, acolhendo ou rejeitando os cálculos das partes ou homologando os próprios cálculos elaborados pelo contador judicial.

Contra esta decisão de liquidação poderá ser interposto agravo de petição, a ser julgado pelo Tribunal, cuja decisão definitiva de liquidação fará coisa julgada, pois, como visto, é decisão de mérito.

Finda essa fase de liquidação com a fixação de um *quantum debeatur* líquido, certo e exigível, o processo encontra-se apto para iniciar a fase subsequente: a execução.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil (2002)*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 02 de março de 2021.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto – lei n.º 5451, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. *Lex* – Coletânea de Legislação: edição federal. São Paulo, 1943.

CALEVT, Otavio Torres. Impugnação à liquidação por cálculos, recurso e revogação de artigo da CLT. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-jan-26/trabalho-contemporaneo-impugnacao-liquidacao-calculos-recurso-revogacao-artigo-884-clt#:~:text=Impugna%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20liquida%C3%A7%C3%A3o%20por%20c%C3%A1lculos%2C%20recurso%20e%20revoga%C3%A7%C3%A3o%20de%20artigo%20da%20CLT&text=At%C3%A9%20o%20advento%20da%20Reforma,partes%20na%20fase%20de%20liquida%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 12 abr. 2021.

Curso Intensivo I de Direito Processual Civil. Curso G7 Jurídico. São Paulo, 2016. Videoaulas MPEG-2 TS (.ts.).

GONÇALVES, Marcus Vinícios Rios (Coordenador Predro Lenza). *Direito processual civil esquematizado*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

MARCELO MASSON: Formado em Administração de Empresas - UNIFEV Votuporanga/SP. Pós-graduado em Administração de Empresas (Desenvolvimento Gerencial) - FACULDADES TODELDO ARAÇATUBA/SP. Graduação em Bacharel em Direito - UNIVERSIDADE BRASIL (Unibrasil/Fernandópolis/SP).

ROBERTA FAVALESSA DONINI

THALITA TOFFOLI PÁEZ

(orientadoras)

RESUMO: O artigo tem a finalidade, a partir do método teórico, de estudar o Instituto da Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica. Este é um dos principais mecanismos jurídicos que devem ser utilizados com o intuito de proteger o credor contra possíveis fraudes e desvios de finalidade da pessoa jurídica. Este método tem o propósito de coibir articulações do devedor em face ao credor mesmo antes ou durante uma execução judicial, em busca de satisfazer uma dívida. Trata-se de uma modalidade de intervenção de terceiros que permite incidentalmente ao processo, desconsiderar a personalidade jurídica e desse modo, conseguir responsabilizar pessoalmente o integrante da pessoa jurídica, o sócio ou administrador, nos casos em que a lei material o autoriza. Inicialmente, é importante conceituar o nascimento da "pessoa" no âmbito jurídico e também da personalidade jurídica. A aquisição e finalidade de personalidade jurídica são consequências da pessoa jurídica de direito, que através das correntes doutrinárias da Teoria Menor e Teoria Maior são os principais requisitos para eficácia do instituto.

Palavras-chave: Desconsideração. Credor. Personalidade Jurídica. Sócio. Inversa.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 PESSOA JURÍDICA DE DIREITO; 1.1 Conceitos; 1.2 Aquisição da Personalidade Jurídica; 1.2 Aquisição da Personalidade Jurídica; 2 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E AS CORRENTES DOUTRINÁRIAS; 3 REQUISITOS PRESSUPOSTOS NO ÂMBITO JURÍDICO; 3.1 A Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica e seu Impacto frente o Desvio de

Finalidade; 3.2 A Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Abuso de Direito; 4 A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUAS FONTES DE INSPIRAÇÃO; 4.1 Rito Processual da Desconsideração pelo Código de Processo Civil; 4.2 Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça; 5 A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO TRIBUTÁRIO; 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 7 REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O atual cenário político, cultural e moral, vivido pela sociedade brasileira, enfrenta uma inversão de valores sociais. Não se consegue distinguir o que é correto ou incorreto, a ponto de se ter como forma pejorativa de tratamento referência a determinada pessoa como forma de retidão "certa" ou "errada". O agravante dessa evolução, acarreta a perpetração de fraudes das mais variadas com o intuito do locupletamento ou enriquecimento sem causa, e enriquecimento ilícito em detrimento de outrem, gerando fraudes processuais, cíveis e até penais.

A constituição de sociedades empresariais tem propósitos específicos quanto sua função e finalidade, porém a utilização da atividade irregular empresarial para alcançar objetivos ilegítimos, fraudulentos e até ilícitos com intuito de lesionar financeiramente o direito dos credores, baseando-se na aparência e camuflando patrimônio, estes devem ser protegidos e, nesse ponto, o direito vem garantir e resguardar através de instrumentos que visem coibir esses verdadeiros artifícios maliciosos, através do instituto da desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Esta se prestará garantindo, ao mesmo tempo, repressiva e preventivamente, na solução de litígios, para que a paz social seja alcançada. Mas, não se pretende tornar a exceção uma regra, e ao menos sequer banalizar o instituto, pois sua aplicação é necessária, em função do quadro social e sempre de forma precisa, eficaz e fundamentada, observados os requisitos norteadores.

Estudando o instituto da desconsideração inversa da personalidade jurídica, trata-se de uma medida que permite, com a reconsideração da autonomia patrimonial em caso de fraude, o que constitui o desvio de finalidade ou confusão patrimonial, em que a pessoa jurídica, seja responsabilizada pela obrigação do sócio. O desenvolvimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ou "Disregard Doctrine" no direito estrangeiro, busca impedir que os sócios, valendo-se desta condição, pratiquem fraudes a ponto de esquivar-se de suas obrigações, dívidas e consequentemente exaurir todo o patrimônio.

A abordagem do tema, inicialmente se aterá à pessoa jurídica, em especial, sua autonomia patrimonial em relação aos sócios e sua função social. Em seguida, segue-

se com o estudo sobre a desconsideração da pessoa jurídica, sua origem histórica, conceito, teorias e aplicação ao Direito Civil e demais ramos jurídicos. Por fim, o foco centra-se na desconsideração inversa da personalidade jurídica, aceita pela doutrina e jurisprudência, buscando a fixação das premissas de sua aplicação.

Sobretudo, quanto à importância do diploma, o trabalho tem o propósito de demonstrar e analisar o instituto da desconsideração da inversa da personalidade jurídica, analisando duas teorias pontuais do ordenamento jurídico, abordando suas aplicabilidades práticas e consequências dos sócios.

1 PESSOA JURÍDICA DE DIREITO

1.1 Conceitos

Antes de qualquer premissa devemos conceituar “pessoa”: no âmbito do direito, uma pessoa é todo ente ou organismo coletivo suscetível de adquirir direitos e contrair obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito.

A expressão sujeito de direito é utilizado para definir o cidadão, não engloba apenas a pessoa física, mas também as entidades coletivas, ou melhor, as empresas, as associações civis e organizações não governamentais. É aquele que tem de uma relação jurídica, e portando é o titular de direitos, deveres e obrigações. A possibilidade de alguém participar de relações jurídicas decorre de uma qualidade pertinente à pessoa de direito, que o torna titular dessas obrigações. Observando o conceito, a pessoa jurídica surge de uma necessidade da pessoa natural, surgindo através da união de pessoas para atingir determinados fins, é uma entidade formada por indivíduos e reconhecida pelo Estado e detentora de direitos e deveres como preceitua a eminente doutrinadora: “a pessoa jurídica é a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações” (DINIZ, 2015, p. 270).

Outro grande doutrinador, Fábio Ulhoa Coelho, traz uma compreensão mais abrangente da pessoa jurídica:

Pessoa jurídica é o sujeito de direito personificado não humano. É também chamada de *pessoa moral*. Como sujeito de direito, tem aptidão para titularizar direitos e obrigações. Por ser personificada, está autorizada a praticar os atos em geral da vida civil — comprar, vender, tomar emprestado, dar em locação etc. —, independentemente de específicas autorizações da lei. Finalmente, como entidade não humana, está excluída da prática

dos atos para os quais o atributo da humanidade é pressuposto, como casar, adotar, doar órgãos e outros (COELHO, 2012, p. 532).

Portando, o conceito global da personalidade jurídica é aquele que tem capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações, ou seja, adquire seus próprios direitos decorrentes da lei, não sendo desmembrada ou segmentada proporcionalmente, em razão de obrigações dos sócios. Perceba-se que não é condição para divisão de ações ou percentuais de faturamento entre outros relacionados a divisão de operações financeiras, mas tão somente, a estrutura da pessoa jurídica, quanto a formação de uma entidade que será responsável pelo ato único e circunstancial.

A personalidade jurídica é uma particularidade as quais pessoas naturais ou não, constituem relações jurídicas como figuras em nome da uma sociedade empresarial. Assim sendo, a coletividade de grupos de pessoas interligados a um propósito comum, tornam-se organismos particulares das pessoas naturais que os compõe, e por essa particularidade, as pessoas jurídicas tem autonomia patrimonial diversa de seus componentes.

1.2 Aquisição da Personalidade Jurídica

O contrato de sociedade é constituído entre pessoas que desejam e obrigam-se bilateralmente em contribuir com bens e serviços com a finalidade do exercício de uma atividade econômica, sendo o resultado financeiro desejado e esperado, distribuírem proporcionalmente em conformidade com o percentual do capital social investido, conforme contido no artigo 981 do Código Civil:

Art. 981 CC/2002 Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício da atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

O Código Civil de 2002, tem a previsão legal do início da aquisição da personalidade jurídica, em seus artigos 45, 985 e 1.150, que determina que a existência legal da pessoa jurídica de direito privado se inicia à partir da efetivação do registro dos atos constitutivos nos órgãos competentes, ou seja na Junta Comercial. A personalidade pode ser adquirida por qualquer tipo societário previsto na legislação, exceto as sociedades em comum e as sociedades em conta de participação. E o registro pode ser feito nas Juntas Comerciais, para as sociedades empresárias, ou no Registro

Civil das Pessoas Jurídicas, para as sociedades não empresariais. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos.

Art. 45 CC/2002 Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Art. 985 CC/2002 A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos.

A sociedade simples vincula-se ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas e a sociedade empresária, ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais.

Art. 1150 CC/2002 O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.

Preceitua o artigo 986 do Código Civil: as sociedades empresárias enquanto não forem inscritos os atos constitutivos em registro próprio, estes serão regidos pelas normas da sociedade não personificada ou simples. Importante destacar também, no que se refere o artigo 990, onde todos os sócios respondem solidariamente pelas obrigações sociais, pois é um ponto central no que diz respeito ao instituto que está sendo estudado.

Portanto se mantém evidente que o Código Civil de 2002, em seus artigos 45, 985 e 1.150, que a existência legal da pessoa jurídica de direito privado, inicia-se a partir da efetivação do registro dos atos constitutivos no órgão competente. Com efeito, na expressão da lei, somente após inscrito o contrato social no registro público, é que a sociedade adquire personalidade jurídica, e somente assim pode assumir obrigações e adquirir direitos em nome próprio. Diante disso, o legislador notadamente evidenciou a separação da pessoa dos sócios, da pessoa da sociedade ocorrendo apenas após de efetivado o registro.

A distinção do patrimônio pessoal com o empresarial, salienta-se a importância do assunto, pois é um dos principais motivos da associação das pessoas a constituírem uma sociedade, pois o que almejam, é evitar que um possível insucesso do empreendimento comum, e que seja responsabilizado unicamente com seus bens particulares.

1.3 Finalidade da Personalidade Jurídica

No cotidiano, os sócios e aqueles que administram a sociedade empresária podem atuar de forma fraudulenta ou de má-fé, em contraposição às legislações existentes, inclusive ao contrato social da pessoa jurídica. Em situações abarcadas pela lei vigente, há observância do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Havendo comprovação de ilegalidades ou má-fé para cumprir com as obrigações contraídas, há possibilidade de suspensão temporária do véu da personalidade da pessoa jurídica, visando alcançar o patrimônio dos sócios da pessoa jurídica.

Assim, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, em face da sua utilização imprópria, fornece segurança aos terceiros credores objetivando resguardá-los na tentativa de reparar eventual abuso cometido por aquelas pessoas que utilizam da pessoa jurídica a fim de dissimular patrimônio. Deste modo, é conferido ao Judiciário poder para remover brevemente a autonomia patrimonial da pessoa jurídica a fim de alcançar o patrimônio pessoal dos sócios, atribuindo-lhes a responsabilidade aos prejuízos causados em desfavor dos seus credores, os quais poderão solicitar a desconsideração da personalidade jurídica quando houver má-fé ou excessos na função e autonomia da mesma.

2 A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E AS CORRENTES DOUTRINÁRIAS

Os embrionários estudos foram iniciados no Brasil, através do jurista comercialista professor Rubens Requião, na década 60. Certamente, o Código Civil de 1916 não abordaria a "disregard doctrine", o que ocorreria através dos julgados repetitivos e entendimentos jurisprudenciais, ao longo dos anos e assim a teoria foi desenvolvendo-se, determinando a responsabilização dos sócios e administradores das empresas em razão de abuso da personalidade jurídica da empresa.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, foi batizada por Rubens Requião, com o nome de teoria da penetração, buscando responsabilizar o sócio quando a autonomia da personalidade jurídica da empresa teria sido utilizada arbitrária e contrariamente ao seu estatuto social.

A partir de então, os ordenamentos brasileiros passaram, juntamente com a doutrina, a encampar a aplicação e ampliação da teoria da desconsideração, embora a doutrina tenha evoluído muito mais que os ordenamentos, que apenas difundiram a codificação da teoria nos anos 90 e 2000, com o CDC e o CC, respectivamente. A dissemelhança da aplicação entre os dois ordenamentos abriu margem para a criação de duas correntes da desconsideração: a maior e a menor, sendo a menor aquela aplicada principalmente nas relações de consumo, e a maior nas demais relações contratuais.

4 REQUISITOS PRESSUPOSTOS NO ÂMBITO JURÍDICO

4.1 A Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica e seu Impacto frente o Desvio de Finalidade

A teoria maior subjetiva é predominante nos dias atuais, no campo jurídico brasileiro, perpetrado no artigo 50 do Código Civil, tendo como pressuposto, o desvio de finalidade pelo uso abusivo da empresa, isto é, fraudulento e contumaz:

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.

O código deixa claro, assim como a “disregard doctrine”, para haver aplicação legal do instituto da desconsideração da personalidade jurídica o elemento fraude deve estar presente, restringindo sua aplicabilidade em casos específicos, em que há comprovação do requisito. Nesse sentido, complementa Cristiano Chaves:

Partindo de um prisma, a teoria maior propugna que a desconsideração da personalidade jurídica somente será possível episodicamente, e cada caso concreto, e que apenas é cabível ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica como uma forma de combate a fraudes e abusos praticados através dela. Em síntese: a teoria maior exige a presença de um requisito específico para que se efetive a desconsideração (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

Tais requisitos, foram assim percorridos por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2013, p.312):

Desvio de Finalidade: a identificação do desvio de finalidade nas atividades da pessoa jurídica deve partir da constatação da efetiva desenvoltura com que a pessoa jurídica produz a circulação de serviços ou de mercadorias por atividade lícita, cumprindo ou não o seu papel social, nos termos dos traços de sua personalidade jurídica. Se a pessoa jurídica se põe a praticar atos ilícitos ou incompatíveis com sua atividade autorizada, bem como se com sua atividade favorece o enriquecimento de seus sócios e sua derrocada administrativa e econômica, dá-se ocasião do sistema de direito desconsiderar sua personalidade e alcançar o patrimônio das pessoas que se ocultam por detrás de sua existência jurídica.

Confusão patrimonial: também é aplicada a desconsideração nos casos em que houver confusão entre o patrimônio dos sócios e da pessoa jurídica. Essa situação decorre da não separação do patrimônio do sócio e da pessoa jurídica por conveniência da entidade moral. Neste caso, o sócio responde com seu patrimônio para evitar prejuízos aos credores, ressalvada a impenhorabilidade do bem de família e os limites do patrimônio da família. Portanto, consoante lição de César Fiúza³⁷, ter-se-á desvio de finalidade quando a pessoa jurídica descumprir a finalidade a que se destina, causando prejuízo a terceiros, ou desrespeitar o próprio princípio da função social da empresa. De outro giro, a confusão patrimonial ocorrerá quando não for possível a delimitação do acervo patrimonial da pessoa jurídica e dos sócios ou evidenciada a dissolução irregular da pessoa jurídica. Desaparecimento desta, mas subsistência de débitos.

Neste contexto, seguindo esta corrente, corroboram os Enunciados nº 146 e 7 da III Jornada de Direito Civil, respectivamente: "Nas relações civis interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica, previstos no artigo 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial)". "Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócio que nela hajam incorrido."

4.2 A Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Abuso de Direito

A desconsideração da personalidade jurídica, era aplicada de modo diverso nas relações de consumo, modificados a partir dos pressupostos originários da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, com a Lei 8078/90, reduzindo de modo particular as barreiras subjetivas do Código Civil de 1916, e de modo excepcional, quando combinado com o Código Civil de 2002, como culpa ou fraude, possibilitando a sua utilização em situações objetivas, como insolvência, por exemplo, conforme demonstra o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor:

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 provocada por má administração.

Denota-se que a intenção do Código de Defesa do Consumidor, como prenuncia Nunes (2012, p.803) é: "[...] permitir a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, mesmo nos casos em que o consumidor esteja sendo violado por simples responsabilidade objetiva dos atos praticados pelo fornecedor".

De modo que a desconsideração de personalidade jurídica, advém da má gestão de unidade ou de grupo empresarial, causando dúvida na administração e também quais circunstâncias foram geradas ou caracterizadas. Neste contexto, e de modo particular entender-se que a má gestão seria decorrente de dolo, fraude ou simulação por parte de seus gestores, o que faria com que a desconsideração da personalidade jurídica, frente ao Código de Defesa do Consumidor incorresse nos mesmos pressupostos abordados pelo Código Civil. Não obstante, entende-se que a má gestão deve ser analisada de maneira extensiva, de modo mais abrangente, dado que a identificação e vinculação de um ato de má gestão como a causa da insolvência, é matéria extremamente difícil de produzir prova, além disso quando se leva em consideração a hipossuficiência do consumidor.

Na linha de interpretação complementada por Bruno Miragem:

[...] no que diz respeito à segunda parte do dispositivo, as hipóteses de falência, insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica não importam na desconsideração per se. Ao contrário, apenas decorrem quando tais circunstâncias decorram diretamente de má-administração. A exigência de simples incompetência administrativa abre a

possibilidade de desconsideração, via interpretação extensiva, a qualquer espécie de falência ou estado de insolvência, uma vez que é de se pressupor que, racionalmente a consecução da finalidade lucrativa das sociedades não é alcançada em vista da falta de conhecimento ou competência na administração do negócio. Da mesma forma, a demonstração do que seria incompetência administrativa do sócio ou administrador, e sua vinculação como causa da falência ou insolvência do fornecedor, é prova de difícil produção (MIRAGEM, 2013, p.604).

Afastando completamente o entendimento e dúvida existente entre as duas teorias, trazendo de modo didático a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, como observa-se no julgado abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSUMIDOR. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AUSÊNCIA DE PATRIMÔNIO DA PESSOA JURÍDICA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INDÍCIOS DE FRAUDE. INEXIGÍVEL. APLICAÇÃO DA TEORIA MENOR. DECISÃO REFORMADA. 1. O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor adotam teorias distintas para justificar a desconsideração da personalidade jurídica. Enquanto o primeiro acolheu a teoria maior, exigindo a demonstração de abuso ou fraude como pressuposto para sua decretação (CC art. 50), o CDC perfilha a teoria menor, a qual admite a responsabilização dos sócios quando a personalidade da sociedade empresária configurar impeditivo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor (CDC art. 28, § 5º). 2. Na hipótese, tratando-se de relação de consumo, comprova-se a realização de diligências infrutíferas no sentido de encontrar bens passíveis de penhora, sendo suficiente para decretar a perda episódica da personalidade jurídica do fornecedor. 3. Somando-se a ausência de patrimônio, têm-se fortes indícios da prática de atos fraudulentos, uma vez que a executada não foi encontrada nos diversos endereços indicados nos sistemas de pesquisa, constando nos registros da Receita Federal como inapta. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão n.950088, 20150020332364AGI, Relatora: Maria Ivatônia, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 22/06/2016, publicado no DJE: 29/06/2016, p. 213/221).

5 A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUAS FONTES DE INSPIRAÇÃO

Quanto à modalidade inversa da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, observa-se que o direito brasileiro não se privou e decidiu abarcar fontes que trouxessem maior segurança jurídica para o cenário empresarial.

O instituto tem previsão legal, determinando o afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, por meio da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, com o objetivo de atingir o patrimônio do ente coletivo, desviado pelos sócios. Responsabiliza-se, pois, a pessoa jurídica por obrigações adquiridas pelos seus sócios-controladores, de modo a não invalidar a personalidade jurídica. Nesse sentido temos:

A utilização da desconsideração da personalidade jurídica de forma inversa, do mesmo modo que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, não tem como objetivo a invalidação da personalidade jurídica, mas somente a afirmação da impotência para determinado ato, sendo que aquela possui os mesmos pressupostos e requisitos desta (SANDRI ; OLIVEIRA, 2013, p.8).

O entendimento da teoria inversa de desconsideração da personalidade jurídica, é justamente combater o uso indevido da personalidade da empresa pelos seus sócios, o que pode ser observado, como supramencionado, na situação em que esse esvazia seu patrimônio pessoal para integralizar o patrimônio social da sociedade para não responder por dívidas e obrigações. Portanto:

A conveniência do instituto surge se o devedor esvazia o seu patrimônio, transferindo os seus bens para a titularidade da pessoa jurídica da qual é sócio. É artimanha comum, por exemplo, aos cônjuges ardilosos que, antecipando-se ao divórcio, retiram do patrimônio do casal bens que deveriam ser objeto de partilha, alocando-os na pessoa jurídica da qual é sócio, pulverizando assim os bens deslocados.

Em tais circunstâncias, pode o juiz desconsiderar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, alcançando bens que estão em seu próprio nome, entretanto, para responder por dívidas que não são suas, e sim de um ou mais de seus sócios (FERRIANI, 2016).

Assim, torna-se possível a aplicação da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica da empresa, a partir da interpretação do art. 50 do Código Civil de 2002, pelo qual se atinge os bens da sociedade, em razão das dívidas adquiridas pelo sócio controlador, desde que estejam preenchidos os requisitos trazidos pela legislação.

Em tais circunstâncias, o magistrado concede uma ordem legal autorizando que a autonomia patrimonial da empresa seja desconsiderada, alcançando seus próprios bens, para responder por dívidas e obrigações efetuadas por seus sócios.

Trata-se, na verdade, de mecanismo de efetivação do princípio do resultado da tutela executiva, bem como a ocorrência da devida responsabilização civil pelas dívidas contraídas, garantindo, assim, mais uma medida para proteção ao credor quando constatadas medidas abusivas do devedor.

Notadamente, o direito evolui no caso concreto de maneira mais veloz do que a legislação, visando coibir práticas abusivas, na verdade, contra o desenvolvimento da economia brasileira, assim, relativizando-se, quando preenchidos requisitos que veremos a seguir, ao máximo a autonomia tanto das pessoas jurídicas quanto das pessoas físicas (PRIMON, 2016).

Nesse sentido, a utilização do instituto não deverá ser feita de maneira leviana, exigindo especial cautela do magistrado, configurando-se como medida excepcional. A desconsideração somente será deferida pelo juiz, a requerimento das partes ou do Ministério Público, quando em desconformidade com o art. 50 do Código Civil, e no caso da prova de insolvência estiverem claramente demonstrados os requisitos da teoria subjetiva da desconsideração da personalidade jurídica ou da teoria objetiva.

Aliás, essa desconsideração da personalidade jurídica não atua apenas no sentido da responsabilidade do controlador por dívidas da sociedade controlada, mas também em sentido inverso, ou seja, no da responsabilidade desta última por atos do seu controlador. A jurisprudência americana, por exemplo, já firmou o princípio de que os contratos celebrados pelo sócio único, ou pelo acionista largamente majoritário, em benefício da companhia, mesmo quando não foi a sociedade formalmente parte no negócio, obriga o patrimônio social, uma vez demonstrada a confusão patrimonial de facto (KONDER, 2016).

Portanto em regra, não poderá haver a responsabilização da sociedade em face de obrigações assumidas, de forma particular, pelos seus sócios, haja vista que, legalmente, os bens da sociedade fazem parte do patrimônio autônomo da pessoa jurídica. Todavia, tal regra não subsiste quando demonstrada a transferência de bens particulares para a sociedade, com o intuito de prejudicar terceiros.

Percebe-se então, que a desconsideração do véu da sociedade, de modo inverso, implicaria a aplicação de mais uma medida objetivando coibir fraudes contra credores e terceiros “que, lançando mão dos princípios sensíveis à constituição da pessoa jurídica, transferem seu patrimônio para a pessoa jurídica por ele controlada” (RANGEL, 2016).

Tauã Lima Verdan Rangel (2016), afirma:

caso não demonstrada a transferência de bens do patrimônio particular do sócio devedor, exsurge evidente que, na condição de sócio de fato da sociedade ou do grupo de sociedades, estar-se-ia retirando da sociedade o necessário para manutenção da pessoa jurídica existente.

Também será imprescindível a análise dos entendimentos jurisprudenciais sedimentados emanados pelos Tribunais de Justiça, “porquanto, ao se manifestarem sobre situações concretas, amoldam as normas genéricas e abstratas, bem como traçam linhas diretivas a serem observadas” (RANGEL, 2016). Assim, colhem-se os seguintes:

Decisão: Trata-se de agravo nos próprios autos (CPC, art. 544), interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial sob os seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 179/181): (a) inexistência de obscuridade, contradição ou omissão no acórdão recorrido; e (b) incidência da Súmula nº 7/STJ.

O acórdão recorrido tem a seguinte ementa (e-STJ, fl. 108):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. GRUPO ECONÔMICO. POSSIBILIDADE. A desconsideração da personalidade jurídica, por se tratar de medida excepcional, requer a demonstração do desvio de finalidade, caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso

abusivo da personalidade jurídica, ou a confusão patrimonial, demonstrada pela inexistência de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios. Havendo prova no sentido de que ocorre confusão patrimonial entre os bens das empresas integrantes do mesmo grupo econômico, deve-se autorizar a desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ, fls. 130/138). Nas razões do recurso especial (e-STJ, fls. 145/158), fundado no art. 105, III, a e c, da CF, o recorrente aduziu violação dos arts. 535 e 458 do CPC, pois a rejeição de seus aclaratórios teria acarretado negativa de prestação jurisdicional, não tendo o TJDF se manifestado especialmente sobre o suporte fático para preenchimento dos requisitos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica (CC/02, art. 50) e a respeito da norma que determina seja a execução feita da maneira menos gravosa ao devedor (CPC, art. 620).

Acrescentou ter havido falta de critério ao se aplicar o art. 50 do CC/02, haja vista a desconsideração da personalidade jurídica requerer, para sua aplicação, o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, situações que não se teriam caracterizado no caso concreto.

No agravo (e-STJ, fls. 187/201), afirmam presentes todos os requisitos para admissão do recurso especial.

Contraminuta apresentada pelo recorrido (e-STJ, fls. 204/210). É o relatório. Decido.

Quanto à tese da negativa de prestação jurisdicional, decorrente da rejeição dos aclaratórios, cumpre dizer primeiramente, que a matéria relativa ao art. 620 do Código de Processo Civil foi submetida ao Tribunal de origem, pela primeira vez, nos embargos de declaração. Assim, como o tema não foi aventado no agravo de instrumento anterior, não estava mesmo o Tribunal obrigado a se manifestar sobre ele.

No que respeita ao art. 50 do CC/02, a desconsideração da personalidade foi o único assunto tratado no acórdão impugnado.

Descabido, portanto, cogitar de omissão sanável por embargos de declaração, que não se prestam para impugnar eventual insuficiência do acervo probatório.

No mais, verifica-se que o Tribunal de origem decidiu a matéria de forma fundamentada, ainda que as conclusões tenham sido contrárias aos interesses da recorrente. O julgador não fica compelido a analisar todos os argumentos invocados pela parte, desde que tenha encontrado motivação satisfatória para dirimir o litígio, não se identificando omissão, contradição ou obscuridade no acórdão impugnado. No mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO DE TODAS AS QUESTÕES RELEVANTES DA LIDE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 535 DO CPC. REAVALIAÇÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ. DECISÃO MANTIDA

Inexiste afronta ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido analisou todas as questões pertinentes para a solução da lide. O fato de a decisão ser contrária aos interesses da parte recorrente não configura negativa de prestação jurisdicional. (...)

Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 409.072/RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 25.02.2014, DJe 05.03.2014)

Em relação aos requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica, o colegiado de segunda instância pronunciou-se da seguinte forma (e-STJ, fls. 112/113):

Na presente hipótese, tudo leva a crer que ocorreu o esgotamento do patrimônio da ré/agravante, dado o resultado das diligências frustradas comprovadas nos autos. E a decisão agravada expressamente consignou situação de confusão patrimonial que autoriza o deferimento da desconsideração inversa da personalidade jurídica da ré/agravante. Confira-se: 'Sobre o caso em tela, alguns pontos em especial chamam a atenção deste juízo. O primeiro deles se deve ao fato de uma sociedade empresarial do porte da executada não possuir qualquer saldo positivo em suas contas bancárias, conforme extratos de pesquisa Bacen Jud às fls. 595-599 e 668-671. Ainda, conclui-se das diligências empreendidas pela parte exequente, às fls. 698-710, que a parte executada não possui nenhum imóvel

sequer que não esteja gravado com ônus real, por meio de hipotecas, bem como que não seja objeto de diversas penhoras judiciais, o que torna inviável sua utilização para fins de saldar os débitos existentes. Por fim, todos os mandados de penhora expedidos no decorrer dos autos restaram infrutíferos, eis que não lograram êxito em localizar renda da parte executada, em que pese continuar em plena atividade.

Se o estabelecimento empresarial praticado pela executada/agravante é considerado uma macro empresa, não se pode presumir tampouco a possibilidade da manutenção do funcionamento da empresa desprovido de qualquer fonte de renda, bens móveis ou imóveis, evidenciando-se a ocorrência de confusão patrimonial e desvio de finalidade com as demais empresas do grupo econômico, portanto deve-se deferir a desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Havendo o Tribunal de origem concluído, com base na prova dos autos, pela caracterização de confusão patrimonial, não é possível afirmar o contrário sem reexaminar fatos e provas, o que veda a Súmula nº 7/STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. VIOLAÇÃO DO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INDEFERIMENTO PELA CORTE A QUO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. INVERSÃO DO JULGADO. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. 2. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. A Corte local verificou, através do exame fático-probatório dos autos, que os requisitos autorizadores para a desconsideração da personalidade jurídica dos agravados não estavam presentes no caso.

Dessa forma, a inversão do julgado esbarra no óbice do Enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 596.007/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 18.12.2014, DJe 05.02.2015).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO DE TODAS AS QUESTÕES RELEVANTES DA LIDE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 535 DO CPC. REAVALIAÇÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. O recurso especial não comporta o exame

de questões que impliquem incursão no contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula nº 7 do STJ. 3. No caso concreto, a análise das razões apresentadas pelos recorrentes quanto à ausência de requisitos para se decretar a desconsideração da personalidade jurídica da empresa demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial. Agravo regimental a que se nega provimento.’ (AgRg no AREsp 473.873/MG, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 03.04.2014, DJe 25.04.2014)

Diante do exposto, nego provimento ao agravo, nos termos do art. 544, § 4º, II, a, do CPC. Publique-se e intimem-se.” (STJ, AREsp 653.915, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 03.03.2015).

Da mesma forma que a separação das personalidades dos sócios e da pessoa jurídica foi criada para gerar maior segurança jurídica, estabelecendo responsabilidades e autonomias diversas, por outro lado, tal delimitação possibilitou a utilização da personalidade da pessoa jurídica da empresa para fins indevidos, através de ações empresariais fraudulentas, buscando prejudicar credores além de ato atentatório à dignidade da justiça.

Nesse sentido surge então, a teoria inversa da desconsideração da personalidade jurídica, como mecanismo de atingir o obstáculo criado para o adimplemento dos credores. Afasta-se a autonomia patrimonial da sociedade para responsabilizar a pessoa jurídica, atingindo assim, o patrimônio social indevidamente constituído por determinado sócio e, conseqüentemente, o sócio devedor, pelas obrigações adquiridas por este.

Assim, mesmo que a consequência da sua aplicação seja inversa à da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, ambas possuem o mesmo objetivo de buscar cercear o uso indevido do ente societário e de sua personalidade pelos seus sócios.

5.1 Rito Processual da Desconsideração pelo Código de Processo Civil

A datar da vigência do Código de Processo Civil, podemos observar, primeiramente, através da leitura do art. 133, o incidente de desconsideração da personalidade será proposto a requerimento da parte, ademais o Ministério Público igualmente terá legitimidade de agir, como parte ou como custos legis. Ainda, em seu art. 134, lê-se “o incidente da desconsideração é cabível em todas as fases do processo

de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial”.

Além disso, no §2º do referido artigo indica que “dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica”.

A leitura do referido dispositivo transmite a ideia que o procedimento da desconsideração sempre irá tramitar como ação autônoma, em razão do próprio legislador referir que não haverá incidente caso, na peça exordial, a parte houver pleiteado a incidência do instituto. À vista disso, Macedo e Migliavacca clarificam:

O debate dar-se-á no ventre do processo em que debatida a questão principal, mas como o objetivo é a simplificação (marca do NCPC), nada obsta que, no caso concreto, possa o juiz deliberar pela autuação apartada, se assim recomendar a organização do incidente ou se houver justificativa para que o processo prossiga no trato das questões principais, sobretudo se existirem outros pedidos, eventualmente cumulados, que não se relacionem com o tema incidental.

Percebe-se, por conseguinte, a atenção do legislador com o princípio da celeridade processual, frente à redundância de ajuizar-se ação autônoma para processar o pedido de desconsideração da pessoa jurídica, caso tenha sido requerida na peça exordial.

Cabe ressaltar, que o art. 134, caput e § 2º, do CPC permite que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, a qualquer tempo e em qualquer fase do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença ou na execução de título executivo extrajudicial, na forma de incidente processual, hipótese essa em que ocorre a suspensão do processo principal.

Insta referir, para a instauração do referido incidente, é necessária a comprovação dos pressupostos materiais da teoria maior ou menor da desconsideração da personalidade jurídica.

Evidencia-se que o NCPC faz menção expressa à viabilidade de aplicação da desconsideração inversa da personalidade jurídica. Além da ampla aceitação da tese da desconsideração inversa pelo Poder Judiciário, a redação dada pelo Novo Código de Processo Civil encerra quaisquer dúvidas quanto ao instituto, evidenciando a viabilidade de responsabilizar a sociedade por obrigações contraídas de forma abusiva por seu sócio.

Enfim, o CPC determina que a decisão do incidente, independentemente de deferimento ou indeferimento, é uma decisão interlocutória, recorrível, através de agravo de instrumento.

5.2 Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

Análise das jurisprudências do STJ, na íntegra:

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA. Discute-se, no REsp, se a regra contida no art. 50 do CC/02 autoriza a chamada desconsideração da personalidade jurídica inversa. Destacou a Ministra-Relatora, em princípio, que, a par de divergências doutrinárias, este Superior Tribunal sedimentou o entendimento de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica dentro do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria. Por outro lado, expõe que, da análise do art. 50 do CC/02, depreende-se que o ordenamento jurídico pátrio adotou a chamada teoria maior da desconsideração, segundo a qual se exige, além da prova de insolvência, a demonstração ou de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração) ou de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). Também explica que a interpretação literal do referido artigo, de que esse preceito de lei somente serviria para atingir bens dos sócios em razão de dívidas da sociedade, e não o inverso, não deve prevalecer. Anota, após essas considerações, que a desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir, então, o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações de seus sócios ou administradores. Assim, observa que o citado dispositivo, sob a ótica de uma interpretação teleológica, legitima a inferência de ser possível a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sua modalidade inversa, que encontra justificativa nos princípios éticos e jurídicos intrínsecos à própria disregard doctrine, que vedam o abuso de direito e a fraude contra credores. Dessa forma, a finalidade maior da disregard doctrine contida no preceito legal em comento é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios.

Ressalta que, diante da desconsideração da personalidade jurídica inversa, com os efeitos sobre o patrimônio do ente societário, os sócios ou administradores possuem legitimidade para defesa de seus direitos mediante a interposição dos recursos tidos por cabíveis, sem ofensa ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal. No entanto, a Ministra-Relatora assinala que o juiz só poderá decidir por essa medida excepcional quando forem atendidos todos os pressupostos relacionados à fraude ou a abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/02. No caso dos autos, tanto o juiz como o Tribunal a quo entenderam haver confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente. Nesse contexto, a Turma negou provimento ao recurso. Precedentes citados: REsp 279.273/SP, DJ 29.03.04; REsp 970.635/SP, DJe 01.12.09; e REsp 693.235/MT, DJe 30.11.09” (REsp 948.117/MS, Rel^a Min^a Nancy Andrighi, j. 22.06.2010).

Legitimidade Ativa:

DIREITO CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA PARA REQUERER DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DE PERSONALIDADE JURÍDICA. Se o sócio controlador de sociedade empresária transferir parte de seus bens à pessoa jurídica controlada com o intuito de fraudar partilha em dissolução de união estável, a companheira prejudicada, ainda que integre a sociedade empresária na condição de sócia minoritária, terá legitimidade para requerer a desconsideração inversa da personalidade jurídica de modo a resguardar sua meação. Inicialmente, ressalte-se que a Terceira Turma do STJ já decidiu pela possibilidade de desconsideração inversa da personalidade jurídica – que se caracteriza pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio -, em razão de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02 (REsp 948.117/MS, DJe 03.08.2010). Quanto à legitimidade para atuar como parte no processo, por possuir, em regra, vinculação com o direito material, é conferida, na maioria das vezes, somente aos titulares da relação de direito material. Dessa forma, a legitimidade para requerer a desconsideração é atribuída, em regra, ao familiar que

tenha sido lesado, titular do direito material perseguido, consoante a regra segundo a qual 'ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei' (art. 6º do CPC). Nota-se, nesse contexto, que a legitimidade para requerer a desconsideração inversa da personalidade jurídica da sociedade não decorre da condição de sócia, mas, sim, da condição de companheira do sócio controlador acusado de cometer abuso de direito com o intuito de fraudar a partilha. Além do mais, embora a companheira que se considera lesada também seja sócia, seria muito difícil a ela, quando não impossível, investigar os bens da empresa e garantir que eles não seriam indevidamente dissipados antes da conclusão da partilha, haja vista a condição de sócia minoritária." (REsp 1.236.916/RS, Relª Minª Nancy Andrighi, j. 22.10.2013)

A Ministra Nancy Andrighi contextualiza, que cabe ao juiz agir com o devido poder de cautela, sobretudo quando da aplicação da forma inversa, já que a segurança jurídica intrínseca ao caso de criação de novos empreendimentos e a separação da autonomia patrimonial entre o capital social da empresa e o dos sócios são fundamentais.

Deste modo:

"A Ministra Nancy Andrighi explica a desconsideração inversa num contexto no qual o sócio desvirtuoso, cujo patrimônio tenha transferido para a pessoa jurídica com o intuito de gerar uma confusão patrimonial, se livra de consequências jurídicas sobre seus atos ilegais" (SANDRI; OLIVEIRA, 2013, p. 9).

A jurisprudência supramencionada, não tendo sido deferida pela Exma. Srª. Ministra, a aplicação do instituto da desconsideração inversa da personalidade jurídica, se faz carregada de insegurança jurídica, sob pena de ver-se acobertado do manto da personalidade jurídica da empresa, conjuntamente com seus bens, para fins de fraudes e ilicitudes de seus sócios.

E, hodiernamente acerca do tema, colaciona-se as seguintes decisões:

[...] Configura-se a confusão patrimonial no caso de indistinação entre patrimônios do administrador ou sócio e da empresa, em afronta à autonomia patrimonial, com o objetivo de se esquivar ao cumprimento de obrigação; situação ainda mais evidente

quando envolve empresa individual, que não possui personalidade própria. Na espécie, o empresário individual adquiriu a integralidade das cotas de uma Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, por valor superior ao débito tributário exequendo, a fim de ocultar ou mesclar nesta o patrimônio da empresa individual que deveria ser objeto da execução fiscal, havendo indícios de que essa oneração levou esse devedor à insolvência. Precedentes citados: REsp n. 1.355.000/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 10/11/2016; REsp n. 1.260.332/AL, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 12/9/2011.

VI - Incide o instituto da desconsideração inversa da personalidade jurídica (art. 50 do CC/2002 c/c art. 133, § 2º, do CPC/2015), na hipótese em que o administrador ou sócio esvazia seu patrimônio pessoal para ocultá-lo de credores sob o manto de uma pessoa jurídica. No presente caso, faz-se necessário o afastamento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica integralmente adquirida (EIRELI), na qual é ocultado o patrimônio do empresário individual que deveria ser objeto da execução fiscal, ficando claro que a personalidade jurídica da empresa adquirida está servindo como cobertura para a fraude à satisfação do crédito tributário.

[...] VIII - Diante dos indícios de confusão patrimonial na referida aquisição presumidamente fraudulenta, deve ser restaurada a decisão de primeira instância que determinou a inclusão no polo passivo da execução fiscal da pessoa jurídica integralmente adquirida com bens que seriam objeto de satisfação do feito executivo. [...]

Além disso:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, NEGAR-LHE PROVIMENTO. [...] Quanto à aplicação da

desconsideração da personalidade jurídica de forma inversa, a jurisprudência do STJ admite sua incidência, a fim de possibilitar a responsabilização patrimonial da pessoa jurídica por dívidas próprias dos sócios, quando demonstrada a utilização abusiva da personalidade jurídica. No que diz respeito à alegação de afronta ao art. 50 do CC/2002, verifica-se que o Tribunal de origem, soberano na análise de fatos e provas, concluiu pela ausência dos requisitos necessários à desconsideração inversa da personalidade jurídica. [...]

Há de se destacar que os referidos votos demonstram a consolidação da aplicação do instituto em nosso ordenamento jurídico, não restando incertezas quanto à sua aplicabilidade ante à extensa referência pelo STJ.

Cabe mencionar que os votos apontam constantemente em suas fundamentações o cumprimento dos requisitos necessários para a desconsideração da personalidade jurídica, de forma a consubstanciar a cautela exigida ao magistrado para a apreciação deste instituto em razão de sua complexidade.

Não obstante a recente jurisprudência supramencionada, a não aplicação da devida teoria traria um cenário de maior insegurança jurídica, em razão da possível intangibilidade da personalidade jurídica da empresa, bem como seu patrimônio, com o desígnio de perpetrar ilicitudes e fraudes de seus sócios.

A unicidade da aplicação da teoria inversa de desconsideração da personalidade jurídica viabiliza inferir que, embora a autonomia patrimonial da sociedade ser um princípio intrínseco do direito empresarial pátrio, quando comprovadas as exigências do art. 50 do Código Civil, a plausibilidade de aplicação do instituto, de forma embasada, sendo empregado com prudência.

6. A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO TRIBUTÁRIO

A desconsideração da personalidade jurídica se mostra como importante maneira de coibir a fraudes na utilização de pessoas jurídicas para fins ilícitos, pois permite invadir o patrimônio daquele que utiliza o ente societário com desvio de finalidade, abuso de poder, confusão patrimonial, ou mesmo, no caso do Código de Defesa do Consumidor e dos crimes ambientais, aquele que utiliza de subterfúgios para se tornar inadimplente das obrigações que foram contraídas perante seus credores.

O instituto da desconsideração inversa da personalidade jurídica, como observamos e estudamos até o momento, consiste em alcançar os bens patrimoniais dos sócios e administradores no quesito da satisfação dos débitos da sociedade, e no sentido de afastar em casos específicos, a regra que delimita a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas.

A evolução da jurisprudência e doutrina, do instituto denominado desconsideração inversa da personalidade jurídica, consiste única e exclusivamente no afastamento patrimonial do indivíduo como pessoa física, buscando alcançar os bens de uma pessoa jurídica, para o devido cumprimento de obrigações.

Nesse sentindo é saliente verificar a importância dessa evolução, pois o devedor e o sócio nesta mesma condição, caso haja o exaurimento de seus bens patrimoniais, este instituto visa buscar os bens da pessoa jurídica, por meio de transferência de seu patrimônio pessoal e particular, para a atividade societária empresarial, a qual este compõe seu quadro.

Facilmente identificamos essa situação, a qual ocorre frequentemente no direito de família, onde um dos cônjuges, no intuito de dissipar seus bens patrimoniais e não incluir na meação, destina o que possuía para ente societário.

O instituto é de vital importância no direito tributário, pois rotineiramente está sendo utilizado como meio de escudo e proteção, a pessoa jurídica na organização patrimonial e planejamento tributário das pessoas físicas que obstem no recebimento interposto por meio da sociedade. Em matéria de direito no crédito tributário, os mesmos requisitos devem estar presentes e previstos para os créditos em geral, ou seja, deve ocorrer a tentativa de fuga de adimplemento de obrigação, através da fraude, ato ilícito e confusão patrimonial, para que ocorra essa invasão no patrimônio da sociedade por dívida dos sócios.

Em suma, os requisitos para a desconsideração inversa no campo do Direito Tributário, devem seguir os mesmos, e estão previstos no artigo 135 do Código Tributário Nacional, ou seja, a conduta do devedor é compreendida como prática com excesso de poderes ou infração de lei nos contratos sociais ou estatutos.

O art. 135, III do Código Tributário Nacional autoriza a responsabilização pessoal daquele que pratica atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, compreende e legitima o ingresso no patrimônio da pessoa jurídica ou mesmo da fundação para que se satisfaça a obrigação do sócio, em regra, controlador da instituição.

O ponto crucial da permissão jurídica dessa situação, é não admitir a natureza das operações em relação à finalidade a que se destinam, observando-se que não cabe manter a autonomia patrimonial de uma empresa no intuito de receber e administrar o patrimônio de pessoa física, ou mesmo de uma outra pessoa jurídica com maneira de fraudar a execução fiscal ou mesmo a dilapidar o patrimônio de quem possui débitos de natureza fiscal, consoante enuncia HENRIQUE, José Longo (2017):

A constituição de holding não afasta de modo algum, eventual responsabilidade do administrador, sócio ou não, que praticar atos com excesso de poderes ou infração de lei. E para o caso de sócio, a holding de participações serve apenas para fixar um compartimento patrimonial (onde se encontra a empresa operacional) na hipótese de liquidação da empresa operacional ou mesmo o reconhecimento de sua dissolução irregular. De qualquer modo, a interposição da holding não pode prevalecer jamais em caso de fraude objetivando a posterior fuga do cumprimento de obrigações regularmente constituídas. Nesse caso, a holding terá sua personalidade jurídica desconsiderada para que o sócio, pessoa física, responda pelas obrigações.

A ocorrência da desconsideração da personalidade jurídica, devem conjugar os requisitos previstos no art. 135, III do Código Tributário Nacional com o artigo 50 do Código Civil, considerando sempre as disposições constitucionais relacionadas à proteção da atividade econômica e a garantia da livre iniciativa.

Portanto, a ineficiência de atos de alienação do patrimônio do devedor para uma pessoa jurídica a qual é sócio, o instituto da desconsideração inversa da personalidade jurídica torna-se comprometido, pois os atos não surtiram efeitos em relação ao fisco credor, o que deve assegurar a licitude das operações no combate à sonegação fiscal e à evasão de divisas, por meio de ações planejadas e simuladas e sem substância fático jurídicas.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desconsideração inversa da personalidade jurídica, tem como objetivo impedir a fraude de obrigações por meio da personalidade jurídica em prejuízo de terceiros.

A desconsideração inversa da personalidade jurídica, como o próprio nome remete, é a inversão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, se esta visa impedir que a empresa camufle seus bens no patrimônio dos

sócios, aquela visa impedir que o sócio oculte seus bens pessoais no patrimônio da empresa.

Para a aplicação dessa teoria, devem ser observados alguns elementos e principais requisitos. Em primeiro, e mais importante, a configuração de fraude ou abuso caracterizado pelo desvio de finalidade ou ainda pela confusão patrimonial conforme preceitua o artigo 50 do código civil, da sociedade jurídica contra os credores; em segundo, verificação do tipo societário, uma vez que apenas podem ter sua personalidade desconsiderada judicialmente para a invasão do patrimônio do sócio as sociedades limitada e a sociedade por ações, ou seja, aquelas que pelo seu tipo societário visam a separação de patrimônios; em terceiro, já em âmbito processual após a decretação da desconsideração da personalidade jurídica, a possibilidade de penhora de bens pessoais de terceiros.

Com relação às pessoas jurídicas, o reflexo se deu na imposição da satisfação de uma função social, superior ao interesse particular de seus sócios. Portanto, exige-se que a pessoa jurídica assim como a pessoa física, conduzam-se pautadas em elevados valores éticos e na boa-fé objetiva. A desconsideração da personalidade jurídica, seja na modalidade direta ou na inversa, objetiva justamente coibir a fraudulenta utilização da pessoa jurídica. A desconsideração inversa, cabível para se responsabilizar a sociedade por obrigação imputada ao sócio, assim como a modalidade direta. Por se tratar de medida excepcional, tem cabimento quando evidenciada a satisfação, no caso concreto, de seus requisitos (os mesmos previstos na modalidade direta). Por fim, consideramos consolidar relevantíssima medida a resguardar a legitimação das relações jurídicas, coibindo a perpetração de fraudes.

8 REFERÊNCIAS

BIANQUI, Pedro Henrique Torres. **Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. STJ - AgRg no AREsp 1552449/SP 2015/0215776-1, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de julgamento 15/12/2015 TERCEIRA TURMA, Data de publicação, DJe 02 fev. 2016.

BRASIL. STJ - REsp: 279273 SP 2000/0097184-7, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 04/12/2003, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 29 mar. 2004 p. 230RDR v. 29 p. 356

BRASIL. STJ - REsp: 948117 MS 2007/0045262-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 22/06/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 03 ago. 2010

BRASIL. STJ - AgRg no AREsp 409.072/RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 25.02.2014, DJe 05 mar. 2014

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão n.950088, 20150020332364AGI, Relatora: Maria Ivatônia, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 22/06/2016, publicado no DJE: 29 jun. 2016, p. 213,221

BRASIL. STJ – REsp: 1810414 RO 2019/0112568-5, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 15/10/2019, T2 SEGUNDA TURMA, Data de Publicação; Dje 18 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Código Civil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>

<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil.** Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 5ª Edição.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. II.

_____. **Manual de Direito Comercial.** Direito de Empresa. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de direito Comercial.** São Paulo: Saraiva, 1999. v 2 p. 45.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Teoria Geral do Direito Civil. v 1. 32. ed. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil.** ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERRIANI, Adriano. **A desconsideração inversa da personalidade jurídica.** Disponível em

<<http://www.migalhas.com.br/Civilizalhas/94,MI178414,21048A+desconsideracao+inversa+da+personalidade+juridica>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

HENRIQUE, José Longo. **Criação de Holding e Proteção Patrimonial.**

Disponível em: <<https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2017/12/Jos%C3%A9-Henrique-Longo.pdf>>. Acesso em: 06 de maio 2020.

KONDER, Calos Nelson. **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 10. ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Dan de. SANDRI, Gabriel de Araújo. Despersonalização inversa da pessoa jurídica na justiça do trabalho. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 232-249, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044. Acesso em: 10 de abr. 2021.

PRIMON, Rafael Fernandes. **A desconsideração da personalidade jurídica inversa**. Disponível em: <<http://crismessa.jusbrasil.com.br/artigos/147303314/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-inversa>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. **A teoria da desconsideração da personalidade jurídica**: apontamentos inaugurais. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 102, jul. 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/appdata/roaming/qualcomm/eu-dora/attach/out?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11744&revista_caderno=7>. Acesso em: 18 fev. 2016.

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS PRISÕES PREVENTIVAS DECRETADAS NO ÂMBITO DA CENTRAL DE INQUÉRITOS DE TERESINA-PI

ÉLLEN ALANA DA SILVA VELOSO:

bacharelanda do curso de Direito pelo Centro
Universitário Santo Agostinho-UNIFSA

FRANCISCO MARCOS ALMEIDA DA SILVA¹⁵⁸

(coautor)

PROF. ME. JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL¹⁵⁹

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de analisar a (in)constitucionalidade da utilização da prisão preventiva como forma de execução antecipada da pena no âmbito da Central de Inquéritos de Teresina-PI, apontando os erros cometidos nas decisões de conversão de flagrante delito em prisão preventiva. Tal análise se torna importante, uma vez que ainda nos tempos atuais é possível perceber as falhas na aplicação da prisão preventiva nas decisões judiciais brasileiras, revelando dia após dia o caráter inquisitorial que possui, na prática, o nosso processo penal, disvirtuando-se sempre da real finalidade da cautelar, que é utilizada de forma inconstitucional deixando de ser instrumento do processo penal e passando a ser instrumento de segurança pública. Para isso, será feita análise da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, da inconstitucionalidade e finalidade da conversão utilizando dados de relatórios de audiências de custódia e informações presentes nos autos de flagrante delito dos processos penais.

Palavras-chave: execução antecipada, flagrante delito, inconstitucionalidade, relatórios.

ABSTRACT: This article aims to analyze the use of preventive detention as a form of early execution of the sentence within the Central of Inquiries of Teresina-PI, pointing out the errors made in the decisions to convert flagrante delicto into preventive

¹⁵⁸ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA..

¹⁵⁹ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2012).

detention. Such an analysis becomes important, since even today it is possible to perceive the failures in the application of preventive detention in Brazilian court decisions, revealing day after day the inquisitorial character that our criminal process has in practice, always distorting of the real purpose of the injunction, which is used in an unconstitutional manner, ceasing to be an instrument of criminal proceedings and becoming an instrument of public security. For this, an analysis will be made of the conversion of the prison in flagrante delicto in preventive detention, the unconstitutionality and purpose of the conversion using data from reports of custody hearings and information present in the records of flagrante delicto in criminal proceedings.

Keywords: early execution, flagrant offense, unconstitutionality, reports.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Instrumentalidade Constitucional do Processo; 2. Conceito Geral; 2.1 Prisão em Flagrante Delito; 2.2 Prisão Preventiva; 3. (In)constitucionalidade da Prisão Preventiva Fundamentada na Garantia da Ordem Pública; 4. Análise de Dados; 4.1 Da Fundamentação das Decisões; 5. Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, pautado no princípio da liberdade e da presunção de inocência e imbuído de um viés democrático, temos previstas as prisões cautelares. Inseridas no âmbito das medidas cautelares pessoais, as prisões cautelares são modalidades de prisão, decretadas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória que visam assegurar a eficácia da investigação ou do processo, garantindo a sua instrumentalidade. São prisões acautelatórias que não podem ser aplicadas como forma de pena antecipada.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

O artigo 319 do Código de Processo Penal (1941) define, em um rol taxativo, as medidas cautelares alternativas à prisão, sendo essas cautelares a preferência a priori, devendo ser decretada uma prisão cautelar somente em último caso, quando não mais existir meio diverso para se suprir a necessidade que se fizer presente de acordo com o caso fático. Portanto, se com uma medida cautelar prevista no art. 319 puder ser resolvida a situação e assegurada a eficácia e instrumentalidade do processo, esta deverá ser utilizada.

Se faz importante ressaltar que o intuito das prisões cautelares é assegurar a instrumentalidade do processo, visto que o fator culpabilidade ainda não se encontra maduro para ser decretado ou imputado ao agente suspeito, uma vez que o devido processo legal não findou o seu trâmite. Entretanto, o que se vê acontecer é um processo penal de caráter inquisitorial, onde as cautelares deixam de ser um

instrumento que garante a melhor eficácia e segurança do processo e passa a ter o efeito de antecipação da pena para aquele indiciado como réu em um processo.

O sistema jurídico pátrio tem bases democráticas, prevalecendo o princípio da liberdade e da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988. Portanto, é inconciliável que existam punições sem processo e sem defesa prévia.

Atualmente, vê-se a aplicação da prisão preventiva, por juízes e tribunais, como forma de antecipação da pena privativa de liberdade. É decretada de forma abusiva baseada em fundamentação equivocada, ou até mesmo na falta de fundamentação. Cabe ressaltar que, baseada nos princípios que norteiam o nosso ordenamento jurídico, e com ênfase no princípio da liberdade, a liberdade do indivíduo se perfaz como um direito, um bem essencial e necessário para o desenvolvimento humano, sendo assim a regra, enquanto a prisão a exceção.

Entretanto, o que mais ocorre são decisões tomadas à mercê da livre vontade do magistrado, sem um escopo probatório que assegure tal decisão e conceda a ela o mínimo de legalidade e respeito aos direitos do réu e princípios que regem o nosso ordenamento jurídico. Por outras vezes são tomadas apenas com base na gravidade abstrata do crime. São nesses momentos em que a utilização do instituto em questão deixa de ter o caráter instrumental de garantir a eficiência do processo penal e o assegurar, e passa a ter o efeito de antecipação da pena, para um indivíduo que sequer foi julgado.

O presente estudo levantou a seguinte questão norteadora: Quais são os argumentos e fundamentações utilizadas para decretação da prisão preventiva no âmbito da Central de Inquéritos de Teresina-Piauí?

Desta forma, o presente artigo busca analisar os argumentos e a fundamentação das decisões que converteram o flagrante delito em prisão preventiva no Estado do Piauí, norteando-se em pesquisas bibliográficas e doutrinárias e principalmente na análise de dados das decisões tomadas pelo Tribunal de Justiça do Piauí-TJPI, em especial no âmbito da Central de Inqueritos de Teresina-PI e demais dados fáticos e estatísticos sobre o tema, consistindo o seu objetivo em evidenciar a fundamentação equivocada e vaga de tais decisões que acaba por direcionar o uso da prisão preventiva como pena antecipada, servindo como mero instrumento de segurança pública.

1 A INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

Nosso ordenamento jurídico trata o processo como um instrumento de meio e fim para proteção e garantia dos direitos individuais, sendo um meio que apenas se legitima em função dos fins a que se destina.

Entender o fundamento de existência do processo penal nos faz necessariamente adentrar em sua interpretação constitucional, o que nos leva a *instrumentalidade constitucional do processo penal*.

Nessa esfera, a forma processual se torna indispensável para a garantia da proteção aos direitos do indivíduo, vez que estão diretamente ligados ao seu direito de liberdade, impedindo a discricionariedade do uso trivializado do poder de punir do Estado, se tornando “limite de poder e garantia para o réu” (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 703).

O processo não é apenas um instrumento a serviço da satisfação de uma pretensão punitiva, mas também um meio de efetivação das garantias individuais da pessoa que se vê (as vezes de forma injusta) submetida a uma acusação penal.

Dito isto, percebe-se que a constituição se torna norte para o devido processo, devendo ser o fundamento emanador da legitimidade das atividades desenvolvidas.

É desse entendimento que parte a submissão do ordenamento jurídico aos princípios da liberdade e da presunção de inocência.

E ao falar da presunção de inocência, passamos pela regra de tratamento, que prevê que ninguém deve ser considerado culpado antes da sentença penal condenatória, impedindo o Poder Público de tratar aquele que foi acusado, como se já estivesse condenado, é a garantia de que a presunção de inocência do indivíduo será respeitada.

A pretensão punitiva deveria estar condicionada a observância de tais princípios, pois deixar a livre mercê do julgador o poder punitivo sem que se observe os preceitos constitucionais do acusado, é indiretamente buscar atender apenas aos anseios sociais de justiça e a genérica segurança pública, onde inicia-se a banalização.

Para além disso, deve ser observado o princípio constitucional da motivação, previsto no artigo 93 da Constituição Federal (1988)¹⁶⁰, que obriga o juiz a expor e fundamentar suas decisões pautado em fatos concretos e reais, de forma a demonstrar a real verdade dos fatos. Tal princípio viabiliza a segurança jurídica e garante a efetividade da instrumentalidade processual. Nessa mesma linha vale mencionar, a respeito do tema do presente artigo, o disposto na Lei Nº 13.964 (2019), o Pacote Anticrime, que prevê o dever de motivação e fundamentação da decisão que decretar a prisão preventiva.¹⁶¹

Sendo o processo penal um meio para efetivação das garantias fundamentais, não é interessante observá-lo apenas como meio para assegurar a paz social, fazendo uso de argumentos sem fundamentação e motivação legal, que não sejam suficientes para respaldar as decisões, pois dessa forma estaríamos condicionando-o apenas a um instrumento de uma pretensão acusatória, retirando os freios da atuação punitiva do Estado frente ao indivíduo acusado, que é a parte mais frágil do processo. É nesse ponto que percebe-se uma dupla finalidade processual, agindo como punição para os acusados e tutela dos inocentes (FERRAIOLLI, 2010).

Destarte, é necessário que o processo seja visto através do véu constitucional, para garantir o máximo respeito a sua instrumentalidade e efetivação dos direitos e garantias individuais. Parafraseando LOPES JUNIOR (2019, p. 34), "somente a partir da consciência de que a constituição deve efetivamente constituir é que se pode compreender que o fundamento legitimante da existência do processo penal demorático se dá por meio da sua instrumentalidade constitucional".

Somente com a observância dessa finalidade instrumental é possível perceber a aproximação do verdadeiro estado democrático de direito, afastando o caráter inquisitorial que tanto insiste em permanecer arraigado no nosso Processo Penal Brasileiro.

¹⁶⁰ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

¹⁶¹ LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019. Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

2 CONCEITO GERAL

Em nosso ordenamento jurídico, no que tange a matéria de direito penal e direito processual penal, temos as medidas cautelares alternativas a prisão, que estão previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (BRASIL, 1941) e a prisão cautelar, podendo estaser preventiva ou temporária.

As prisões cautelares são medidas cautelares, de caráter pessoal uma vez que recaem sobre a pessoa do acusado. "As medidas cautelares são instrumentos a serviço do processo, paratutela da prova ou para garantir a presença da parte passiva" (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 600).

A prisão cautelar é aquela que visa garantir, preservar a eficácia do processo penal. É uma medida de natureza instrumental, que deve ser utilizada como um verdadeiro instrumento a favor do processo penal, livre de arbitrariedades.

É relevante ressaltar e enfocar o caráter instrumental das prisões cautelares. Decretadas antes do trânsito em julgado da sentença penal, elas visam garantir eficácia ao processo e "prevenir" possível direito de punir estatal que pode surgir com o fim do processo.

Portanto, uma vez que o devido processo legal encontra-se em trâmite e não houve ainda sentença penal condenatória (essa sim perfaz a pretensão punitiva do Estado) vê-se que as prisões cautelares não estão imbuídas de "culpabilidade".

Leciona Lima que:

Em um estado que consagra o princípio da presunção de não culpabilidade, o ideal seria que a privação da liberdade de locomoção do imputado somente fosse possível por força de uma prisão penal, ou seja, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Todavia, entre o momento da prática do delito e a obtenção do provimento jurisdicional definitivo, há sempre o risco de que certas situações comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Daí o caráter imperioso da adoção de medidas cautelares, a fim de se atenuar o risco. (LIMA, 2011, p. 78).

As prisões cautelares são medidas excepcionais que somente devem ser utilizadas em caráter de urgência, quando não houver medida cautelar alternativa

capaz de sanar a necessidade que se fizer presente. É uma resposta imediata, eficaz para uma situação de periculosidade real, que objetiva assegurar a prestação jurisdicional e a sua eficácia.

As prisões cautelares não são um instrumento de segurança pública, nem tampouco podem ser utilizadas como um meio de atender os anseios da população, sociedade e mídia que clama por segurança e justiça. Quando é utilizada com esta finalidade acaba que se desvirtuando a sua natureza instrumental (LIMA, 2011).

O objeto e a finalidade da prisão cautelar é assegurar a cautelaridade e servir ao processo de conhecimento. Torna-se ilegítima e inconstitucional quando se afasta do seu objeto e finalidade, o que comumente vemos com a busca da “verdade real” para a qual utilizam erroneamente o processo penal (LOPES JÚNIOR, 2016).

Vemos que ao longo do tempo, a herança deixada pelo sistema processual inquisitorial em nossos operadores do direito fez com que ocorresse uma banalização e um desvio de finalidade no uso das medidas cautelares, em especial nas prisões cautelares. Não obstante, vemos cotidianamente que para a aplicação exacerbada e sem limites de tais institutos são violados direitos e princípios básicos garantidos pela nossa Constituição Federal.

A prisão cautelar é gênero, que se divide em duas espécies quais sejam: a prisão preventiva e a temporária. Trataremos a prisão em flagrante delito como de natureza pré-cautelar.

2.1 Prisão em Flagrante Delito

Segundo o código processual penal, esta é uma espécie de prisão que pode ser realizada por qualquer pessoa quando alguém for encontrado em flagrante delito. Sobre o a prisão cautelar, LOPES JÚNIOR 2019, p. 720) entende que:

[...] é medida pré-cautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h, onde cumprirá ao juiz (na audiência de custódia) analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não. (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 720).

O doutrinador Renato Brasileiro de Lima (LIMA) conceitua a prisão em flagrante delito como:

A expressão “flagrante” deriva do latim “flagrare” (queimar), e “flagrans”, “flagrantis” (ardente, brilhante, resplandecente), que no léxico, significa acalorado, evidente, notório, visível, manifesto. Em linguagem jurídica, flagrante seria uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime. Funciona, pois, como mecanismo de autodefesa da sociedade. (LIMA, 2011, p. 177).

Vemos que a prisão em flagrante delito funciona como um verdadeiro instrumento de autodefesa da sociedade para aquilo que é iminente no momento, o flagrante, que está acontecendo, não necessitando de prévia ordem judicial podendo ser realizada por qualquer pessoa.

O art. 302 do CPP (BRASIL, 1941) prevê que o estado de flagrante delito está caracterizado quando o indivíduo está cometendo ou acaba de cometer o crime e quando é perseguido em situação que presuma sua autoria ou encontrado com os instrumentos do crime.

Podemos considerar a prisão em flagrante delito como uma forma de privação da liberdade, não em caráter temporário, mas momentâneo, em razão do indivíduo ter se emoldorado nas hipóteses elencadas no artigo supracitado. Essa privação momentânea do direito de ir e vir busca evitar a consumação do crime ou o seu esgotamento, bem como evitar a possível fuga do agente e garantir que sejam obtidos dados, provas e quaisquer elementos que possam esclarecer a situação ocorrida.

Em relação à natureza jurídica, a prisão em flagrante passou a deter o caráter de mera detenção cautelar provisória pelo prazo de vinte e quatro horas, até que o juiz decida se o indiciado deve ou não responder preso à persecução penal (CAPEZ, 2014).

Portanto, atribuímos à prisão em flagrante delito, diferentemente da prisão preventiva e da prisão temporária, o caráter de prisão pré-cautelar, uma vez que é sim uma prisão processual penal, mas não uma cautelar, porque a Lei 12.403/11 estabeleceu que após realizado o auto de prisão em flagrante (APF) este deve ser mandado para o juiz que vai analisar se o indivíduo flagrado necessita ficar preso ou não, ou seja, convertendo o flagrante em preventiva ou não caso se mostre ineficaz o uso das medidas cautelares alternativas à prisão.

O magistrado pode ainda relaxar a prisão, caso ela seja ilegal ou conceder liberdade provisória com ou sem fiança. Para ser cautelar é imprescindível que haja ordem do juiz, ato jurisdicional, enquanto a prisão em flagrante é ato administrativo, do delegado por exemplo, que coloca o agente em disponibilidade para que o juiz decida perante as circunstâncias e provas apresentadas.

É uma medida destinada a colocar o preso em flagrante a disposição das autoridades e juiz, que decidira o que será feito a partir do caso em questão. É uma prisão que não tutela o processo ou seu resultado final, como é o caso da prisão preventiva e a temporária, sendo assim uma prisão de natureza pré-cautelar (GOMES, 2011).

2.2 Prisão preventiva

Com a vigência da Lei nº 13.964/19 (BRASIL, 2019) foi alterado o Código Penal, e o seu processo, bem como houve mudanças no que tange as medidas cautelares, e, em especial, no que se refere à prisão preventiva. A prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar que atende o princípio da reserva de jurisdição, portanto, somente pode ser decretada por juízes outribunais em qualquer fase da investigação policial ou durante o curso da ação penal, na fase processual.

A prisão preventiva é um dos gêneros “prisão cautelar”, que pode ser decretada a fim de garantir a ordem pública, econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Leciona Fernando Capez (2014) ao conceituar o instituto da prisão preventiva que:

É uma prisão cautelar de natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores. (CAPEZ, 2014, p. 335).

O legislador pátrio estabeleceu pressupostos e fundamentos para a decretação da prisão preventiva, que estão previstos no artigo 312 do CPP (BRASIL, 1941).¹⁶²

¹⁶² Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Para que seja decretada a prisão preventiva, é preciso cumprir três requisitos, quais sejam, o *fumus commissi delicti*, ou seja, ser demonstrada a materialidade do crime, que ele realmente ocorreu bem como indícios plausíveis de autoria), bem como demonstrar o perigo na liberdade do agente (*periculum libertatis*) e o cabimento, que são as hipóteses previstas no rol taxativo do art. 313 do CPP (BRASIL, 1941).

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Se o crime em questão não estiver previsto neste rol, e não obedecer as finalidades previstas, não há que se falar em prisão preventiva.

Para que haja a decretação, a adequação dos fatos às hipóteses previstas em lei para este instituto deve ser bem elaborada, não bastando mera reprodução do texto da lei. Não se admite aqui argumentos genéricos, o que reforça como é complexa a demonstração de que a prisão preventiva é necessária, adequada e proporcional. Tal "rito" reforça o entendimento de que é uma medida excepcional, que deve ser utilizada somente como um recurso final, quando realmente não houver medida alternativa cabível.

É importante ressaltar que não é mero indício de autoria do crime, devem ser fortes indícios, o suficiente para que seja levantada uma hipótese plausível sobre o investigado. No tocante ao perigo gerado pela liberdade do investigado, este perigo deve ser concreto e atual, é aplicado nesse caso o princípio da atualidade ou contemporaneidade.

A concretude dos fatos deve justificar a medida utilizada, bem como a sua atualidade. Portanto, os elementos, fatores que justificam essa prisão devem ser revisados, de forma que apartir do momento me que haja uma mudança, que aqueles elementos que justificaram a decretação não tenham mais a mesma força, o mesmo condão que tinham no momento da decretação, deve, portanto, ser realizado o relaxamento da prisão.

Deve ainda se levar em conta princípios como princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade ao cogitar uma possível decretação de prisão preventiva. O princípio da proporcionalidade acaba que exercendo um papel de “protetor”, tentando fazer com que os excessos da atividade estatal em punir não ocorram, assegurando assim a dignidade da pessoa humana (ponto crítico nas discussões sobre as prisões cautelares) bem como o Estado Democrático de Direito.

Cabe ressaltar que com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19 (BRASIL, 2019) ocorreram mudanças significativas no campo da prisão preventiva. Como uma das mudanças mais importantes temos a positivação em lei da impossibilidade de existir a prisão preventiva por decisão de ofício, passando o magistrado a depender de iniciativa das partes ou de representação da autoridade policial.

Tal previsão deveria existir há muito tempo, entretanto, restam fortes heranças inquisitoriais em nosso Código Penal, Código de Processo Penal e em nossos magistrados. A prisão preventiva se faz ainda como uma das cautelares que mais agridem ilegal e indevidamente o princípio da liberdade e da presunção de inocência dos cidadãos indiciados.

A possibilidade de decretação de ofício pelo juiz acabava comprometendo totalmente a imparcialidade do julgador no processo. O juiz saía de sua posição de absoluta imparcialidade e acaba adentrando na esfera que não lhe é devida, a acusatória, comprometendo assim a eficácia bem como a legalidade do processo (LOPES JÚNIOR, 2011).

A prisão preventiva dentre as demais cautelares pessoais acaba se tornando uma medida maldosa, eivada de inconstitucionalidade, uma vez que tem a força de retirar o direito de ir e vir do investigado ou processado, ainda que a ele seja conferida constitucionalmente a presunção de inocência (OLIVEIRA; COSTA, 2013).

3 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

A princípio, destaca-se que a prisão preventiva para o direito processual penal brasileiro tem finalidade apenas cautelar, não podendo servir como forma de execução antecipada da pena.

Como já foi mencionado anteriormente, a prisão preventiva deve seguir alguns pressupostos para que sua decretação seja legal, sendo eles o *fumus comissi delicti*, o *periculum libertatis* e o cabimento.

Para além disso, a prisão preventiva deve sempre andar de mãos dadas com o princípio da presunção de inocência, que será norteador da correta aplicação da cautelar. Como bem entende LOPES JÚNIOR¹⁶³ a presunção de inocência deve ser uma “pré-ocupação” do julgador no momento em que adentra no processo.

Ocorre que a coexistência desta cautelar com tal princípio possui problemáticas, vez que, contididamente, o que se percebe no judiciário brasileiro é uma maior utilização da garantia da ordem pública como fundamento de decretação da preventiva em detrimento da presunção de inocência.

A definição de “ordem pública” ainda é vaga no mundo jurídico, o que acaba por permitir uma ampla interpretação por parte dos julgadores no momento da decretação da prisão. Essa brecha na interpretação causa, por muitas vezes, uma aplicação vazia de escopo probatório e desvinculada de qualquer legalidade.

Como bem descreve LOPES JÚNIOR (2019) ao tratar sobre o tema, a ordem pública é repleta de vagueza, por isso se torna fundamento tão utilizado nas decisões.

[...] por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer... Nessa linha, é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a “gravidade” ou “brutalidade” do

163 LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 117.

delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor. (LOPES JUNIOR, 2019, p. 763).

A falta de conceito e definição permite que o judiciário se utilize da discricionariedade na decretação da cautelar em questão e use da prisão preventiva como forma de atender um anseio social de justiça e prevenção, desvirtuando-se do verdadeiro cerne da medida.

É comum ver as decisões dos magistrados sendo fundamentadas apenas na gravidade abstrata do crime, no receio da reincidência criminal, na segurança social ou até mesmo na idéia banal de que se não for decretada a segregação, a administração judiciária perderia sua credibilidade. O que pretende-se é punir para preservar o caráter punitivo do Estado. Isso significa colocar o acusado, antes mesmo da sentença penal condenatória, em posição de condenado.

É uma banalização muito grave de uma medida que deve(ria) ser considerada apenas uma acauteladora, com fins específicos de eficácia processual, mas transformou-se em um verdadeiro instrumento de antecipação da segregação. Nas palavras de Delmanto Junior¹⁶⁴, fica claro que nesse viés “a prisão preventiva se distância do seu caráter instrumental[...] servindo de inaceitável instrumento da justiça sumária”.

LOPES JÚNIOR (2019, p. 714) bem afirma que “no Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender, para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida”.

A prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública nada mais é do que uma verdadeira antecipação da pena, que não observa os direitos do acusado,

¹⁶⁴ DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 183.

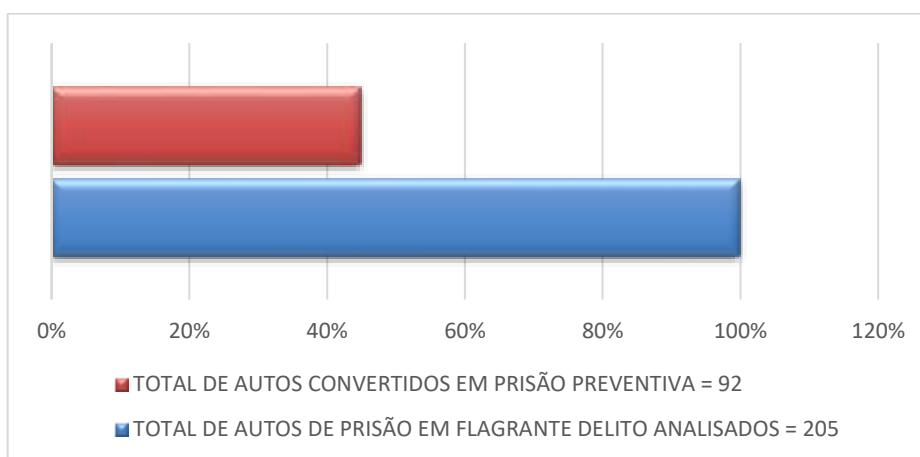
e o condiciona a enfrentar uma realidade punitiva que pode lhe causar um mal irreparável. Não se observa o devido processo legal.

Faz-se necessário maior observância aos pressupostos legais. As decisões dos magistrados devem sempre estar calcadas em um escopo probatório real e não em meras ilações ou suposições de perigo. É indispensável, para decretação da preventiva, verdadeira probabilidade do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, fundados em argumentos fáticos e probatórios.

4 ANÁLISE DE DADOS

Foram analisadas 205 decisões de conversão do flagrante delito de processos do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí (TJ-PI), fornecidos pela Central de Inquéritos de Teresina- PI, consultados nos sistemas Themis Web e Processo Judicial Eletrônico - PJe, em um recorte temporal de outubro de 2020 a janeiro de 2021, onde 44.87% dos processos analisados foram convertidos em prisão preventiva.

Figura 1 – Processos analisados.



Fonte: (TJ-PI, Central de Inqueritos de Teresina-PI).

O crime de roubo corresponde a 45.65% dos flagrantes convertidos, sendo 28.57% em concurso de crime com tráfico de drogas, corrupção de menores e formação e quadrilha. Dos crimes de roubo cometidos, a maioria foi cometida com uso de arma de fogo ou arma branca e em concurso de agentes, sendo em grande parte agentes reincidentes, com extensa ficha criminal.

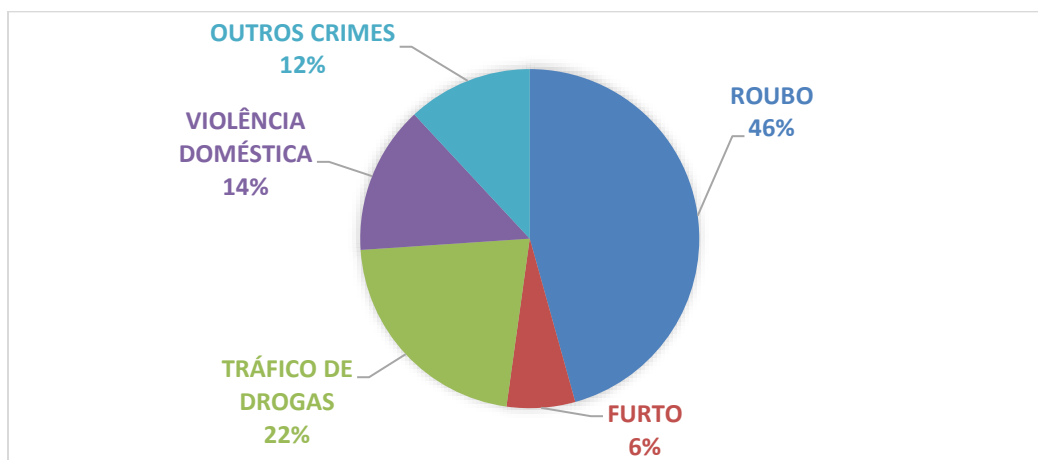
O crime de tráfico de drogas corresponde a 21.73% dos flagrantes convertidos, sendo 35% em concurso de crime com associação criminosa, roubo e receptação.

O crime de violência doméstica corresponde a 14.13% dos flagrantes convertidos, em sua maioria cometidos em concurso com outros crimes como ameaça e injúria.

O crime de furto corresponde a 6.52% dos flagrantes convertidos, sendo a maioria furto qualificado cometido em concurso de agentes, que eram reincidentes e com processos em trâmite.

Os demais processos correspondem a um crime de tentativa de homicídio, um crime de maus tratos aos animais, crimes de lesão corporal, receptação, estelionato e falsa identidade.

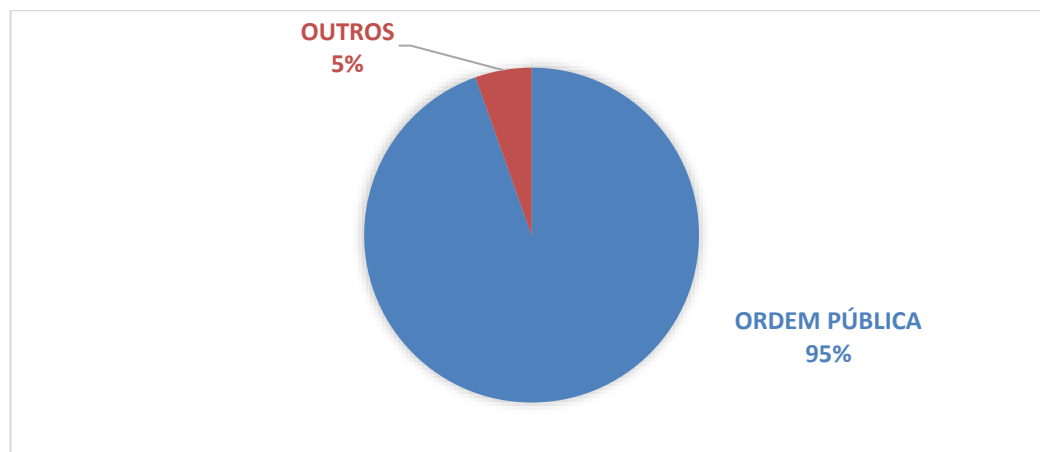
Figura 2 – Flagrantes convertidos em prisão preventiva.



Fonte: (TJ-PI, Central de Inqueritos de Teresina-PI).

Do total de flagrantes convertidos em preventiva, 94.56% têm como fundamento a ordem pública. Desse total de conversões com fundamento na ordem pública, 62.06% têm como fundamento a ordem pública e a periculosidade. Somente 4 processos não tem como base a ordem pública em sua fundamentação.

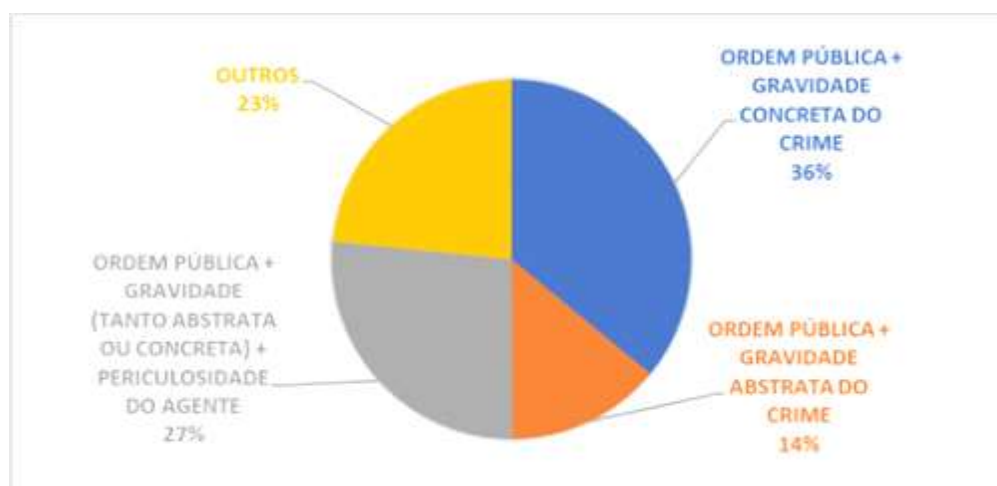
Figura 3 – Fundamentação das conversões em prisão preventiva.



Fonte: (TJ-PI, Central de Inqueritos de Teresina-PI).

35.63% do total de flagrantes convertidos em preventiva tem como base a ordem pública e a gravidade concreta do delito e 13.79% com base na ordem pública e na gravidade abstrata do crime. 26.43% dos flagrantes convertidos foram com base na ordem pública, periculosidade e gravidade, tanto a concreta quanto a abstrata do crime em questão.

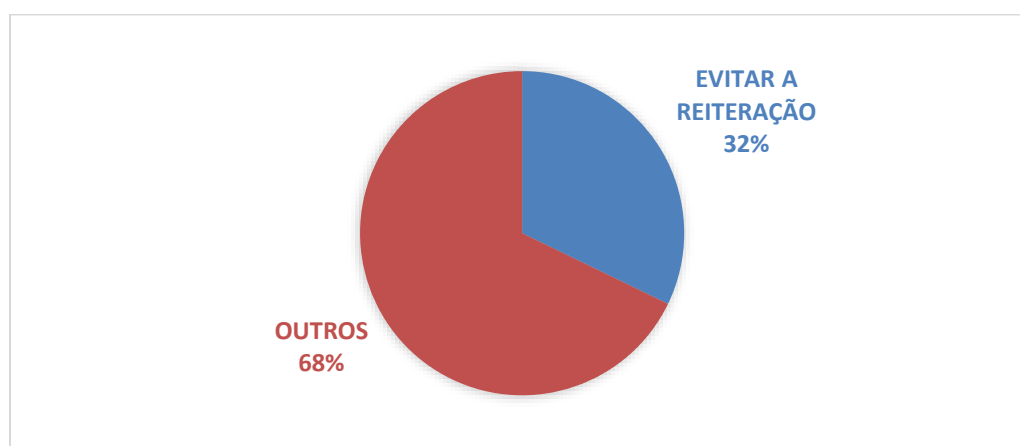
Figura 4 – Fundamentação na ordem pública, periculosidade e na gravidade do crime.



Fonte: (TJ-PI, Central de Inqueritos de Teresina-PI).

É importante ressaltar que do total de autos de prisão em flagrantes convertidos em prisão preventiva, 32.18% têm com fundamento evitar a reiteração delituosa, além de outros fundamentos como periculosidade e o descuido da justiça, que representam 67,82%.

Figura 5 – Conversões com fundamento em evitar a reiteração da prática delitiva.



Fonte: (TJ-PI, Central de Inqueritos de Teresina-PI).

4.1 Da fundamentação das decisões

O artigo 315 da Lei 13.964, o pacote anticrime, traz expressamente que “a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada”.

A pergunta que impera é: A motivação e a fundamentação previstas no pacote anticrimes estão sendo respeitadas? Vamos responder essa pergunta com base nos dados apresentados.

Do estudo das decisões e com base nos dados expostos, percebe-se que a maioria das decisões são fundamentadas na ordem pública, representando mais de 90% daquelas que converteram os autos de prisão flagrante delito em prisão preventiva, e ainda na segurança da aplicação da lei penal. Esses são de fato argumentos válidos para decretação da prisão preventiva, mas quando aplicados de forma genérica e abstrata, apenas reproduzindo o texto legal, tornam-se termos vagos, sem fundamentação, citados em um dispositivo que não apresenta nenhum embasamento para sua utilização. E quando fundamentados, utilizam-se do anseio social de justiça como norte da conversão.

É espantoso observar que em algumas decisões a possibilidade de que a não conversão do flagrante em preventiva venha a causar DESCRÉDITO à justiça e sentimento de injustiça à sociedade, é utilizada como argumento para conversão em preventiva. É mais um dos conceitos atribuídos pelos julgadores ao termo “garantia da ordem pública”.

Em alguns dos processos analisados o argumento utilizado é de que a “liberdade do preso, diante das circunstâncias fáticas apontadas, implicaria em descrédito da justiça e disseminação do sentimento de impunidade”.

Argumento rechaçado pelo Supremos Tribunais, como o exemplo do HC 86.175165, onde a Segunda Turma, em conjunto com o voto do relator Ministro Eros Grau, firmou que **“o Supremo Tribunal Federal vem decidindo no sentido de que esse fundamento [garantia da ordem pública] é inidôneo quando vinculado à invocação da credibilidade da justiça e da gravidade do crime”**. Tal argumento jamais deveria ser utilizado no momento em que analisa-se a necessidade de cerceamento da liberdade do acusado.

Quando baseada em provas reais, na certeza da existencia do crime, da autoria e gravidade concreta da pratica delituosa, somados ao interesse de manter a ordem social se torna válida a conversão. Mas baseada em meras ilações, receios, abstratividade e riscos, não tem legalidade.

Vale mencionar ainda o uso do receio da reiteração criminosa, bastante utilizada nas decisões como fundamentação para a decretação da prisão preventiva, presumindo-se que solto o acusado voltaria a delinquir, tendo a prisão como melhor alternativa.

Em alguns processos os magistrados mencionam que “a prisão preventiva é aplicada em casos de maior gravidade, cujas circunstâncias sejam indicativas de maior risco à efetividade do processo ou de **reiteração criminosa**”, e ainda mais, que “enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação do tráfico, no **intuito de impedir a reiteração delitiva**.”

165 STF, HC 86.175/SP, rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. 19.09.2006, DJ 10.11.2006.

O que se percebe é que quando a prisão cautelar é aplicada sob o fundamento de evitar ou reprimir a prática delitiva, ela se afasta da sua função de instrumento a serviço do processo penal e aproxima-se de um instrumento de segurança pública.

Ora, no mínimo é prematura a manutenção de um flagrante delito com base na possibilidade de reiteração, ou até mesmos na possível reincidência, e na evolução do crime. A prisão preventiva é uma medida cautelar voltada para eficácia do processo, e não um instrumento de repressão criminosa.

Para além das irregularidades apontadas, temos a utilização da periculosidade e da gravidade abstrata do crime. Grave erro. Não possuindo certeza da gravidade do crime cometido e dos meios utilizados para tanto, que venham realmente a evidenciar a periculosidade do agente, com base nos fatos apresentados e relatos colhidos, utilizando-se apenas de elementos inerentes ao tipo penal, não é possível basear a decisão em tal argumento.

Respondendo a pergunta feita inicialmente: Não, os requisitos previstos no pacote anticrimes não têm sido respeitados nas decisões de conversão de flagrante delito no âmbito da central de inqueritos de Teresina-PI. O que se vê na verdade é o total desrespeito aos direitos do acusado, ao dever de fundamentação e motivação. Ao final da análise, o que se percebe é a falta de filtro constitucional, a verdadeira inconstitucionalidade da prisão preventiva decretada como antecipação de pena ao utilizar argumentos que claramente não são capazes de legitimar e legalizar a conversão. Os fundamentos utilizados não são em nada cautelares, e os que em tese deveriam ser cautelares, como a aplicação da lei penal e a conveniência da instrução, são aplicados como mera réplica da lei, sem fundamentação válida. O véu constitucional mencionado no início do presente artigo, a rigor, não vem sendo utilizado como crivo para aplicação da cautelar.

5 CONCLUSÃO

Sabemos que o Brasil é um Estado Democrático de Direito que tem o encarceramento como medida excepcional e que nosso ordenamento jurídico, no que se trata do cerceamento da liberdade, é pautado no princípio da presunção de inocência e direito a liberdade.

Todavia, em detrimento disso, o que percebemos com os dados apresentados no presente artigo foi a inconstitucionalidade da prisão preventiva decretada tendo por base argumentos generalizados, rechaçados, vagos em fundamentação, sem

clareza e exposição de fatos probatórios que garantam a legalidade da decretação da medida, violando o princípio da legalidade e os direitos do acusado.

É evidente que a prisão preventiva é medida, em alguns casos, de extrema necessidade e possui caráter essencial. Ocorre que, é necessário e urgente que ela seja utilizada de forma correta, de maneira que não viole o direito, tornando-se inconstitucional e ilegal, respeitando os requisitos cautelares sem que sejam entendidos de forma eivada de vagueza e imprecisão.

Mostrou-se necessária a utilização da ponderação, proporcionalidade e da excepcionalidade. Que seja a preventiva decretada quando se obtiver fundamentação fática, real, com escopo probatório, que se afaste das meras presunções, ilações e ideias irreais de risco, tendo em mente que estar-se-á segregando a liberdade de um indivíduo que, muitas vezes, não teria necessidade de ser segregada.

O julgador precisa estar pautado, no momento da decisão e em todo o processo, na legalidade, decretando a preventiva apenas quando estiver diante de fatos incontestáveis, afirmando sua competência e imparcialidade, demonstrando em sua fundamentação a real necessidade da conversão.

Fundamentar-se quase sempre em um termo tão vago como a ordem pública, levados pelo desejo de encarcerar e pelo anseio social de justiça, querendo garantir a credibilidade da justiça e afirmar o caráter punitivo do Estado na tentativa de afastar o sentimento de injustiça que a sociedade pode sentir, não é a forma correta para que seja decretada a prisão preventiva. É, como visto em algumas decisões analisadas, pecar pelo excesso.

Somente com a observância real dos requisitos trazidos pela legislação penal e constitucional brasileira é que será possível ver a prisão preventiva sendo utilizada de forma a garantir os direitos do acusado, observando os princípios legais norteadores da decretação da cautelar, tendo como preocupação sempre o crivo constitucional. É possível utilizar os termos apresentados em lei como fundamento da decretação, mas é necessário fazer isso pautado na necessidade, na motivação e argumentação plausível, concreta e legal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 26 de maio de 2021.

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código De Processo Penal de 1941.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 26 de maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Disponível em; <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 16 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **HC: 86175/SP**, Relator: Eros Grau, julgado em 19/09/2006. DJ 10-11-2006. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759584/habeas-corpus-hc-86175-sp>>. Acesso em 01 de junho de 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar:** Doutrina, jurisprudência e prática. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito de Processo Penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas.** 2. ed. Rio de Janeiro, 2011.

_____. **Prisões cautelares.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Fundamentos do Processo Penal:** Introdução Crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, E. P.; COSTA, D. B. **Prisão Preventiva e Liberdade Provisória**: A reforma da Lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013.

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS BANCÁRIOS: A TEORIA FINALISTA MITIGADA EM CONTRATOS BANCÁRIOS PARA CAPITAL DE GIRO

ANDRÉ LUCAS DE MACEDO UCHÔA:

Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFISA.

FELLYPE MANOEL DA COSTA CANTANHEDE¹⁶⁶

(coautor)

ROCHELE JULIANE LIMA FIRMEZA BERNARDES¹⁶⁷

(orientadora)

RESUMO: Este trabalho propõe analisar a problemática da não aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) nos contratos bancários de empréstimos para capital de giro obtidos por pessoa jurídica. A pesquisa utilizou o método dedutivo com emprego de material bibliográfico e documental legal. Verificou-se que o Código de Defesa do Consumidor surgiu com a pretensão de dirimir conflitos na relação de consumo e a proteção ao consumidor. Serão identificados os conceitos jurídicos dos participantes da relação de consumo: consumidor e fornecedor. Virá à lume, também, as espécies de vulnerabilidades do consumidor, sendo elas técnica, jurídica ou científica, fática ou socioeconômica e informacional, e os serviços bancários como objeto da relação de consumo. Além disso, o estudo trará a teoria finalista mitigada ou aprofundada como instrumento que permite a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos dessa natureza. Concluiu-se que a utilização da teoria finalista mitigada é um instrumento importante para a efetiva aplicação do CDC em casos pertinentes.

Palavras-chave: Consumidor. Vulnerabilidades. Capital de giro. Teoria finalista.

ABSTRACT: This paper proposes to analyze the problem of non-application of the Consumer Defense Code (CDC) in bank contracts for working capital loans obtained by legal entities. The research used the deductive method with the use of bibliographic

¹⁶⁶ Discente do curso de Bacharelado em Direito, Centro Universitário Santo Agostinho. *E-mail:* fellypemcc@gmail.com.

¹⁶⁷ Mestra em Direito, PUCRS. *E-mail:* rochelefirmeza@hotmail.com.

material and legal documents. It was found that the Consumer Protection Code emerged with the intention of settling conflicts in the consumer relationship and consumer protection. The legal concepts of the participants in the consumer relationship will be identified: consumer and supplier. The types of consumer vulnerabilities will also come to light, whether technical, legal or scientific, factual or socioeconomic and informational, and banking services as the object of the consumer relationship. In addition, the study will bring the finalist theory mitigated or deepened as an instrument that allows the application of the Consumer Defense Code in contracts of this nature. It was concluded that the use of the mitigated finalist theory is an important instrument for the effective application of the CPC in pertinent cases.

Keywords: Consumer. Vulnerabilities. Working capital. Finalist theory.

INTRODUÇÃO

Desde 11 de setembro de 1990, vigora em território nacional a Lei 8.078/90, conhecida como o Código de Defesa do Consumidor. Nela temos as diretrizes que regulam as relações entre o fornecedor de um produto e quem o consome. Logo, quando se fala em uma relação jurídica de consumo, não há que se pensar em regulamentação de tais relações por código diverso ao Código de Defesa do Consumidor.

Na visão de Ross (2018, n.p), junto ao conceito de consumidor trazido no CDC, existe uma indeterminação no conceito de destinatário final como é posto no Código. Para tentar explicar tal indeterminação, restaram três teorias, a saber: Teoria Objetiva ou Maximalista; Teoria Finalista ou Subjetiva e a Teoria Finalista Mitigada ou Aprofundada que é uma inovação do STJ sobre a Teoria Finalista, na qual é possível reconhecer o intermediário da relação de consumerista como consumidor, quando este for encontrado em situação de efetiva hipossuficiência.

No tocante ao conteúdo deste trabalho, no segundo capítulo serão abordadas as determinações dos elementos constitutivos das relações jurídicas de consumo e suas respectivas conexões dentro dessa relação, trazidas pelo Código Consumerista, bem como pela doutrina. Serão tratados, em seguida, os tipos de vulnerabilidades atinentes ao elemento passivo da relação consumerista, isto é, o consumidor. Já no capítulo seguinte, será abordada a pertinência dos serviços bancários ao Código de Defesa do Consumidor, com elucidações da doutrina e do próprio Código. Ainda nesse mesmo tópico, serão tratadas as finalidades do capital de giro, assim como a aplicabilidade por meio da Teoria Finalista e do CDC nos serviços bancários de

empréstimo para capital de giro. Finalizando esse ponto, serão trazidas as consequências da não aplicação do CDC nos casos em que couber sua égide. Em sequência, serão trazidas as considerações finais a respeito do assunto discutido.

O objetivo deste trabalho é conectar a Teoria Finalista Mitigada já consolidada no ordenamento jurídico nacional aos contratos bancários, quando estes visam o capital de giro. Para isso, utilizou-se como metodologia de pesquisa a análise de decisões judiciais, a revisão de bibliografias específicas em Direito do Consumidor, valendo-se do método dedutivo de pesquisa para a obtenção de conclusões a respeito, para então responder à problemática de pesquisa deste artigo, cuja finalidade é compreender a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em contratos bancários de empréstimo para capital de giro.

Entende-se que a relevância jurídica deste estudo está em considerar, de maneira fática, a importância da aplicação dessa teoria, pois, ainda que seja posta a finalidade como diversa do estabelecido no CDC, não fica afastada a vulnerabilidade do consumidor desse serviço/produto, enquadrando-se perfeitamente no que concerne à teoria finalista mitigada. A relevância acadêmica está em fomentar a pesquisa de forma que instrua, positivamente, os futuros operadores do Direito no tangente à aplicação equitativa de tudo aquilo que se aprendeu no âmbito acadêmico. Já a relevância social está na discussão dos possíveis impactos que a não aplicação da teoria finalista mitigada pode causar no mundo real, isto é, os efeitos reais da aplicação da lei abstrata.

A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

O Código de Defesa do Consumidor surgiu com a pretensão de dirimir conflitos de consumo, sejam contratuais ou não, individuais ou coletivos, de modo a regular e manter em equilíbrio a relação entre os polos ativo e passivo na relação consumerista.

A relação de consumo é composta por elementos subjetivos, a saber, o consumidor e o fornecedor; elementos objetivos, que são os produtos ou serviços ofertados; e, por fim, o elemento finalista, ou seja, o destinatário final. Dentro dessa relação, é necessário destacar que cada um desses elementos possui definições bem firmadas dentro do CDC.

Elementos da relação jurídica de consumo

No polo passivo, há o consumidor que, de forma bem simples e sem a necessidade do conceito previsto no Código de Defesa do Consumidor, é aquele que retira o produto ou serviço do mercado de consumo, sendo este vulnerável e destinatário fático e econômico do produto ou serviço.

Acerca disso, Filomeno (2018) ainda comenta que excluíram dessa conceituação os componentes de natureza sociológica, psicológica ou filosófica. Ele afirma o seguinte:

Do ponto de vista psicológico, considera-se consumidor o sujeito sobre o qual se estudam as reações a fim de se individualizar os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo. [...]. Já do ponto de vista sociológico é considerado consumidor qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços, mas pertencente a uma determinada categoria ou classe social [...]. Nas considerações de ordem literária e filosófica, [...] o chamado homem consumidor torna-se o protótipo do indivíduo-autômato, condenado a viver numa sociedade opressora, voltada exclusivamente para a produção e distribuição de todos os valores com que lhe acena a sociedade produtora-consumista, eis que fundada na inexorável e mecânica aquisição pelo consenso posto, de molde a até criar, muitas das vezes, necessidades artificiais. (p. 70-71)

Dentre os quatro sentidos mencionados, entende-se que o conceito econômico de consumidor expresso no caput do art. 2º do CDC é aquele que melhor retrata a finalidade do sujeito de direitos que adquire ou contrata no mercado de consumo, qual seja: o atendimento de uma necessidade própria do destinatário final.

É importante, também, falar da figura do consumidor por equiparação, que para o público em geral se trata de uma figura ainda pouco conhecida, mas que está expressamente destacada no parágrafo único do art. 2º do CDC: "equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo", assim como o no art. 17 do mesmo Código: "para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento".

O consumidor, por equiparação, pode ser a coletividade de pessoas que mesmo indetermináveis atuam como consumidores de um produto ou serviço oferecidos no mercado. Mas pode ser, também, conforme o art. 17, já citado, e como preceitua Resende (2019, n.p) "todo aquele que, embora não tenha participado diretamente da relação de consumo, sofre as consequências do efeito danoso decorrente do defeito na prestação de serviço à terceiros, que ultrapassa o seu objeto".

Estabelece também o CDC em seu art. 29 que "para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas". Logo, entende-se que também é consumidor todo

aquele que, mesmo sendo determinado ou não, estiver sujeito às práticas consumeristas, destacando para tanto, a sua vulnerabilidade, mesmo não sendo destinatário final.

Desta feita, percebe-se que o consumidor pode ser não só sujeito individual, ao retirar um produto ou serviço do mercado, mas também a coletividade de pessoas que agem da mesma forma, além de todas as vítimas que sofrem os efeitos danosos da relação consumerista, mesmo que não tenham participado diretamente da relação.

No que tange à caracterização da figura do consumidor pelo art. 2º, caput e parágrafo único, restou dúvida importante a respeito de quem seria de fato esse “destinatário final”. A partir de então surgem teorias que visam sanar tal dúvida.

Tem-se a primeira teoria que é a teoria objetiva ou maximalista, a qual conceitua o destinatário final como aquele que retira do mercado um produto ou serviço, não importando qual a finalidade dada por parte do consumidor a esse produto ou serviço. Tem-se também a teoria finalista, que nas palavras de Freitas (2014, n.p) “há destinação final quando o sujeito retira definitivamente o produto ou serviço do mercado, não utilizando em atividade econômica, civil ou empresária”. Essa teoria difere da maximalista exatamente no que diz respeito à finalidade que o possível consumidor dá ao produto ou serviço retirados do mercado. Observa-se que, neste último, quando a finalidade da retirada do produto ou serviço for para atividade econômica, civil ou empresário, não se trata de uma relação consumerista.

No curso histórico do direito consumerista, a teoria finalista foi se consolidando como a corrente majoritária dentro do ordenamento jurídico, ensejando em inúmeras decisões que usavam o princípio da finalidade como determinante para a aplicação ou não do CDC em algumas relações jurídicas. A partir de então que o Superior Tribunal de Justiça inaugura uma nova teoria visando trazer à tona a vulnerabilidade como princípio basilar para a aplicação do CDC. Doravante surge a Teoria Finalista Mitigada que veio para superar uma lacuna jurídica deixada pela teoria finalista. A respeito disso Belache (2015) afirma:

Essa nova teoria apresenta a definição de consumidor de forma mais ampla, considerando que a pessoa jurídica ou pessoa empresária pode ser considerada consumidora, mesmo na hipótese de adquirir produto ou serviço e emprega-lo com insumo ou reemprega-lo no mercado de consumo, ou seja, sem ser destinatário final.

[...] Ou seja, a teoria em apreço exige apenas a retirada do bem do mercado de consumo e a existência de algum tipo de vulnerabilidade para reconhecer a relação de consumo. (n.p)

Faz-se necessário também enfatizar a importância da existência dessa teoria, pois é a partir do seu uso que acontece um liame entre o cerne do que o CDC defende, pois como já dito antes, são os direitos do consumidor, tendo em vista sua vulnerabilidade e os casos concretos em si, mesmo quando não há uma situação de destinatário, mas que se configura a sua hipossuficiência.

É imprescindível dizer que a teoria finalista mitigada não vem para excluir a aplicação da teoria que a antecede, mas sim para ampliar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, trazendo às trincheiras de proteção do CDC aquelas relações antes excluídas por não se enquadrarem no conceito determinado pela teoria finalista subjetiva.

O conceito de fornecedor é descomplicado e fica nítido na forma que o diploma consumerista estabelece a respeito deste quando diz:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990)

É importante demonstrar que, para ser considerado fornecedor, não basta disponibilizar um serviço ou produto de forma esporádica e sem caráter profissional. Isso significa que além de fornecer um produto, é necessário também fazê-lo com habitualidade e profissionalmente.

Logo, fica claro que se alguém prestar um serviço na forma de favor esporádico e sem cunho profissional, não pode ser responsabilizado nos termos do Código Consumerista em eventual dano. Ressalta-se que o requisito de profissionalismo está interligado a um conhecimento presumido do produto ou serviço oferecido. Acerca desse assunto, assevera Miragem que:

[...] esse caráter profissional da atividade ofertada caracteriza como uma atividade econômica, uma vez que o fornecedor visa vantagem econômica ao comercializar o produto ou serviço. Porém, isto não significa que o fornecedor sempre deverá ter fins

lucrativos, bastando apenas que ofereça sua atividade mediante remuneração. (2013, p. 157)

Vale ressaltar o que também está no texto legal: “tanto a empresa, seja nacional ou estrangeira, como uma pessoa física que disponibilize produto ou serviço ao mercado, são consideradas fornecedoras”. Existe debate entre doutrinadores para delimitar quando a pessoa física é considerada fornecedora. Por exemplo: se uma pessoa em sua residência vende sanduíches para seus amigos, e estes só podem pagar a dívida dessa vez, ela não poderá ser considerada fornecedora, pois a habitualidade não está caracterizada.

A respeito desse produto, o CDC dispõe no § 1º do seu art. 3º (BRASIL, 1990) que “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. Logo, torna-se muito fácil a compreensão desse conceito. Mas fazendo uma conexão com a indústria e o mercado, pode-se chegar à ideia de que o produto é resultado da atividade empresarial para ser oferecido no mercado. Nesse sentido, Nunes (2013, p. 139) assevera que o conceito de “[...] produto é universal nos dias atuais e está estreitamente ligado à ideia do bem, resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalistas contemporâneas”.

Por fim, quando se fala em serviço, o CDC traz no mesmo art. 3º, mas desta feita no § 2º que “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

No intento de melhorar a compreensão desse dispositivo, Bolzan (2014) destaca que tal definição do Código Consumerista aponta para três aspectos bem definidos, sendo eles a prestação do serviço mediante remuneração; a inclusão dos serviços bancários como pertencentes às relações de consumo e, por fim, a exclusão das relações de trabalho da égide consumerista. Vale pontuar, como já dito anteriormente, que o serviço precisa ser oferecido de forma habitual e com caráter profissional, não podendo ser para tanto, considerado uma relação trabalhista, pois mesmo sendo habitual, não há que se falar em um vínculo trabalhista do consumidor com o fornecedor do serviço.

Das vulnerabilidades do consumidor

O CDC parte do princípio de que o consumidor é o lado vulnerável na aquisição de um produto ou serviço. Esse desequilíbrio existente entre consumidor e fornecedor dá à luz a necessária proteção e defesa do consumidor, visando o reconhecimento de sua pequenez ante a grandeza do fornecedor em situações concretas, isto é, no mundo real.

De acordo com dados extraídos do site do Governo Federal¹⁶⁸ “a defesa do consumidor no Brasil se desenvolveu a partir da década de 1960, quando foi reconhecida a vulnerabilidade do consumidor e sua importância nas relações comerciais nos Estados Unidos”. Enquanto nos Estados Unidos e nos países europeus o reconhecimento à vulnerabilidade e à proteção dos direitos do consumidor surgem a partir do movimento de uma sociedade ativa, no Brasil, tais proteções surgiram da consequência do movimento industrial ocorrido nas décadas de 60 e 70 seguido de crises econômicas e sociais.

No que tange ao assunto até aqui posto, é imprescindível o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor dentro da relação consumerista. A respeito disso, elucida Tartuce e Neves (2017, p. 33) que “[...] com a realidade da sociedade de consumo, não há como afastar tal posição desfavorável, principalmente se forem levadas em conta as revoluções pelas quais passaram as relações jurídicas e comerciais nas últimas décadas [...]”, visto que na prática é evidente a fragilidade do consumidor, pois este não é resistente às práticas nocivas sem o intervencionismo auxiliador de órgãos ou instrumentos para sua proteção.

Desse modo, o instituto da vulnerabilidade é, de fato, uma questão imprescindível a ser debatida com a finalidade de que o consumidor tenha satisfeitos os seus direitos em face do fornecedor. Nas palavras de Belache (2015, n.p), “a vulnerabilidade sendo um regulador do campo de aplicação da legislação consumerista, desenvolveu 04 (quatro) espécies: técnica, jurídica, fática e informacional”.

Vulnerabilidade Técnica

A vulnerabilidade técnica diz respeito à ausência de conhecimento específico que o consumidor não possui sobre o produto ou serviço que é posto no mercado de consumo. Desta feita, o fornecedor está em condição de superioridade em relação ao consumidor pois presume-se que esse primeiro detém conhecimento especializado quanto ao produto ou serviço.

Nesse sentido, Bolzan e Lenza asseguram o seguinte (2017, p. 210): “a vulnerabilidade técnica está ligada aos meios de produção, cujo conhecimento é de monopólio do fornecedor”. Esses autores não querem dizer com isso que o monopólio do fornecedor está intimamente ligado à produção e distribuição dos produtos tão somente, mas que ele escolhe o que será ofertado, quando será ofertado e a forma

¹⁶⁸ Disponível em: www.jutica.gov.br. Data de acesso: 03 de maio de 2021.

como será produzido, ficando o consumidor refém do que o fornecedor lhe dá por opção.

Logo, como já dito e reiterado agora, o consumidor é vulnerável tecnicamente por não deter conhecimento técnico suficiente que o faça ter ciência plena a respeito do produto ou serviço adquirido.

Vulnerabilidade Jurídica ou Científica

A vulnerabilidade jurídica faz conexão direta ao que o próprio nome pode sugerir. Trata-se da falta de conhecimento do consumidor dos seus direitos, ou mesmo do difícil acesso à justiça e da ausência de assistência jurídica, assim como na deficiência do poder judiciário na prestação jurisdicional.

Quanto a esse conteúdo, faz-se necessário entender que nem todo consumidor tem na sua formação superior, muito menos na média, conhecimentos científicos que o ajudem a entender os caminhos percorrer até a garantia dos seus direitos. Acerca disso, Marques (2011, p. 327) diz que “a vulnerabilidade jurídica ou científica consiste na falta de conhecimento jurídico, de contabilidade ou econômica”. No diploma consumerista, essa vulnerabilidade é presumida para o consumidor pessoa física. Já em relação ao profissional e pessoa jurídica, a presunção é oposta, devendo ser comprovada sua posição vulnerável. Eis que, em tese, possui parco conhecimento da legislação e consequências de seus atos.

Portanto, pode-se resumir que tal vulnerabilidade caracteriza-se pela falta de conhecimento ou pela dificuldade de acesso, ou mesmo na demora da justiça em prestar a devida assistência ao consumidor em contraponto à lesão sofrida por este.

Vulnerabilidade Fática ou Socioeconômica

Com relação à vulnerabilidade fática ou socioeconômica, entende-se que o consumidor não é detentor de poder econômico semelhante ao do fornecedor. Nesse contexto, é possível afirmar que aquele, quando posto diante deste, encontra-se em condição de menor condição financeira na busca por seus direitos, necessitando de maior aparato profissional.

Destaca-se, nesse ponto, o consumidor hipossuficiente, aquele cujos recursos financeiros são escassos, sendo agravada tal situação quando o serviço ou produto é de caráter essencial, ou quando, na condição fática, houver um idoso, criança, pessoa doente ou correlatos.

Mas não se resume apenas a menor capacidade econômica do consumidor, ficando claro no que ensina Miragem (2013, p. 116) que “a vulnerabilidade fática ou

socioeconômica é espécie ampla, que abrange, genericamente, diversas situações concretas de reconhecimento da debilidade do consumidor”.

Em suma, o consumidor, por não ter acesso às informações específicas do mercado e, em decorrência inclusive da desleal concorrência entre os fornecedores, fica sujeito ao domínio econômico hoje existente entre consumidor-empresário, visto que estes são os detentores dos meios de produção.

Vulnerabilidade Informacional

No que diz respeito à vulnerabilidade do consumidor em relação à informação, cabe destacar que a sua condição está ligada à informação. Ou seja, por não deter nem ser obrigado a tal, o consumidor fica sujeito ao fornecedor, visto que ele é detentor do conhecimento em relação ao produto/serviço. Quer-se dizer com isso que o fornecedor está em condição de superioridade por possuir, de modo natural, conhecimento a respeito do produto ou serviço ofertado por ele.

Dito isso, pode-se incorrer na confusão entre essa vulnerabilidade e a vulnerabilidade técnica, mas “o fato é que esta vulnerabilidade se difere da técnica, visto que nesta não há falta de informações, mas sim informações manipuladas, controladas e, por muitas vezes, desnecessárias”. (BENJAMIN *et al*, 2013, p. 106)

Sendo assim, a informação é de extrema importância para o consumidor, que precisa do conhecimento real do produto o qual pretende adquirir.

OS SERVIÇOS BANCÁRIOS COMO OBJETO DA RELAÇÃO DE CONSUMO

Nos serviços que fazem parte do rol exemplificativo do § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, os serviços bancários estão em destaque devido à polêmica em relação à época da discussão do anteprojeto que se tratava da inclusão ou não como objeto da relação de consumo até os dias de hoje. De modo que, vez ou outra, surge um “projeto de lei com o intuito de excluir as atividades bancárias do conceito de serviço de consumo”. (BOLZAN, 2014, p. 127)

A questão que suscitou mais discussão foi em relação aos depósitos feitos em cadernetas de poupança, alegando ser serviço não remunerado. Em decorrência disso, não seria passível de regulação pelo diploma consumerista. No entanto, em 28 de março de 2001, entendeu o STJ no julgamento do Recurso Especial 106.888 que o “Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) é aplicável aos contratos firmados entre as instituições financeiras e seus clientes referentes à caderneta de poupança”. Assim, prevaleceu na doutrina e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a

incidência do CDC aos serviços bancários em razão de suas atividades “se enquadrarem, sim, no conceito de objeto das relações de consumo”. (BOLZAN, 2014, p. 128)

Finalidades do Capital de Giro

Para que uma empresa possa dar início às suas atividades no Brasil, faz-se necessário o cumprimento de alguns requisitos, a saber, a formulação do contrato social; a finalidade da empresa e a forma de funcionamento; o registro na junta comercial; alvará de localização e funcionamento; a inscrição estadual; por fim, a obtenção de licenças e inscrições concedidas pelo estado e/ou município tais como, licença ambiental, licença sanitária, vistoria de cumprimento de normas de segurança etc.

Mas, além desses requisitos que dizem respeito à existência e legalidade dessa empresa, para que esta se mantenha, conforme o dito comum “as portas abertas”, é necessário ter o mínimo de equilíbrio financeiro. Tem-se então a necessidade por parte do(s) titular(es) da empresa da disposição de capital inicial, que será a base financeira para a manutenção das atividades de sua empresa.

Com o decurso do tempo, essas empresas visam fazer melhorias, ou mesmo sanar dívidas pretéritas com o intuito de manter o equilíbrio de suas balanças financeiras; surgindo, então, a necessidade do uso do capital de giro que, por vezes, precisa ser complementado por meio de empréstimos bancários.

De acordo com dados do SEBRAE169, no Brasil, no ano de 2020, já havia mais de 19 milhões de empresas ativas, sendo desse total, mais de 9 milhões registradas como microempreendedor individual, as já conhecidas MEI. Grande parte delas fazem empréstimos para capital de giro junto a instituições financeiras, objetivando a compra de maquinários, pagamento de funcionários, reformas na empresa, pagamento de contas, entre outros.

Nas palavras de Molino (2020, n.p):

O “capital de giro” compõe parte do “caixa” da empresa e é formado por “contas a pagar”, “contas a receber” e “estoque”. Nas “contas a pagar” estão as despesas enquanto nas “contas a receber” os créditos da empresa. No “estoque” ficam os bens da empresa já adquiridos e que ainda não circularam.

Ainda se utilizando das ideias desse doutrinador, o que difere o bem adquirido em empréstimo para capital de giro do bem adquirido em um empréstimo de um carro, por exemplo, é a natureza fungível da moeda. Enquanto o carro a ser devolvido após o fim do serviço prestado pela locadora deverá ser exatamente aquele emprestado, a moeda emprestada em contratos bancários não será devolvida moeda a moeda, cédula a cédula, porque isso seria uma tarefa impossível para o contratante do empréstimo. Afinal, ele completa: "não há pessoa, física ou jurídica, que realiza operação de crédito para colocar o dinheiro recebido 'debaixo do colchão'". (MOLINO, 2020, n.p).

A aplicação do CDC nos contratos de empréstimos para capital de giro

Ao tentarmos analisar as relações de contratuais, é possível perceber nitidamente que existem pelo menos duas situações bem características quando pensamos nos componentes subjetivos do contrato, ou seja, os sujeitos que firmam esse contrato.

A primeira situação se dá quando temos de ambos os lados pessoas (física ou jurídica) com igualdade econômica, social, cultural etc. Assim sendo, podemos claramente perceber a inexistência de vulnerabilidade, pois ambos têm iguais condições dentro do acordo no que tange as vulnerabilidades já citadas. No entanto, quando partimos para verificar a segunda possibilidade de relação contratual, temos de um lado uma pessoa (física ou jurídica) vulnerável, ou hipossuficiente, e do outro uma pessoa que, de modo geral é jurídica, fornecedora de um produto e, em sua maioria, detentora do específico conhecimento do produto que fornece, portanto mais forte dentro da relação contratual, suscitando assim, nessa relação, uma desigualdade que o próprio CDC visa dirimir.

Com o advento do Código Consumerista, tais relações com desigualdades passaram a ser melhor administradas, visando exatamente devolver para a relação contratual o devido equilíbrio entre as partes. Desse modo, considera-se a igualdade entre as partes como um princípio já consagrado e amplamente aplicado na constituição, respeitando as devidas diferenças entre elas.

Ao falarmos de pessoas jurídicas no polo passivo da relação consumerista, pode-se, com certa razão, associar a expressão pessoa jurídica a um *status quo* de poder, superioridade, ou até mesmo se chegar ao senso comum de que toda pessoa jurídica tem a mesma capacidade econômico-social. Mas isso é um erro inequivocamente grave, pois em nada raro, tem-se pessoas jurídicas formadas por uma única pessoa, ou por um grupo que mesmo em maior número de indivíduos não detém

poder econômico ou mesmo intelectual que seja capaz de colocar-se em paridade com grandes instituições fornecedoras de produtos e/ou serviços.

Falando especificamente da pessoa jurídica que busca os serviços de uma instituição financeira para tomar empréstimo com o intuito de abrir ou fomentar seu empreendimento, parte da doutrina entende que esse indivíduo, pessoa jurídica, pequeno empreendedor, deixa de ser consumidor por não se enquadrar na teoria finalista ou subjetiva. Assim, tal teoria chega a ser demasiadamente injusta, pois esquecendo da vulnerabilidade dessa pessoa jurídica em relação à instituição financeira, tira dela o direito de buscar através do CDC estabelecer o equilíbrio que naturalmente inexistente entre os dois polos.

Na teoria finalista, como ultimamente é aplicada, as microempresas não são contempladas com sua aplicação, pois, de modo geral, tem por titulares pessoas simples e até certo ponto, desinformadas. Na maioria das vezes, sem nenhuma formação superior e sem condições de enfrentar e/ou compreender problemas técnicos, informacionais ou de utilização do produto ou serviço. Sendo assim, por estarem excluídas do conceito de destinatária final, perdem a proteção do diploma consumerista, que em seu art. 4º, I já visa o "reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo". (BRASIL, 1990)

Tomando por base a teoria subjetiva, se uma microempresa celebrar um contrato de empréstimo para o incremento de seu capital de giro, não seria possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor por não ser o destinatário final dele, desconsiderando, assim, a possível situação de vulnerabilidade daquele indivíduo tomador do serviço bancário.

Tendo em vista a importante necessidade de manter o equilíbrio dentro dessa relação, o STJ passou a utilizar-se de uma teoria que amplia o conceito de consumidor de um patamar finalístico para um patamar de vulnerabilidade, desta feita, criando a Teoria Finalista Mitigada ou Aprofundada.

Temos por entendimento do STJ o seguinte:

Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de atos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto. - A relação jurídica qualificada por ser "de consumo"

não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. - Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. - São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. - Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp: 476428 SC 2002/0145624-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 19/04/2005, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 09.05.2005 p. 390 RSTJ vol. 193 p. 336) 170

Logo, observa-se que o STJ, visando reestabelecer o equilíbrio diante de tais circunstâncias, inova sobre a Teoria Finalista, dando a esta a possibilidade de maior abrangência, fazendo valer não somente o consumidor como estritamente o destinatário final de um produto/serviço ofertado, mas também todo aquele que dentro de uma relação estiver no polo passivo em situação de vulnerabilidade.

Vale salientar que entender o consumidor como aquele que, por estar em condição de vulnerabilidade, merece a proteção do CDC, é um avanço significativo para a aplicação mais justa do diploma consumerista, porquanto toda lei precisa ser aplicada no mundo real, não podendo ser tratada como "injusta" ao ponto que tem por premissa algo que não é posto na prática.

170 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/103241/recurso-especial-resp-476428-sc-2002-0145624-5>. Data de acesso: 12 de novembro de 2020.

Não obstante a isso, as cortes de segundo grau, por seu turno, têm feito uso dessa teoria em prol do tomador do serviço hora em condição de vulnerabilidade. Tem-se por exemplo a ementa da Apelação Civil proferida pelo TJ-SE em 2019, *in verbs*:

PROCESSO CIVIL – AÇÃO REVISIONAL – RECURSO DO BANCO - INCIDÊNCIA DO CDC – CAPITAL DE GIRO - PESSOA JURÍDICA - VULNERABILIDADE TÉCNICA E ECONÔMICA DA EMPRESA COMPROVADA - TEORIA FINALISTA MITIGADA - PRECEDENTES DO STJ) - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA - POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO CONTRATO - JUROS REMUNERATÓRIOS – NÃO CONFIGURAÇÃO DA ABUSIVIDADE QUANDO COMPARADOS AO PERCENTUAL DIVULGADO PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL – UTILIZAÇÃO DA TAXA MÉDIA DE MERCADO APENAS COMO UM PARÂMETRO PARA AFERIÇÃO DE EVENTUAL COBRANÇA ABUSIVA – ACOLHIMENTO PARCIAL. RECURSO DO AUTOR - CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS EM PERIODICIDADE INFERIOR A UM ANO – PREVISÃO EXPRESSA - POSSIBILIDADE NOS TERMOS DA SÚMULA 539 DO STJ – NÃO ACOLHIMENTO. MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA PARA APLICAR OS JUROS REMUNERATÓRIOS CONTRATADOS – RECURSOS CONHECIDOS – DESPROVIDO DO AUTOR E PARCIALMENTE PROVIDO DO BANCO. (Apelação Cível nº 201800719473 nº único0003484-71.2016.8.25.0040 - 1ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator (a): Ruy Pinheiro da Silva - Julgado em 23/07/2019) (TJ-SE - AC: 00034847120168250040, Relator: Ruy Pinheiro da Silva, Data de Julgamento: 23/07/2019, 1ª CÂMARA CÍVEL)171

Acrescenta-se da decisão um trecho do voto do relator, Des. Ruy Pinheiro da Silva:

Segundo a jurisprudência do STJ (Inf. 243), aplica-se ao caso em concreto a Teoria Finalista Aprofundada/Mitigada, uma vez que não obstante seja a acionante pessoa jurídica, deve ser reconhecida sua condição de consumidora, ante a sua patente vulnerabilidade técnica (ausência de conhecimentos bancários específicos) e econômica ou fática (aferida pelo grande poderio

171 Disponível em: <https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/736688016/apelacao-civel-ac-34847120168250040>. Data de acesso: 22 de maio de 2021;

econômico das instituições financeiras frente a empresas de pequeno porte, a exemplo das microempresas)¹⁷²

Nesse mesmo diapasão, o Superior Tribunal de Justiça negou provimento a um Recurso Especial, permitindo assim, a aplicação do CDC mesmo a empresa tomadora do serviço não sendo destinatária final do serviço.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ENERGIA ELÉTRICA. CONSUMIDOR. TEORIA FINALISTA MITIGADA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE, SÚMULA 7/STJ. 1. O STJ entende que se aplica a teoria finalista de forma mitigada, permitindo-se a incidência do CDC nos casos em que a parte, embora não seja destinatária final do produto ou serviço, esteja em situação de vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica em relação ao fornecedor, conforme entendeu a Corte de origem, no caso dos autos. [...] (REsp 1730849/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 07/02/2019).¹⁷³

Sobressalta aos olhos, diante dos exemplos supramencionados, que a aplicação da teoria finalista mitigada traz, para a relação jurídica, maior equidade e possibilidades reais da parte vulnerável ter em mãos ferramentas jurídicas mais concernentes à sua condição para obter um resultado mais justo, tornando a aplicação dessa teoria, nos casos em que couber, imprescindível para a justa adequação do texto legal aos casos concretos que possam ocorrer.

Os contratos bancários de empréstimo financeiro para capital de giro, em nada se diferem de uma relação consumerista nos moldes estabelecidos no próprio CDC. Temos de um lado a figura do fornecedor do serviço — as instituições bancárias — que unilateralmente estabelecem as “regras do jogo”, cujo principal objetivo é a obtenção de lucro por meio do recebimento dos juros e/ou multas concernentes ao acordo firmado. Já no outro polo tem-se o consumidor do serviço, que visa com a contratação do empréstimo, o fomento de seu negócio.

Outrossim, as cortes de primeiro grau, dando ampla margem ao entendimento posto até aqui, trazem jurisprudências que corroboram com a aplicação fática e

¹⁷² Disponível em: <https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/736688016/apelacao-civel-ac-34847120168250040/inteiro-teor-736688153>. Data de acesso: 22 de maio de 2021;

¹⁷³ Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/673321629/recurso-especial-resp-1730849-sp-2018-0052972-4>. Data de acesso: 22 de maio de 2021.

necessária do CDC em contratos bancários para capital de giro. Como exemplo, tem-se o recurso interposto ante o Tribunal de Justiça do Paraná, a saber:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PESSOA JURÍDICA. APLICABILIDADE. DESTINATÁRIA FINAL DO CRÉDITO. TEORIA FINALISTA MITIGADA. VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA. PROVA DOCUMENTAL SUFICIENTE. DESNECESSIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. - O empréstimo bancário de capital de giro, por não possuir destinação específica à atividade fim da pessoa jurídica, permite a invocação da teoria finalista mitigada para sua sujeição ao Código de Defesa do Consumidor. - Estando os fatos controversos demonstrados pela prova documental presente nos autos, faz-se desnecessária a inversão do ônus da produção da prova. TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADO DO PARANÁ (TJ-PR – Ação Civil de Improbidade Administrativa: 11215402 PR 1121540-2 (Acórdão), Relator: Rafael Vieira de Vasconcellos Pedrosa, 13ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1352 05/06/2014)174

Logo, vê-se que a aplicação do CDC nessa espécie de contrato não só é possível como também necessária, pois mesmo o Tribunal admitindo a finalidade diversa ao que reza a teoria subjetiva, ainda assim, prezou pelo princípio da vulnerabilidade.

No que segue o raciocínio, o art. 3º, §2º do CDC, preceitua que “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”. Logo fica clarividente pelo preceito legal, diante do que já foi exposto, que a instituição bancária ao colocar o serviço disponível no mercado não o coloca sem o objetivo de lucro, visto à cobrança de juros e/ou multa por mora. Por conseguinte, encaixa-se perfeitamente na égide do Código Consumerista.

No tocante ao tomador do serviço, assim como em relações semelhantes de consumo, presume-se que ele não possui conhecimento pleno das cláusulas postas no contrato, bem como de seus próprios direitos garantidos legalmente. Assim como já posto, ele não possui as mesmas condições econômicas que a própria instituição

174 Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25111527/acao-civil-de-improbidade-administrativa-11215402-pr-1121540-2-acordao-tjpr>. Data de acesso: 31 de maio de 2021.

financeira. Logo, em conformidade ao princípio basilar constante no CDC em seu art. 4º, I, faz-se necessário o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor.

Diante do que está definido no art. 3º, caput do CDC, abre-se a possibilidade de arguição de que esse tomador de serviço não se enquadraria na condição de consumidor, pois estaria transformando a moeda recebida através do empréstimo em outro bem, isto é, quando da compra de produtos para alienação. Porém a doutrina destaca que:

[...] a ideia é completamente equivocada por duas razões: a) a quantia recebida não é transformada em outros bens porque é devolvida ao banco e; b) a empresa que toma o crédito assume um ônus - o risco do negócio - o qual a coloca em posição de vulnerabilidade em relação às instituições financeiras. Conforme já visto, o valor recebido retorna ao banco e, por essa razão, não é possível dizer que há uma cadeia de fornecimento de serviços de crédito e que a empresa tomadora do empréstimo faria parte dela. (MOLINO, 2020, n.p)

Logo, a aplicação do Código Consumerista é totalmente possível, pois mesmo que o STJ já não tivesse inovado com a teoria finalista aprofundada, ainda assim seria totalmente aplicável. Ainda que desconsiderada a vulnerabilidade do indivíduo tomador do serviço, este se enquadraria — pelo já elucidado — por ser destinatário final do serviço bancário em questão.

Implicações da não aplicação do CDC

O Código de Defesa do Consumidor tem por base uma garantia oriunda da própria Constituição Federal em seu art. 170 V, que traz a defesa do consumidor como princípio basilar da ordem econômica, cuja finalidade é garantir uma existência digna ao indivíduo. Nesse mesmo sentido, o já outrora citado art. 4, I do próprio CDC, traz o reconhecimento da vulnerabilidade desse consumidor como base para a sua aplicação em casos concretos que dele urjam sua proteção. O CDC como regimento das relações consumeristas trouxe ao ordenamento jurídico importantes contribuições no sentido de dar mais equidade entre as relações oriundas da compra de produtos e/ou contratação de serviços profissionais.

Dito isso, faz-se necessário falar que a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos casos em que couber sua égide, dentro da esfera do próprio ordenamento, fere princípios básicos tanto do Código de Defesa do Consumidor, da

lei infraconstitucional, como da própria Constituição Federal, que é a carta magna do ordenamento jurídico de um país republicano como o Brasil.

Além de suas bases, o CDC tem por missão garantir tratamento mais igualitário na relação consumerista por meio de instrumentos e garantias que por si só conferem maior equilíbrio nos casos concretos, isto é, no mundo real. A saber, como principais vantagens, há a possibilidade de escolha do foro competente para ser iniciada, processada e julgada a ação, além da inversão do ônus da prova.

Como já dito em momento pretérito, grande parcela dos titulares da maioria das mais de 19 milhões de empresas ativas no Brasil são pessoas que, ao contratarem um serviço bancário com o intuito de fomentar sua atividade econômica, não detêm conhecimento técnico, jurídico ou até mesmo informacional. E, por seu turno, também não detêm poder econômico que seja equivalente ao poderio econômico das grandes instituições financeiras instaladas em território nacional. Logo a não aplicação do CDC em contratos bancários em que couber traz, além da eventual insegurança jurídica, a possibilidade de tornar-se um possível litígio muito mais desgastante para a parte presumidamente vulnerável.

A inversão do ônus da prova é também uma das grandes ferramentas trazidas pelo Código Consumerista, porém inexiste em situações fáticas regidas pelo Código Civil. Logo, em caso de não aplicação do CDC, sendo desconsiderada a hipossuficiência do indivíduo no polo passivo, o ônus pela produção de provas pode ser um fator que cause significativas baixas financeiras ao cofre da empresa. Em muitos casos, essa produção se faz por meio dos serviços periciais especializados que, em certos casos, são serviços de alto custo os quais, a seu turno, nada tem a ver com a condição financeiro do pretenso solicitante.

Em consonância a isso, Belache expõe que a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor pode implicar negativamente, inclusive na economia nacional, *in verbis*:

Desta maneira, não há motivo plausível para a exclusão de incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor das relações contratuais de empréstimo formalizadas entre pessoas jurídicas e instituições financeiras ainda que para incrementar ou fomentar o capital de giro dessas últimas. **Tais normas, ao contrário, devem incidir nessas hipóteses, sob pena de ser ainda mais penoso o crescimento econômico do país.** (2015, n.p, grifo nosso)

Logo, é imprescindível reconhecer a importância da aplicação do CDC nos casos em que couber, pois a sua não aplicação, nesses casos, provocam resultados que, para o consumidor como parte vulnerável, e tomando por base sua vulnerabilidade fática, podem ser preponderantes para a viabilidade econômica na continuação de uma empresa.

CONCLUSÃO

Tendo em vista que as relações jurídicas podem ser regidas pelos diversos códigos existentes no ordenamento jurídico nacional, faz-se necessário o devido enquadramento do caso concreto dentro da égide legal correspondente. O Código de Defesa do Consumidor é um importante instrumento cuja existência sempre esteve precedida por garantia constitucional, no qual a proteção ao consumidor torna-se um princípio basilar inserido no direito de ordem econômica.

Outrossim, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor é um princípio constante no Código Consumerista, logo, ante à aplicação da teoria finalista ou subjetiva, tinha-se um limite da aplicação do CDC. Sendo assim, vê-se como imprescindível a inovação do STJ quanto a essa teoria, criando, a partir dela, a Teoria Finalista Aprofundada, que ampliou e aplicou de maneira mais coerente aos próprios preceitos legais o ordenamento consumerista.

Quando falamos das relações nas quais há o consumo de serviços e/ou produtos oriundos de contratos bancários, já é passivo na jurisdição que o CDC é aplicável em tais situações, logo quando diz respeito a contratos oriundos da necessidade do tomador de um serviço bancário, de um empréstimo financeiro para o implemento parcial ou total do seu capital de giro, sabe-se que o CDC, de acordo com precedentes do STJ, é também aplicável nessas situações.

Dessa forma, não era razoável possuir um código tão importante no ordenamento nacional, mas que não tivesse sua efetividade garantida, objetivando a consideração pretérita apenas do consumidor como aquele beneficiário final de um produto ou serviço. Logo, a teoria finalista mitigada vem como uma “mão na roda” na ampliação das trincheiras de proteção das relações de consumo.

Baseando-se nisso, conclui-se que a aplicação da teoria finalista mitigada em contratos bancários de empréstimos para capital de giro, além de possível, faz-se necessária para que o CDC — um importante e imprescindível instrumento balizador das relações jurídicas de consumo — fosse aplicado aos casos concretos.

Nesse mesmo diapasão, conclui-se também que a inovação por parte do STJ, no tocante à criação da teoria finalista aprofundada, tratou-se de um marco jurídico importante não só para a devida implementação do CDC no mundo real, mas também para o respeito dos preceitos estabelecidos na própria Constituição Federal que, como já dito antes, é o regulador de todos os demais dispositivos e precisa ser respeitado como tal.

REFERÊNCIAS

BELACHE, Francisco Drulha. Pessoa jurídica consumidora: teoria finalista mitigada. **Jus.com.br**, Paraná, mar. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37591/pessoa-juridica-consumidora-teoria-finalista-mitigada>. Acesso em: 23 set. 2020.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOLZAN, Fabrício **Direito do consumidor esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOLZAN, Fabrício; LENZA, Pedro. **Direito do consumidor esquematizado**: parte material e administrativa. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2 turma). **Recurso Especial 0009423-90.2008.8.26.0361 SP 2018/0052972-4**. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ENERGIA ELÉTRICA. CONSUMIDOR. TEORIA FINALISTA MITIGADA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE, SÚMULA 7/STJ. Recorrente: EDP São Paulo Distribuição de Energia S/A. Recorrido: Companhia Mogi de café Solúvel. Relatora: Min. Herman Benjamin, 7 de agosto de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/673321629/recurso-especial-resp-1730849-sp-2018-0052972-4>. Acesso em: 22 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 turma). **Recurso Especial 476428/SC /2002 01455624-5**. Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor.

Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de tratos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto. Recorrente: Agipliquigás S/A. Recorrido: Gracher Hotéis e Turismo LTDA. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 19 de abril de 2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/103241/recurso-especial-resp-476428-sc-2002-0145624-5>. Acesso em: 12 nov. 2020.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do consumidor**. 15. ed. rev., atual. e ref. São Paulo: Atlas, 2018.

FREITAS, Theonio. A aplicação do CDC na discussão dos contratos bancários. **André Torres Advogados Associados**, Salvador, abr. 2014. Disponível em: <https://www.andretorres.adv.br/a-aplicacao-do-cdc-na-discussao-dos-contratos-bancarios/>. Acesso em: 05 mar. 2021.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOLINO, Marco Antônio Belmonte. Aplicação do CDC nos empréstimos para fomentar capital de giro. **Jusbrasil**, São Paulo, ago. 2020. Disponível em: <https://marcoabm80.jusbrasil.com.br/artigos/919373278/aplicacao-do-cdc-nos-emprestimos-para-fomentar-capital-de-giro>. Acesso em: 23 out. 2020

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Ação Civil de Improbidade Administrativa 11215402 PR 1121540-2 (Acórdão)**. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PESSOA JURÍDICA. APLICABILIDADE. DESTINATÁRIA FINAL DO CRÉDITO. TEORIA FINALISTA MITIGADA VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA. PROVA DOCUMENTAL SUFICIENTE. DESNECESSIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 13 Câmara Cível. Agravante: Itaú Unibanco S/A. Agravados: Drogaria Gomenol LTDA e outros. Relator: Rafael Vieira de Vasconcellos Pedroso, 05 de junho de 2014. Disponível em: <https://tj->

pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25111527/acao-civil-de-improbidade-administrativa-11215402-pr-1121540-2-acordao-tjpr. Acesso em: 31 maio 2021.

RESENDE, Gustavo Altino de. Os direitos do consumidor por equiparação. **Migalhas**, mar. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/298335/os-direitos-do-consumidor-por-equiparacao>. Acesso em: 12 abr. 2021.

ROSS, John. Conceito de Consumidor. **Jusbrasil**, 2018. Disponível em: <https://johnrossadv.jusbrasil.com.br/artigos/542473885/conceito-de-consumidor>. Acesso em: 23 out. 2020.

SERGIPE. Tribunal de Justiça de Sergipe. **Apelação Cível 0003484-71.2016.8.25.0040**. PROCESSO CIVIL – AÇÃO REVISIONAL – RECURSO DO BANCO - INCIDÊNCIA DO CDC – CAPITAL DE GIRO - PESSOA JURÍDICA - VULNERABILIDADE TÉCNICA E ECONÔMICA DA EMPRESA COMPROVADA - TEORIA FINALISTA MITIGADA - PRECEDENTES DO STJ) - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA - POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO CONTRATO - JUROS REMUNERATÓRIOS. 1 Câmara Cível. Apelante: George Cleyton de Araújo Prata. Apelado: Banco Bradesco S/A. Relator: Ruy Pinheiro da Silva, 23 de julho de 2019. Disponível em: <https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/736688016/apelacao-civel-ac-34847120168250040>. Acesso em: 22 maio 2021

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 6 ed. São Paulo: Método, 2017.

IMPORTÂNCIA DOS ALIMENTOS GRAVÍTICOS AO NASCITURO COM BASE NA LEI N.º11.804/2008

MÁZYA HELANE LIMA ARAÚJO: bacharelanda do Curso de Direito do Curso Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA

GILBERTO ANTÔNIO NEVES PEREIRA DA SILVA ¹⁷⁵

(orientador)

RESUMO: Este trabalho teve como objetivo aprofundar as reflexões sobre o papel do futuro pai à gestante e ao nascituro em busca de mudanças efetivas. Nessa perspectiva, a proposta deste estudo visa analisar as consequências e os efeitos para os hipoteticamente envolvidos pela Lei nº11.804 de novembro de 2008, e a sua contribuição para o titular de direito aos alimentos gravídicos. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e documental, de caráter descritiva, exploratória e qualitativa, onde foi realizado um levantamento bibliográfico em periódicos hospedados em plataformas de pesquisas como a plataforma Scielo e o Portal de Periódicos da CAPES, que constituíram a base para a fundamentação teórica deste estudo. Como resultados, considera-se que a aplicação da Lei dos Alimentos Gravídicos é de extrema para a proteção da saúde e integridade do nascituro. Nesse contexto, destaca-se a importância da Lei dos Alimentos Gravídicos como dispositivo legal, pois ela garante o direito do nascituro a alimentos e ao suporte a vida.

Palavras-Chave: Alimentos gravídicos; Nascituro; Direitos do Nascituro; Gestante; Paternidade responsável.

ABSTRACT: This work aimed to deepen the reflections on the role of the future father to the pregnant woman and the unborn child in search of effective changes. In this perspective, the purpose of this study is to analyze the consequences and effects for those hypothetically involved by Law No. 11,804 of November 2008, and their contribution to the holder of the right to pregnant foods. This is a bibliographic and documentary research, of a descriptive, exploratory and qualitative character, where a bibliographic. Survey was carried out in journals hosted on research platforms such as

¹⁷⁵ Docente do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre do Programa de Pós graduação em Direito_ Mestrado PUCRS

the Scielo platform and the CAPES Journal Portal, which formed the basis for the foundation theoretical framework of this study. As a result, it is considered that the application of the Gravid Food Law is extremely important for the protection of the health and integrity of the unborn child. In this context, the importance of the Gravid Food Law is highlighted as a legal device, as it guarantees the right of the unborn child to food and life support.

Keywords: Pregnancy alimony; Unborn child; Rights of the unborn child; Pregnancy; Responsible parenthood.

Sumário: 1.Introdução;2. Dos Alimentos no Contexto Contemporâneo; 2.1 Princípios Norteadores da Obrigação Alimentar; 2.2 Tratamento Legislativo Pátrio dos Alimentos;3.Alimentos Gravídicos e Dignidade da Pessoa Humana;3.1A Relevância da Personalidade Civil para Proteção da Saúde e Integridade do Nascituro;3.2 A Importância da figura Paterna no Apoio à Gestante até a Concepção do Parto; 4.Considerações Finais;5.Referências.

1.INTRODUÇÃO

No Brasil, historicamente a obrigação de prestar alimentos está diretamente relacionado com a constituição familiar de cada época. No Código Civil de 1916, não havia reconhecimento dos filhos gerados fora do casamento, sendo estes impedidos do direito de pleitear alimentos para sua própria subsistência, pois naquela época a prioridade era preservar a entidade do casamento.

Somente 72 anos depois, com a publicação da Constituição Federal de 1988, os filhos passaram a ter igualdade perante a lei, reconhecendo o direito dos filhos concebidos fora do casamento. Nesse sentido, na atualidade, segundo Venosa (2010, p.03), a sociedade "cada vez mais globalizada pelos meios de comunicação, pressupõe e define uma modalidade conceitual de família bastante distinta das civilizações passadas".

Com o passar dos anos e com as inovações e mudanças sociais, em 2002 foi aprovado o novo Código Civil, que segundo Gonçalves (2010, p.34) convocou os pais a uma "paternidade responsável", assim como à prestação de alimentos. De acordo com Gonçalves (2010, p.32):

Só recentemente, em função das grandes transformações históricas, culturais e sociais, o direito de família passou a seguir rumos próprios, com as adaptações à nossa realidade, perdendo aquele caráter canonista e dogmático intocável.

Nesse contexto, em 5 de novembro de 2008 foi publicada a Lei nº 11.804, denominada de Lei dos Alimentos Gravídicos, que passou a disciplinar os alimentos a serem pagos para a gestante e a forma como será exercido esse direito à gestante e ao nascituro. De acordo com Freitas (2011), apesar das críticas e controvérsias, “a Lei, sem dúvidas traz importante tutela satisfativa aos direitos da mãe, tanto na viabilização da futura prole como no rateio das despesas com o suposto pai”.

Na legislação vigente há varias formas de evocar quem pode pleitar o poder judiciário na ação de alimentos. E a obrigação alimentar toma como referencial o Código Civil que destaca o binômio possibilidade / necessidade onde o alimentante terá que suprir as necessidades básicas do alimentado e o princípio das prestações alimentícias tem por finalidade a manutenção das prestações podem sofrer atualizações a qualquer momento mas não visa é para prejudicar o alimentante em detrimento do alimentado ou enriquecimento ilícito.

O tratamento legislativo dos alimentos é direito alimentar personalíssimo advindo das relações de parentesco, casamento, união estável e o devedor pode pleitar ação e sabendo que os alimentos são impenhoráveis por ter em si a continuidade do ser humano.

Diante disso, este trabalho de pesquisa sobre Alimentos Gravídicos visa aprofundar reflexão sobre o papel do futuro pai à gestante e ao nascituro em busca de mudanças efetivas. Nessa perspectiva, a proposta deste estudo visa analisar as consequências e os efeitos para os hipoteticamente envolvidos pela Lei nº11.804 de novembro de 2008, e a sua contribuição para o titular de direito aos alimentos gravídicos.

2. Dos Alimentos no Contexto Contemporâneo

Na legislação vigente os alimentos podem ser pedidos de várias maneiras desde que assegure a possibilidade de subsistência quando evocado pelo poder judiciário através do ajuizamento de ação de alimentos. Tomando esse raciocínio, quem pode pleitar os alimentos no âmbito do poder judiciário: é o alimentando, o responsável legal do próprio alimentando, o Ministério Público se tiver menores de 18 anos envolvidos, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e pelo próprio alimentando se tiver interesse.

Dessa forma, de acordo com a Lei 10.406/2002, são obrigados a prestar alimentos os ascendentes, descendentes, irmãos, cônjuges e os companheiros. Assim, de acordo com o Código Civil, na linha reta, a obrigação primeira recai aos pais, e na impossibilidade destes, aos avós. De acordo com o artigo 1.697 do Código Civil, “na

falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais, serão chamados os irmãos, mas, somente na ausência ou impossibilidade dos parentes em linha reta”.

2.1 Princípios Norteadores da Obrigação Alimentar

Nesse contexto o Código Civil dá ênfase ao binômio possibilidade/necessidade, onde o necessitado terá suas necessidades de subsistência equiparadas a do alimentante, que é obrigado a prestar alimentos. Para que não possa existir enriquecimento ilícito por parte do alimentando representado pelo alimentante. O dever de prestar alimentos não deve levar em conta o empobrecimento do alimentante.

As prestações alimentícias tem por finalidade oferecer condições dignas de subsistência. O princípio da manutenção das prestações alimentares previstas no artigo 1.699 do Código Civil no Capítulo 1:

Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

Ou seja, as prestações podem sofrer mudanças a qualquer momento tomando como base as atualizações oficiais do artigo 1.710 Código Civil, o legislador quer efetivar a importância das prestações dos alimentos para manutenção e subsistência do alimentando, dando ênfase ao binômio possibilidade/necessidade das partes envolvidas, conforme o artigo 1.710 Código Civil Brasileiro:

Art. 1.710. As prestações alimentícias, de qualquer natureza, serão atualizadas segundo índice oficial regularmente estabelecido.

Do mesmo modo, outra característica dos alimentos é o princípio da irrenunciabilidade, onde o mesmo não pode ser renunciado, pois caracteriza-se como um encargo de ordem pública (VENOSA, 2010). Assim considera-se que o dever alimentício é recíproco, de acordo com o artigo 1696 do Código Civil, que tem como embasamento os princípios da dignidade e da solidariedade.

Assim, de acordo com o Código Civil, ainda em seu artigo 1696, o princípio da reciprocidade define que a prestação de alimentos deve ser recíproco entre pais e filhos, sendo extensivo a todos os ascendentes, e entre os descendentes quando a obrigação recai nos mais próximos em grau. Estes itens são citados no artigo 1697, que

estabelece o princípio da preferência, onde na falta de ascendente, a obrigação recai aos descendentes.

Segundo Gaburri (2009), a criação da Lei dos Alimentos Gravídicos passou a assegurar o direito à vida e de nascer em condições mínimas de sobrevivência, onde muitas vezes os filhos não foram gerados em uma unidade familiar, onde não há prestação de auxílio mútuo. Os alimentos também são variáveis, de acordo com o Código Civil, dependendo da situação econômica e necessidade das partes, podendo ser revisados, majorados, reduzidos e até extintos, correspondendo ao princípio da mutabilidade.

Dessa forma, de acordo com Venosa (2010), a prestação/pagamento de alimentos deve ser periódico, de modo a atender as necessidades de subsistência e sobrevivência do alimentante, sendo vedada a renúncia do direito a alimentos, conforme o princípio da irrenunciabilidade. Por fim, considera-se os alimentos como direito personalíssimo, onde sua titularidade não pode ser transmitida ou cedida a outras pessoas.

2.2 Tratamento Legislativo Pátrio dos Alimentos

A prestação alimentar é essencial para subsistência devida do ser humano e necessária para resistir com dignidade, e o seu direito é assegurado pelo Código Civil brasileiro. Segundo o artigo 1697 do Código Civil, a obrigação alimentar é imposta ao alimentante o dever de alimentar será devido entre os parentes da mesma classe (classe dos pais) avós, bisavós, prestarem alimentos aos descendentes com base na medida de suas possibilidades. O dever de prestar alimentos surge de um dever moral e legal passando ao parentesco sanguíneo, civil ou causar lesões a terceiros por atos ilícitos atuais ou futuros.

De acordo com o Código Civil, o direito alimentar é personalíssimo, quem pode exigir, são aqueles que mantêm relação de parentesco, casamento, união estável com o devedor pode pleitear ação (BRASIL, 2002). Não pode ser concedido de forma gratuita, onerosa alienado por ser um instituto ligado ao ser humano. Os alimentos são inpenhoráveis pois tem um propósito em si mesmo que é a continuidade do ser humano.

Segundo a Ministra Nancy Andrighi do Supremo Tribunal de Justiça, do processo 1815055/SP de 2019/0141237-8:

Os termos "prestação alimentícia", "prestação de alimentos" e "pensão alimentícia" são utilizados como sinônimos pelo

legislador

em momentos históricos e diplomas diversos do ordenamento jurídico

pátrio, sendo que, inicialmente, estavam estritamente relacionados

aos alimentos familiares, e, a partir do CC/16, passaram a ser utilizados para fazer referência aos alimentos indenizatórios e aos voluntários.

Segundo Diniz (2007) as reclamações podem ser: quando se apresentar a ação de alimento para o Estado fica incutido o dever de prestar alimentos, por meio do processo de reconhecimento cujo os alimentos serão futuros. Em contrapartida os alimentos atuais devem ser amparados e prestados por meio de sentença. É irrenunciável o que compõem o direito da personalidade, sendo assim o alimento tem direito e pode deixar de exercer – lo, fica proibido o mesmo renunciar o próprio direito e as legislações especifica que há exceção que é a possibilidade da renúncia após o fim do vínculo matrimonial entre alimentante e alimentando.

De acordo com a Lei nº 11.804/220 em seu artigo 6º, O juiz estando convencido da existência de indícios da paternidade, o mesmo fixará alimentos gravídicos que perduraram até o nascimento da criança sobressaltando as necessidades da autora.

RECURSO ESPECIAL. CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. GARANTIA À GESTANTE. PROTEÇÃO DO NASCITURO. NASCIMENTO COM VIDA. EXTINÇÃO DO FEITO. NÃO OCORRÊNCIA. CONVERSÃO AUTOMÁTICA DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS EM PENSÃO ALIMENTÍCIA EM FAVOR DO RECÉM-NASCIDO. MUDANÇA DE TITULARIDADE. EXECUÇÃO PROMOVIDA PELO MENOR, REPRESENTADO POR SUA GENITORA, DOS ALIMENTOS INADIMPLIDOS APÓS O SEU NASCIMENTO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Os alimentos gravídicos, previstos na Lei n. 11.804/2008, visam a auxiliar a mulher gestante nas despesas decorrentes da gravidez, da concepção ao parto, sendo, pois, a gestante a beneficiária direta dos alimentos gravídicos, ficando, por via de consequência, resguardados os direitos do próprio nascituro. 2. Com o nascimento com vida da criança, os alimentos gravídicos concedidos à gestante serão convertidos automaticamente em pensão alimentícia em favor

do recém-nascido, com mudança, assim, da titularidade dos alimentos, sem que, para tanto, seja necessário pronunciamento judicial ou pedido expresso da parte, nos termos do parágrafo único do art. 6º da Lei n. 11.804/2008. 3. Em regra, a ação de alimentos gravídicos não se extingue ou perde seu objeto com o nascimento da criança, pois os referidos alimentos ficam convertidos em pensão alimentícia até eventual ação revisional em que se solicite a exoneração, redução ou majoração do valor dos alimentos ou até mesmo eventual resultado em ação de investigação ou negatória de paternidade. 4. Recurso especial improvido.(STJ - REsp: 1629423 SP 2016/0185652-7, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 06/06/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/06/2017 RSDF vol. 103 p. 152)

3. Os Alimentos Gravídicos e a Dignidade da Pessoa Humana

A Lei de Alimentos Gravídicos (nº 11.804/2008) garante a proteção integral ao nascituro e a gestante, dando direito a alimentos e demais despesas oriundas ao longo do período de gestação, obrigatórios da parte materna e paterna, proporcionalmente aos recursos de ambos, e transformadas em pensão alimentícia paga pelo suposto pai após o nascimento com vida da criança.

Assim, segundo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através da Sétima Câmara Cível:

Somente quando existente, pelo menos, indícios da paternidade apontada, ausente no caso, é que se mostra cabível a fixação de alimentos em favor do nascituro, destinados à manutenção da gestante, até que seja possível a realização do exame de DNA (Agravo de Instrumento nº 70053262168).

De acordo com a Constituição Federal, conforme o 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" (BRASIL, 1988, p.225). Do mesmo modo, segundo o art. 2º do Código Civil brasileiro, o nascituro tem como direito fundamental e inicial da personalidade, o nascimento com vida.

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), art. 4º:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Nesse contexto, segundo Diniz (2007), o nascituro embora ainda não tenha personalidade, é titular de direitos, como a busca de alimentos gravídicos, segundo o Código Civil brasileiro. Segundo Dias (2009), os alimentos gravídicos são uma obrigação dos genitores, como garantia para que o nascituro se desenvolva sem nenhum prejuízo a sua saúde, exercendo seu direito de garantia fundamental à vida.

A Lei nº 11.804/2008 preconiza o direito de alimentos à mulher gestante, que incluem as despesas adicionais do período de gravidez, como alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames, internações, parto, medicamentos, entre outras despesas. Segundo a lei, as despesas devem levar em consideração a renda materna e paterna, sendo divididas em igual teor entre o pai e a mãe, pois a responsabilidade de assegurar a saúde do nascituro é de ambos. Vale enfatizar que alimentos gravídicos para serem determinados como tal devem ter embasamento na necessidades versus possibilidades e razoabilidade, para que venha possibilitar vida digna a futura criança.

Desse modo, considera-se que a nomenclatura “alimentos gravídicos” vão além das questões unicamente alimentares, mas envolvem diferentes situações e questões, das mais simples as mais avançadas, para assegurar ao nascituro uma gestação saudável e segura. Além disso, ressalta-se que a Lei nº 11.804/2008 foi um importante avanço para a proteção das gestantes e nascituros, pois historicamente, pela legislação, a mulher ficava completamente desamparada no caso de um agravidez eventual.

A Dignidade da Pessoa Humana é um direito fundamental implementado pela Constituição Federal, e está de forma implícita em vários artigos da Carta Magna, como: em diversos incisos do artigo 5º da CF/88 e dentre outros (BRASIL, 1988). A Dignidade da Pessoa Humana vem tomando espaço perante a sociedade e ganhando grande notoriedade no mundo jurídico, dessa forma vem sofrendo melhorias tomando como eixo principal das necessidades básicas do indivíduo (CAVALCANTE, 2007).

O foco é a proteção da vida de maneira factual e efetiva pois, a vida será integral se tiver assegurado o mínimo necessário para existir, aliado ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Nesse contexto, segundo Zenni (2004), não há como imaginar a noção de dignidade da pessoa humana sem que o mesmo tenha condições de dispor de um mínimo necessário para viver e ter a possibilidade de uma vida digna por meio dos alimentos é um dos princípios norteadores da Lei Maior.

3.1 A Relevância do Desenvolvimento da Personalidade Civil para Proteção da Saúde e Integridade do Nascituro

Segundo a legislação, existem duas vertentes de proteção ao nascituro: direitos de cunho patrimonial, onde é assegurada a proteção dos direitos patrimoniais do bebê que ainda está no ventre materno para após o seu nascimento; e os direitos imateriais que dizem respeito a personalidade humana (TORRES, 2011).

Nesse contexto, há a doutrina de proteção integral, de acordo com a Constituição Federal em seu artigo 227, e no Estatuto da Criança e do Adolescente, visando a proteção dos direitos

de crianças e adolescentes de forma integral. Segundo Pena Júnior (2008), o Brasil ao seguir a Doutrina de Proteção Integral, garante às pessoas nessa fase da vida a prioridade de direitos como indivíduos em desenvolvimento, garantindo-lhes direito à vida, saúde, educação, alimentação, lazer, entre outros. Ainda, segundo o autor:

Ao assumir a Doutrina da Proteção Integral, ficou evidente um novo posicionamento por parte da família, da sociedade e do Estado com relação às nossas crianças e aos nossos adolescentes, passando-se a reconhecê-los como sujeitos de todos os direitos fundamentais intrínsecos ao ser humano e fazendo-se valer do princípio do melhor interesse, nas questões em que estejam envolvidas (PENA JÚNIOR, 2008, p. 36).

O direito de nascer, assim como o direito de nascer em uma família que possa proporcionar ao nascituro condições de saúde, educação e alimentação adequadas, é amplamente defendido e difundido no país. Nesse contexto, o país baseia-se também no direito de proteção integral preconizado pela Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, garantindo que todo o ser humano tem direito à vida, e o direito de ser reconhecido como pessoal perante a lei.

Assim, ressalta-se que para manter-se o direito sagrado à vida, é inquestionável a necessidade de manutenção do corpo físico e psíquico (TORRES, 2011). Nessa perspectiva, considerando a manutenção da vida daqueles que ainda não conseguem manterem-se sozinhos, nasce a figura e a importância da garantia de alimentos. Segundo a Constituição Federal, é dever do Estado garantir os meios básicos de manutenção da vida, no entanto, o Estado não consegue dar conta de todas as necessidades básicas dos seus cidadãos, transferindo à família a responsabilidade subsidiária pela ausência do cumprimento desses direitos, em decorrência do

parentesco, que por lei tem o dever alimentar, segundo o Código Civil brasileiro (Lei 10.406/2002).

Segundo Fachin (2003, p. 283-284):

Na falta do Estado, os privados (consoante o CCB de 2002) repartem os custos do que é necessário para a vida. O mecanismo da desoneração estatal veicula-se através da família na teia parental. Habitação, saúde, educação, entre outras conotações, os alimentos correspondem a esse múnus público exercido, dentro da família, pelos particulares. No inadimplemento das prestações sociais a que se obriga o Estado, o parentesco opera o suprimento de necessidades básicas via a fixação alimentar.

Dessa forma, a legislação brasileira define ao poder familiar a guarda, sustento e educação dos filhos menores, dever este que na atualidade é comum a ambos os pais, de acordo com o Código Civil brasileiro. Assim, pela lei considera-se os pais responsáveis por seus filhos, desde o momento de sua concepção, onde o bebê encontra-se no ventre da mãe, até a sua maioridade; dever este que permanece mesmo que a filiação seja adotiva.

Haja visto, que na Constituição Brasileira é dever do Estado oferecer meios para dar continuidade a vida. Mas o Estado por sua vez não consegue absolver todas as necessidades básicas do cidadão como: alimentação, moradia, saúde dentre outros, que são necessários para a subsistência do ser humano. Dessa forma o Estado passa ao particular a responsabilidade subsidiária quando não conseguir abarcar com essa responsabilidade a falta de cumprimento dos direitos. Daí vai recair sobre a família o encargo de manter, prestar alimentos decorrente de parentesco ou dever alimentar.

Em contrapartida, ocorre a possibilidade de quem tem o dever de promover o sustento, não prejudique o próprio sustento, nesse caso cabe a ideia de trinômio: necessidade/ possibilidade e rezoabilidade.

3.2 A importância da Figura Paterna no Apoio à Gestante até a Concepção do Parto

No Brasil, mais de 5,5 milhões de crianças não possuem o nome do pai na certidão de nascimento, segundo dados do Instituto Brasileiro de Direito de Família (2019). Nesse contexto, muito discute-se o papel da paternidade e seus significados na realidade brasileira, onde promove-se a paternidade responsável, uma vez que, o

nascituro é um sujeito de direitos, e é dever dos pais garantir esses direitos desde a sua concepção.

A paternidade responsável é um termo de origem no direito americano (parental responsibility), ao qual não refere-se apenas ao homem, mas também à figura da mulher, corroborando que os direitos reprodutivos e sexuais do homem e da mulher traduz responsabilidades. De acordo com a Lei 9.263/96, o planejamento familiar deve ter como base os princípios da paternidade responsável, assim como da dignidade da pessoa humana.

Segundo o Código Civil Brasileiro, o devedor de alimentos só se eximirá dessa responsabilidade, quando seus rendimentos o privarem de seu próprio sustento. De acordo com Cahali (2002), o direito de alimentos tem como base o artigo 357 do Código Civil Brasileiro, que prevê responsabilidade de reconhecimento do filho antes do nascimento. Nesse cenário, a paternidade que por muito tempo era reconhecida somente por meio do casamento, na atualidade, Fachin (1992, p. 21) destaca que:

Em face da necessidade de estabelecer, no âmbito da família, a filiação paterna, o sistema se vale de alguns mecanismos. Diante da certeza da maternidade, o eixo do estabelecimento da paternidade gira em torno da figura da mãe: se esta for casada, opera a presunção pater is est; se a mãe não for casada, a filiação paterna pode ser estabelecida pelo reconhecimento voluntário ou por investigação.

Judicialmente, a figura do pai biológico e do pai jurídico nem sempre coincidem, porém não retrai a organização do sistema sob o viés da paternidade biológica. Nesse contexto, segundo Pereira (2005, p. 145-146):

Se procurarmos na etnologia e na antropologia, poderemos encontrar as inúmeras facetas das relações de parentesco e dos elementos determinantes da paternidade. Em seu núcleo constata-se que a relação paterna não repousa em um dado natural... Embora os ordenamentos jurídicos ocidentais em geral determinem a paternidade biológica como fonte de responsabilidade civil, a verdadeira paternidade só se torna possível a partir de um ato de vontade ou de um desejo.

Assim, embora muitos autores destaquem a paternidade como afetiva, o direito a subsistência e as relações patrimoniais entre pais e filhos perpassam essas questões, pois as relações afetivas consideram-se como o plano ideal da paternidade, no entanto

o plano é fático. Diante disso, a Lei de Alimentos Grávidos veio para contribuir com a paternidade responsável. No entanto, os direitos de cunho patrimonial é resguardado a proteção do direito patrimonial pela legislação ao nascituro. O próprio Código Civil rechaça proteção a direitos futuros ao nascituro de acordo com seu nascimento com vida, tais direitos são resguardados por força de lei. Segundo o Código Civil artigo 2º :

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

O rol assegurado ao nascituro, se concretizam após seu nascimento com vida como o direito da família e direito das sucessões. O mesmo tem direito em face do falecimento de seu parente que estiver incluído na ordem de sucessão pode vir a receber doações.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou aprofundar as reflexões sobre o papel do pai, os parentes da mesma classe (entre pais, avós, bisavós) que prestarem alimentos aos descendentes e à própria gestante e ao nascituro em busca de mudanças efetivas, com base na Lei dos Alimentos Grávidos e outras jurisprudências, considerando que a obrigação alimentar de ambos os pais nasce na concepção do nascituro no ventre materno. Apesar disso, no contexto brasileiro, a realidade do abandono paterno é concretizada por milhões de crianças sem o nome do pai no registro de nascimento.

É dever do Estado assegurar a subsistência do ser humano mas quando não consegue incorporar essa responsabilidade, acaba repassando tais direitos ao particular por meio do parentesco para prestação de alimentos devidos. Atualmente a prestação alimentar pode ser evocada de várias maneiras no âmbito jurídico por ser essencial para subsistência do ser humano e vital para resistir com o mínimo de dignidade da pessoa humana.

O termo "alimentação para gestantes" não envolve apenas questões alimentares, mas também diferentes situações e questões, das mais simples às mais avançadas, para garantir que o feto seja saudável e seguro para engravidar. Deste modo, não há como imaginar o conceito de dignidade humana, a menos que ela possua as necessidades mínimas da vida e seja possível viver uma vida digna por meio dos alimentos. Frisa-se que a dignidade humana é um direito fundamental consagrado na Constituição Federal, o que está implícito em diversos artigos da Carta Magna / 88. Portanto, a alimentação durante a gravidez reflete que a vida no útero é digna de

respeito e oferece todos os meios necessários para o seu desenvolvimento pleno e saudável, para que vidas potenciais possam viver com dignidade.

Considerando o exposto, destaca-se a importância da Lei dos Alimentos Grávidos como dispositivo legal, pois ela garante o direito do nascituro a alimentos e ao suporte a vida. Do mesmo modo, ressalta-se que a lei poderá contribuir para a diminuição dos índices de abandono, assim como consagra um importante princípio do Direito de Família, que resgata a responsabilidade paterna, garantindo uma gestação saudável e digna, e a vida daquele que ainda nem nasceu, o nascituro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_constituicao/federal/1988.htm>. Acesso em: 11 de março de 2021.

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#art2045>. Acesso em: 11 de março de 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.804/2008**. Disciplina o direito a alimentos grávidos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm>. Acesso em: 11 de março de 2021.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70; 2011.

CAHALI, Y. S. **Dos Alimentos**. 4ª edição. São Paulo: RT, 2002.

CAVALCANTE, L. C. **O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana como fundamento da produção da existência em todas as suas formas. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional)** – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2007.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 5, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHIN, L. E. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

FACHIN, L. E. **Direito de Família** – Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2ª edição. Rio de Janeiro: renovar, 2003.

FREITAS, D. P. **Alimentos Gravídicos**: comentários à Lei 11.804/2008. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GABURRI, F. Análise crítica da lei de alimentos gravídicos. **Revista IOB de Direito de Família**. v. 12, n. 54, p. 56-71, jun./jul. 2009. Porto Alegre: Síntese, 2009.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PENA JUNIOR, M. C. **Direito das pessoas e das famílias** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, R. C. **Direito de família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PIZZANI, L. et al. A ARTE DA PESQUISA BIBLIOGRÁFICA NA BUSCA DO CONHECIMENTO. **Rev. Dig. Bibl. Ci. Inf.**, Campinas, v.10, n.1, p.53-66, jul./dez, 2012.

TORRES, M. I. F. ALIMENTOS GRAVÍDICOS E PROTEÇÃO INTEGRAL DA PESSOA. 113f. **Dissertação** (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

VENOSA, S. S. **Direito Civil**: Direito de família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ZENNI, A. S.V. **O Retorno á Metafísica como Condição para Concretização da Dignidade da Pessoa Humana**. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, Maringá, v. 4, n. 1, p. 5-14, 2004.

FAMÍLIAS POLIAFETIVAS: NA PERCEPÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

GILMARA BATISTA DA SILVA

RESUMO: O presente artigo científico tem como intuito tratar sobre as diversas formações de famílias constantes na sociedade brasileira atualmente. mais precisamente tratando da referida modernização jurídica no que diz respeito ao Direito de Família, no tocate ao formato das Famílias Poliafetivas, que nada mais é, do que uma pluralidade de pessoas vivendo em uma mesma relação, mais de duas pessoas como conviventes, e não o costumeiro casal seja hetero ou homoafetivo. E por meio da metodologia de pesquisa bibliográfica em periódicos, doutrinas e jurisprudências será utilizado um formato descritivo, na elaboração do presente trabalho. Por fim o artigo em comento, trará uma síntese da situação jurídico-social ajustadas e encaradas por pessoas as quais conviventes de tal formato familiar.

Palavras-Chave: Família, Jurídico, Conviventes, Poliafetivos.

ABSTRACT: *The present scientific article intends to deal with the various formats of families that are constant in Brazilian society today. more precisely, dealing with the referred to legal modernization with regard to Family Law, with regard to the format of Polyfamily Families, which is nothing more than a plurality of people living in the same relationship, more than two people as cohabitants, the usual couple is either straight or homo-affective. And through the methodology of bibliographic research in journals, doctrines and jurisprudence, a descriptive format will be used in the preparation of this work. Finally, the article in question will bring a synthesis of the legal and social situation adjusted and faced by people who live in such a family format.*

Keywords: *Family, Legal, Cohabiting, Multipurpose.*

INTRODUÇÃO

Para iniciarmos o presente estudo, faz-se necessário que expliquemos de fato, do que se trata a União Poliafetiva também chamada no ordenamento jurídico brasileiro de Família Poliafetiva. Para tanto devemos nos desprender de correntes

morais sexuais das quais origem do Direito de Família, visão legal exposta por Freud¹⁷⁶ no entedimento de família e os entraves referente à estes.

Por tal formato de ente familiar, trata de 3 ou mais pessoas conviventes de forma voluntária em uma mesma relação, contrariando o entendimento em regra do conceito de família do ordenamento jurídico atual, onde temos a vedação da poligamia.

Ademais, ainda divergindo das uniões paralelas ou simuntaneas. inda que no Brasil já hajam algumas famílias em tal formato, tal questão encontra demasiadamente discutida e consecutivamente debatida nos superiores tribunais e CNJ.

Por tratar de questão íntima e delicada da moralidade e costume da sociedade brasileira tais formatações mesmo que em números mínimos existem e ainda causam demasiadas discussões entre doutrinadores e julgadores.

No que se refere ao limite da imposição do Estado no seio convivente familiar, o respeito a autonomia da vontade humana e o atual regramento social e jurídico.

Vale salientar que atualmente o posicionamento do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, e a proibição da lavratura de União Estável Poliafetiva, entretanto registra-se tão apenas tal existencia e não cabendo a estas os direitos dispostos a família quanto a previdência, sucessões e em caráter obrigacioanal.

Entretanto, registra-se que todo avanço legal deriva de entraves e dscussões, e se atualmente há um movimento em direção a legalização da proibição de famílias compostas de 3 ou mais conviventes, é sinal que estas além de existirem de fato, já estão ganhando espaço e força na sociedade.

Por fim, trataremos no decorrer deste estudo dos avanços conceituais e jurisprudenciais, assim como as resistências sociais e legais quanto à este novo modelo familiar.

2. Famílias Poliafetivas: Na percepção do ordenamento jurídico

2.1 A evolução dos formatos de família

No capítulo VII da Constituição Cidadã, como ficou conhecida a Constituição Federal de 1988, fora exposto em específicos em seu artigo 226 a descrição e

176 https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-47142018000200229

legalização de um modelo de família, onde desde essa oportunidade, o ordenamento jurídico vem se distanciando do modelo tradicional/patriarcal imposto como regra nas sociedades passadas e trazendo a possibilidade de uma pluralidade de famílias (BRASIL, 1988)

Para Teixeira (2019) em seu estudo intitulado como **“A impossibilidade de adoção por famílias poliafetivas”**, traz em seu bojo a explicação da família como fundamento da sociedade. De forma que nossos ancestrais adeptos a uma cultura familiar mais submissa ao patriarcado, fez com que a sociedade se moldasse neste prisma, o qual dominou as relações cíveis e jurídicas até pouco tempo.

Não há dúvida que o conceito de família foi um dos que mais sofreu modificações e adaptações no direito civil. Partiu-se de uma concepção patrimonialista, patriarcal e matrimonializada para uma **visão muito mais focada na dignidade e no afeto**, fato que concedeu status de família a união estável entre pessoas de sexos distintos e mais recentemente entre pessoas do mesmo sexo. (PEREIRA, 2018, p. 71)

[Grifos nossos]

Vieira e Oliveira (2019, p 62) , também defende a mesma premissa que o estudo sussocitado, onde afirma que *“com o passar dos tempos, questões envolvendo a moral, os costumes e os valores, vão se modificando conforme a necessidade e o clamor social”*. Dizendo desta maneira que a válvula motriz do caminhar da sociedade brasileira foi, é e até que a própria Carta Maior venha a sofrer alteração ou reforma de entedimento, será a base familiar.

O pater familias era o homem mais velho da família e os laços de ascendência da mãe, na maioria das vezes, não eram considerados. Sendo assim, a mulher não tinha autoridade ou valor, uma vez que, quando atingisse idade para sair de sua família de origem contraindo matrimônio, ficaria sob o poder de outro pater familias, passando sempre de filha à esposa apenas (RIZZARDO, 2011, apud TEIXEIRA, 2019, p. 10)

Exemplo destas evoluções sociais oriundas do seio familiar é que o Código Civil de 1916 regulava tão apenas como instituição familiar a família formatada em

matrimônio de homem e mulher, indissolúvel. Eram vistas como uma formação de patrimônio para herdeiros, pouco importantes questões de cunho afetivo, conforme assevera VILLARIM, 2018.

2.2 Direito de Família na atualidade e a Família Poliafetiva

Para SILVA 2020, ademais de ainda existirem aqueles que defendam a monogamia como base regimental do caráter familiar, atualmente a doutrina majoritária entende que tal repulsa e negacionabilidade do meio jurídico para com este “novo” instituto o qual vem ganhando espaço, não fará que o mesmo deixe de existir.

Ainda que alvo de repúdio social, vínculos afetivos concomitantes nunca deixaram de existir, e em larga escala. Mais frequentes são as famílias simultâneas, quando o homem mantém duas entidades familiares de forma paralela. Quando a convivência forma uma única entidade familiar, chamase de união poliafetiva, ou, mais recentemente, de poliamor. Estes vínculos quer homossexuais, quer heteroaletivos – sempre foram alijados do pelo sistema legal, na vã tentativa de fazê-los desaparecer. (DIAS, 2016, p.118)

Faz-se necessário ainda que haja o conhecimento de que a família poliafetiva não é sinônimo de família paralela. Esta última se caracteriza na vivência familiar em dois ambientes onde necessariamente haja pelo menos uma parte deste plurimo amor em desconhecimento de tal situação. (RIBEIRO e FERREIRA, 2019, p. 152)

As famílias constitucionais são as mencionadas na Constituição Federal (art. 226). São três: a instituída pelo casamento, pela união estável do homem e da mulher e a família monoparental, isto é, a formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Já as famílias não constitucionais são as demais, vale dizer, as não lembradas pelo constituinte. Nessa ampla categoria incluem-se, por exemplo, as derivadas de parcerias entre pessoas do mesmo sexo e as famílias não monogâmicas. (COELHO, 2020 p. 11)

Vejamos ainda na exposição dos autores acima citados que a Polifamília está a contrario sensu deste, uma vez que por mais que haja uma pluralidade de agentes quer hereto ou homoafetivo, todos os envolvidos conhecem e desejam tal relação.

Malgrado, para LOPES e BARROS, 2017, p. 07 :

se tratando de relações familiares, é cabível que impere a noção de “direito de família mínimo”, o qual significa o exercício da autonomia privada dos componentes de um núcleo familiar, com a implementação dos devidos direitos fundamentais. Nessa linha de raciocínio, a intervenção estatal no âmbito íntimo dos indivíduos deveria ser mínima, não sendo legítima para intervir nas formas de constituição desse núcleo.

Neste sentido, é sabido que o ordenamento jurídico brasileiro é modelado e reformulado conforme as evoluções de costumes da sociedade, embora ainda em números minúsculos essas mudanças oriundas do tema do presente artigo científico não sejam capazes por si só de fazê-las, já demonstra que há este movimento.

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.

[Grifos nossos]

Similarmente ao que ocorreu para o advento da união estável, do casamento de pessoas de mesmo gênero, adoção por parte de casais homoafetivos, entre diversas modulações de famílias que outrora faziam-se renegadas, hoje além de aceitas, estão normatizadas, segundo Ribeiro 2019.

2.3 Entraves encontrados pela Família Poliafetiva no ordenamento jurídico Brasileiro

No decorrer da evolução social brasileira alguns costumes culturais foram deixando de ser ilegais, passando a não somente serem consideradas, imorais ou ilícito civil. Exemplo disto são os à época crimes de adultério os quais deixaram de ser penalizados em 2005, por meio da Lei 11.106/2005, que nada tem haver com a proibição penal de bigamia (falácia paralela, sem ciência das partes envolvidas)

É de se ressaltar, que o matrimônio, bem jurídico tutelado do crime de adultério, extinto pela Lei 11.106/2005, encontra abrigo, de forma bastante satisfatória, na tutela do direito civil, e não mais dentre os tipos penais encriminatórios.

A proibição de tais registros feita pelo CNJ aos tabelionatos de notas, somente reafirma a intervenção desmedida de entes privados e públicos no âmbito familiar e na manifestação da vontade individual. Além disso, mesmo que a proibição se limitou apenas ao ato de reconhecimento em cartório destas uniões, tal decisão vai contra tudo o que um Estado Democrático de Direito preceitua. (VIEIRA e OLIVEIRA 2019, p 62)

Em junho de 2018 o CNJ exarou o entendimento abaixo exposto, onde além de não reconhecer a união poliafetiva como ente familiar, descreveu de forma brilhante a movimentação necessária para que hajam os avanços estruturais no ordenamento jurídico.

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL. IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE VONTADE. INAPTIDÃO PARA CRIAR ENTE SOCIAL. MONOGAMIA. ELEMENTO ESTRUTURAL DA SOCIEDADE. ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO POLIAFETIVA. LAVRATURA. VEDAÇÃO. 1. A Constituição Federal de 1988 assegura à família a especial proteção do Estado, abarcando suas diferentes formas e arranjos e respeitando a diversidade das constituições familiares, sem hierarquizá-las. 2. A família é um fenômeno social e cultural com aspectos antropológico, social e jurídico que refletem a sociedade de seu tempo e lugar. As formas de união afetiva conjugal – tanto as “matrimonializadas” quanto as “não matrimonializadas” – são produto social e

cultural, pois são reconhecidas como instituição familiar de acordo com as regras e costumes da sociedade em que estiverem inseridas. 3. A alteração jurídico-social começa no mundo dos fatos e é incorporada pelo direito de forma gradual, uma vez que a mudança cultural surge primeiro e a alteração legislativa vem depois, regulando os direitos advindos das novas conformações sociais sobrevividas dos costumes.

(...)

7. A diversidade de experiências e a falta de amadurecimento do debate inabilita o “poliafeto” como instituidor de entidade familiar no atual estágio da sociedade e da compreensão jurisprudencial. Uniões formadas por mais de dois cônjuges sofrem forte repulsa social e os poucos casos existentes no país não refletem a posição da sociedade acerca do tema; conseqüentemente, a situação não representa alteração social hábil a modificar o mundo jurídico.

(...)

10. A escritura pública declaratória é o instrumento pelo qual o tabelião dá contorno jurídico à manifestação da vontade do declarante, cujo conteúdo deve ser lícito, uma vez que situações contrárias à lei não podem ser objeto desse ato notarial. 11. A sociedade brasileira tem a monogamia como elemento estrutural e os tribunais repelem relacionamentos que apresentam paralelismo afetivo, o que limita a autonomia da vontade das partes e veda a lavratura de escritura pública que tenha por objeto a união “poliafetiva”. 12. O fato de os declarantes afirmarem seu comprometimento uns com os outros perante o tabelião não faz surgir nova modalidade familiar e a posse da escritura pública não gera efeitos de Direito de Família para os envolvidos. 13. Pedido de providências julgado procedente.

Diferentemente do meio jurídico, a psicologia como ciência já defende há algum tempo a existência do “Poliamor” com base firmadas em princípios e valores sociais

demasiadamente fortes como o respeito, liberdade, amor e honestidade (LOPES e BARROS, 2017).

Ainda trazendo a importância do conhecimento de que neste a relação plúrima é voluntária, e de desejo de ambos, deste formato tal tipologia de família de forma neutra e desvinculada de pré conceitos sociais, temos uma relação honesta onde a pluralidade de pessoas envolvidas desejam assim estar, e assim, não configurando o crime de bigamia, deve ser considerado gradativamente pelo ordenamento jurídico brasileiro, assim como a prolação da resolução acima citada em seu item 3.

Por fim cabe o registro de que mesmo com a proibição da averbação da união estável dos relacionamentos oriundos do poliamor, estes conviventes podem legalizar um contrato de convivência, o qual tem força para regular situações referentes a união em comento, inclusive de cunho patrimonial e retroativo, contudo não tem força jurídica familiar quanto a união estável.

Entretanto, segundo Silva 2020 (p.13) já se trata de um forte indício de existência legal de tal instituto, uma vez que mesmo caminho fora trilhado pelo instituto da união estável, antes de sua legalização.

CONCLUSÃO

No presente estudo foi tratado das raízes patriarcais da cultura brasileira, herdada da sociedade européia, a qual teve importante papel desde a colonização de nosso país. Assim como as relevantes movimentações ocorridas para que tivéssemos na atualidade as opções de formato de família dispostas no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste diapasão, tratamos neste em específico das polifamílias. Das quais formadas por mais de 2 conviventes que de forma voluntária, desejam tal formato de família,, quer sejam heteroafetivo ou homoafetivo, diferenciando-se das famílias paralelas (origem da bigamia, tipificado no Código Penal no art.235).

Nas Famílias Poliafetivas há não somente a ciência de todos os agentes envolvidos, como seu desejo de assim estar constituído.

No ordenamento jurídico brasileiro, tal concepção de família ainda não consta normatizada e inclusive impedida de criar certo vínculo de caráter familiar, segundo a Resolução nº 48/2018 do CNJ.

Ademais, assim como ocorreu com a descriminalização do adultério, a legalização da união homoafetiva, e o status legal da união estável, a doutrina jurídica já entende um caminhar para este sentido.

Embora as ciências psicológicas já tenham convencidas da existência e efetividade desta possibilidade afeto-familiar, tal entendimento ainda sofre gradiosa rejeição, por grande parte da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14/05/2021.

COELHO, Fábio Uchoa. **Curso de Direito Civil: Família e Sucessões**. Vol 5. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **48ª Sessão Extraordinária**. Brasília: CNJ, Junho de 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=DE5A3222422A59727199EC826B62482C?jurisprudenciaIdJuris=51260&indiceListaJurisprudencia=6&firstResult=7875&tipoPesquisa=BANCO>. Acesso em: 14/05/2021.

DÍAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e Direitos LGBTI**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SILVA, Fernanda Victória Meneses. **A Utilização Do Contrato De Convivência Da União Estável Nas Relações De Famílias Poliafetivas**. Revista Direito e Sexualidade, v. 1, n. 1, 2020. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/revdirsex/article/view/36871>. Acesso em: 14/05/2021.

LOPES, Paula Ferla; BARROS, Rafaela Rojas. **Famílias Simultâneas E Poliafetivas No Direito Pós-moderno**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2017. Disponível em: <http://clovisbarros.adv.br/publicacoes/ARTIGOFAMILIAS.pdf>. Acesso em: 14/05/2021.

PEREIRA, Cláudia Fernanda Aguiar. **O reconhecimento das famílias poliafetivas.** Revista JurisFIB, v. 9, n. 1, 2018. Disponível em: <https://revistas.fibbauru.br/jurisfib/article/view/330>. Acesso em: 14/05/2021.

RIBEIRO, Ana Flávia Souto et al. **Famílias poliafetivas: a vedação de seu reconhecimento pela via extrajudicial no brasil e os direitos fundamentais.** E-Civitas, v. 12, n. 2, p. 149-183, 2019. Disponível em: <https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/2873>. Acesso em: 14/05/2021.

TATRUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único.** 10ª ed. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. MÉTODO, 2020.

TEIXEIRA, Carolina da Fonseca. **A (im) possibilidade de adoção por famílias poliafetivas.** 2019. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/handle/11624/2632>. Acesso em: 14/05/2021.

VIEIRA, Diego Fernandes; DE OLIVEIRA, José Sebastião. **Os limites da atuação estatal em face da afetividade: o reconhecimento e proteção dos direitos da personalidade das famílias poliafetivas como forma de tutela do instituto familiar e de seus integrantes.** Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania, v. 4, n. 2, p. 59-75, 2019. Disponível em: <http://revistadoidcc.com.br/index.php/revista/article/view/4>. Acesso em: 14/05/2021.

VILLARIM, Adriane Bezerra. **Os novos paradigmas do direito das famílias: a consagração da afetividade pelos tribunais superiores rumo ao reconhecimento das uniões poliafetivas.** 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/11467>. Acesso em: 14/05/2021.