

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 959

(Ano XII)

(23/05/2020)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2020

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda 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

COLUNISTA DA SEMANA



Abuso de autoridade na obtenção ou uso de prova ilícita
Eduardo Luiz Santos Cabette, 06.

ARTIGOS

Direito de intervenção - A influência de Winfried Hassemer e o direito administrativo sancionador

Acacia Regina Soares de Sa, 24.

A (in) constitucionalidade do art. 156, I do CPP/41 e uma autêntica crise das fontes

Lucas Gaspar e Silva, 30.

O desenvolvimento da crítica criminológica

César Augusto Ferreira São José, 61.

A aproximação do constitucionalismo simbólico de povos plurinacionais Aymaras

Luana Bispo de Assis, 68.

O risco das restrições às garantias legais em consequência da influência da mídia

Yara Mônica de Souza, 76.

A prisão domiciliar como garantia de dignidade humana da mãe ou gestante no cárcere

Ana Beatriz Carioca Galdino, 94.

Invasão de domicílio e a inviolabilidade domiciliar

José Antonio Marquioli Júnior, 125.

A questão da vulnerabilidade no crime de estupro de menores de 14 anos

Jaderson Lemes de Assis, 139.

Precedentes vinculantes: uma análise sobre sua sistemática no NCPC como um modelo garantidor da segurança jurídica

Luma Caroline da Costa Carvalho, 154.

A (in)constitucionalidade de uma intervenção militar, no Brasil, segundo a Constituição Federal de 1988

Luana Bispo de Assis, 174.

A tarifação do dano extrapatrimonial no tocante a sua aplicabilidade e constitucionalidade após a instituição da Lei 13.467/2017.

Kloves Eliomar Pereira Herrera, 186.

Pelo direito à morte digna: diretivas antecipadas de última vontade

Carolina Eichenberger Rius, 208.

A proteção do consumidor no âmbito dos contratos de plano de saúde: a utilização das tutelas provisórias como instrumento de proteção do consumidor nos contratos de plano de saúde

Edivan Sampaio Ribeiro, 222.

Análise da constitucionalidade do contrato de trabalho intermitente segundo os artigos 443, §3º e 452-a e demais parágrafos da Lei nº 13.467/17.

Stephane Rodrigues Gomes Carneiro, 240.

Supressão do abuso de direito com o advento da reforma trabalhista

Matheus Augusto, 266.

Direito e representatividade: uma análise da representatividade negra diante dos sistemas sociais de Niklas Luhman

Luana Bispo de Assis, 284.

Da análise do cabimento em especial da medida cautelar de prisão temporária frente ao delito de associação criminosa, em vista das últimas alterações legislativas

Breno Eduardo Campos Alves, 298.

A penhora parcial do salário nas ações de improbidade administrativa

Alexia Amorim Costa, 309.

Dever de informação das exchanges que operam Criptoativos

Leonardo de Tajaribe Ribeiro Henrique da Silva Junior, 332.

A proteção jurídica internacional do consumidor brasileiro em face do comércio eletrônico

Kelson Rocha de Paiva, 340.

Contratos inteligentes: Uma Nova Implementação da Teoria dos Contratos

Felipe Teixeira de Godoi, 364.

A vulnerabilidade dos fornecedores diante os efeitos da pandemia provocada pelo Covid-19

Patricia Saugo, 375.

Suspensão de Direitos Sociais em prol da Economia em uma Pandemia: o princípio da vedação ao retrocesso como proibição a contrarrevolução social

Luana Bispo de Assis, 378.

O Linchamento como Forma de Justiça Coletiva na Cidade de Manaus

Fernanda da Macena Conceicao

Os benefícios da legalização da maconha no Brasil

Amadeu Neto Lopes de Carvalho, 396.

“In dubio pro reo” e “in dubio pro societate”: análise dos institutos na decisão de pronúncia à luz do ordenamento jurídico brasileiro

Gustavo Nahmias Vaz Santos, 411.

Multiparentalidade: efeito sucessório para o pai

Eri lany Rodrigues de Alencar, 434

Ônus da prova na legítima defesa: uma análise à luz da presunção de inocência

Danilo de Oliveira Soares, 461.

Acolhimento institucional: espaços para o ponto de vista dos pais e responsáveis legais

Pedro de Souza Fialho, 489.

Direito à alimentação: acesso à merenda escolar em tempos de pandemia

Luana Bispo de Assis, 516.

Transação fiscal extraordinária: aspectos da Lei nº 13.988/2020.

Vicente Férrer de Albuquerque Júnior, 527.

Impactos tecnológicos da Lei Federal nº 13.994/2020 no âmbito dos Juizados Especiais

Elder Soares da Silva Calheiros, 534.

Da possibilidade da adoção avoenga: os efeitos da decisão do supremo tribunal federal e a compatibilidade do sistema jurídico brasileiro

Yara Raquel de Sousa Fernandes Carvalho, 540.

Aspectos legais do monitoramento de celulares para contenção da Covid-19

Lesliê Fiais Mourad, 559.

Família monoparental e a necessidade de regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro

Fabricio Lima Oliveira e Izabela Thaiza Silva Lima, 561

ABUSO DE AUTORIDADE NA OBTENÇÃO OU USO DE PROVA ILÍCITA

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

O tipo penal do artigo 25 da Lei 13.869/19 [1] incrimina a produção de prova ilícita, dando concretude à vedação constitucional e legal referente ao tema nos termos do artigo 5º., LVI, CF, artigo 157, CPP, artigo 369, CPC e artigo 30 da Lei 9.764/99. Portanto são bens jurídicos tutelados o regular funcionamento da Administração Pública, mais especificamente da Administração da Justiça, especialmente sob o ângulo da legalidade. Também se pode vislumbrar a tutela do Devido Processo Legal.

A incriminação da “obtenção” de prova segue a regra constitucional e legal que determina que não é a prova em si inquinada de ilegalidade, mas sim o meio pelo qual é colhida que pode ser ilegal. Uma confissão não é em si ilegal, mas pode vir a sê-lo se foi obtida por meio de tortura, por exemplo.

Para que o crime de abuso esteja configurado não pode haver dúvida quanto à ilicitude do meio de obtenção de prova. Isso porque o legislador determinou que para a tipificação esse meio deve ser “manifestamente ilícito”. Assim sendo, no caso de obtenção de provas por meios em que há discussão doutrinária e/ou jurisprudencial quanto à licitude ou ilicitude não haverá crime, mesmo que a prova posteriormente seja considerada como ilícita. Há dúvidas, por exemplo, se a simples obtenção de dados cadastrais em empresas de telefonia pode ser feita diretamente pelo Delegado de Polícia ou pelo Ministério Público, não sendo caso de reserva de jurisdição, tal como a interceptação telefônica. Digamos que uma dessas autoridades mencionadas obtenha esses dados independentemente de ordem judicial e tal conduta seja questionada em juízo. Seja a prova considerada lícita ou ilícita no processo, não haverá crime, pois há dissidência a respeito da questão e não um entendimento de que seria “manifestamente ilegal”. Outro exemplo corriqueiro seria o de uma busca pessoal e a avaliação subjetiva da existência de “fundada suspeita”. Não é possível, diante de uma expressão tão aberta afirmar que a prova obtida é

“manifestamente ilegal”, ainda que em análise ulterior assim entenda o Judiciário. Isso salvo em casos evidentes de perseguição, nos quais fique comprovada a atuação caprichosa do policial e claro abuso. Não há previsão de conduta culposa e nem mesmo pode ser concebido o caso de “dolo eventual”, tendo em vista que a obtenção da prova deverá ser “manifestamente ilícita”. Não se pode olvidar o disposto no artigo 1º., § 2º., da Lei 13.869/19, que afasta a configuração de qualquer crime de abuso de autoridade quando ocorre divergência na interpretação e lei ou na avaliação de fatos e provas, impedindo a existência do chamado “crime de hermenêutica”.

Efetivamente somente poderia ser considerado como crime de abuso de autoridade essa situação de obtenção de prova por meio “manifestamente ilegal”, tendo em vista a necessidade de presença do dolo específico comum a todos os crimes da lei em estudo, previsto em seu artigo 1º., § 1º.

Quando a lei menciona procedimentos de investigação ou fiscalização, deve-se entender que abrange tanto apurações criminais como administrativas (v.g. atuação do fisco, fiscalizações administrativas ambientais etc.).

A utilização somente da referência à investigação certamente gerará polêmica sobre a abrangência da produção ilícita de prova durante a fase processual ou somente na fase investigativa precedente. Uma aplicação rígida da legalidade levará alguns à conclusão de que o tipo penal somente se refere à prova obtida na fase de investigação (v.g. Inquérito Policial, Procedimento Investigatório Criminal do MP). Como já nos manifestamos em outras ocasiões neste trabalho, nosso entendimento é o de que o termo “investigação” é abrangente e amplo, não sendo viável limitar seu alcance somente à fase pré – processual. Seria rematado absurdo haver crime quando um Investigador, um Escrivão ou um Delegado de Polícia produzissem provas ilícitas e o mesmo não ocorresse com o Juiz na fase processual. O mesmo se pode dizer do Promotor. Estaria sob o risco de responsabilização somente enquanto procedesse ao chamado PIC. No seguimento, em sua atuação na fase processual, estaria fora do alcance da lei. Parece evidente que a lei usou a palavra “investigação” em um sentido amplo, já que o processo, como reprodução histórica dos fatos em apuração, não deixa de ser uma atividade também investigativa e apuratória. Outro sinal dessa amplitude da palavra “investigação” é o fato de que o tipo penal se refere à obtenção de “prova”. Ora, a prova propriamente dita é produzida no processo sob o crivo do contraditório e ampla defesa e só excepcionalmente na fase pré – processual. A interpretação ampliativa não fere a legalidade estrita, já que se trata, no caso, de dar a devida dimensão à palavra empregada pelo legislador.

Também assim parece entender Souza, o qual apresenta, inclusive, como exemplo, o ato do Juiz que obtém confissão ilícita em interrogatório no processo. [2] A seu turno, são expressos Greco e Cunha em reconhecer a extensão do tipo penal por toda a persecução criminal, abrangendo a fase de investigação e a fase do processo. [3] Esses autores também afirmam a abrangência de parlamentares durante investigação em CPI, com o que concordamos. Por outro lado, aduzem que nos casos de ações penais privadas, o advogado do querelante não pode praticar o crime de abuso de autoridade. [4] A nosso ver, estão absolutamente corretos, pois o advogado não é funcionário público e ainda que seja um Defensor Público, não atua como autoridade nem dotado de autoridade.

Assim sendo, a nosso sentir, podem ser sujeitos ativos desse crime Policiais em geral, Delegados de Polícia, Promotores de Justiça, Agentes de Promotoria, Juízes, Fiscais, Conselheiros Tutelares, Guardas Civis etc. Os sujeitos passivos serão as pessoas prejudicadas com a produção da prova por meios manifestamente ilícitos.

O artigo 25 da Lei 13.869/19 descreve a produção de prova manifestamente ilícita em *geral*, de maneira que cederá diante de previsões *especiais* de produção de prova ilícita, tais como a prática de tortura – prova (artigo 1º, I, “a”, da Lei 9.455/97), a realização de interceptações telefônicas sem ordem judicial (artigo 10 da Lei 9.296/06) , a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, sendo esta exigida por lei (artigo 10 – A, da Lei 9.296/96, com nova redação dada pela Lei 13.964/19) ou a violação de correspondência epistolar (artigo 151, CP).

Também no próprio corpo da Lei 13.869/19 há tipos penais especiais que afastarão o dispositivo geral do artigo 25 do mesmo diploma. São exemplos os artigos 13, inciso III; 15 e seu Parágrafo Único, incisos I e II; 16, Parágrafo Único; 18; 20, Parágrafo Único; 22 e § 1º, I e III.

Em todos esses confrontos de normas deve ser aplicado o Princípio da Especialidade, afastando-se a norma geral do artigo 25 da Lei 13.869/19.

Embora haja entendimento na seara processual penal de que as provas ilegais em geral são inadmissíveis no processo, sejam elas ilícitas ou ilegítimas, [5] é perceptível que o artigo 25 da Lei de Abuso de Autoridade somente menciona a obtenção da prova por meio “manifestamente *ilícito*”.

Antes de ingressar na discussão sobre a tipicidade penal, mister se faz uma breve digressão a respeito da discussão sobre o alcance da inadmissibilidade das provas ilegais no Processo Penal Brasileiro:

A doutrina vem tradicionalmente dividindo as “provas ilegais” em duas espécies: “ilícitas” e “ilegítimas”. As provas ilícitas são aquelas produzidas com infração a direito material (constitucional ou penal); já as ilegítimas são aquelas obtidas infringindo direito adjetivo, formal ou processual.

Face à dicção constitucional, que faz referência à inadmissibilidade das provas “obtidas por meios ilícitos” (artigo 5º, LVI, CF), tomou corpo a discussão quanto a serem inadmissíveis somente as chamadas “provas ilícitas” ou também as “ilegítimas”.

Parte da doutrina posicionou-se pela interpretação restritiva do texto constitucional. Seriam abarcadas pela inadmissibilidade apregoada no texto da Magna Carta apenas as “provas ilícitas”. Quanto às “provas ilegítimas”, a infração formal conduziria ao reconhecimento de sua nulidade, conforme regula o artigo 564, CPP. [6]

De outra banda, com maior acatamento doutrinário, firmou-se uma interpretação ampliativa para a qual seriam inadmissíveis no processo tanto as provas ilícitas, como as ilegítimas. [7] Tal corrente de pensamento parece ser realmente a mais acertada, considerando o escólio de Pietro Nuvolone que apresenta as provas ilícitas e ilegítimas como espécies de “provas vedadas”, o que equivale a uma opção tácita pela “inadmissibilidade” de ambas em consonância com o texto constitucional pátrio. [8]

Nesse estágio também se indaga quanto ao destino das provas obtidas por meios ilícitos e aponta-se, em geral, a solução de seu desentranhamento dos autos a fim de reduzir seu potencial de influência sobre a consciência dos julgadores. Outra não é a orientação de Bonfim:

Certo é que as provas obtidas por meio considerado ilícito não poderão ingressar no processo. Caso já se encontrem nos autos, deve o julgador determinar seu desentranhamento, ou seja, sua retirada dos autos, de modo a evitar que essas provas, ainda que racionalmente desconsideradas pelo julgador, acabem por exercer influência na formação de seu convencimento. A sentença que se fundar em prova ilícita será nula. [9]

Percebe-se, portanto, que duas indagações básicas se formulavam quanto às provas ilicitamente obtidas. Uma primeira quanto à abrangência da sanção de inadmissibilidade e outra versando sobre o destino da prova inadmissível.

A Lei 11.690/08 solucionou expressamente a segunda questão. Agora, nos termos da nova redação do artigo 157, CPP, a prova inadmissível deve ser “desentranhada do processo”. Já não subsiste a antiga lacuna acerca do tema, a qual não era expressamente solucionada pela Constituição ou pela lei ordinária.

Entretanto, quanto à problemática da abrangência da inadmissibilidade o novo dispositivo não foi tão claro. O artigo 157, CPP, em sua nova conformação, afirma que são inadmissíveis no processo “as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

A leitura desavisada do artigo em debate pode levar à conclusão de que de agora em diante a sanção de inadmissibilidade restringe-se às “provas ilícitas” e não se estende às “ilegítimas”.

Ao utilizar a expressão “provas ilícitas” o legislador emprega um termo técnico – jurídico bem definido pela doutrina, conforme demonstrado linhas volvidas. E quando a lei usa termos técnicos, estes devem ser interpretados em seu estrito sentido técnico. Afirma Carlos Maximiliano que “quando são empregados termos jurídicos, deve crer-se ter havido preferência pela linguagem técnica”. [10]

Ora, “provas ilícitas” são espécies de “provas ilegais” que se referem à infração a normas materiais (constitucionais ou penais). Elas diferem das “provas ilegítimas” que estão ligadas a violações de caráter processual. Por isso a incipiente doutrina sobre o tema vai se conformando de modo a afirmar que mesmo quando a lei se refere à “violação a normas (...) *legais*” (grifo nosso), tratam-se de normas de caráter “material”. [11]

Ecoando o sentido jurídico do termo “provas ilícitas”, não há como negar razão a essa interpretação do teor da nova norma ordinária. Efetivamente, o Código de Processo Penal, por meio da alteração promovida pela Lei 11.690/08, considera inadmissíveis no processo e manda desentranhar as “provas ilícitas” e não faz menção às “provas ilegítimas”. Quando usa o termo “provas ilícitas”, conseqüentemente limita sua própria definição adiante promovida pela mesma lei, praticamente impedindo a interpretação ampla da palavra “legais” para pretender abranger também violações às leis processuais penais, alcançando as “provas ilegítimas”.

Resta saber se a nova dicção da lei ordinária tem o poder de invalidar a interpretação doutrinária prevalecente quanto à inadmissibilidade das provas ilegítimas, bem como se impede que estas sejam igualmente desentranhadas do processo.

Entende-se que permanece válida a conclusão de que são inadmissíveis no processo tanto as provas ilícitas, como as ilegítimas. A nova redação do artigo 157,

CPP, somente explicita no nível ordinário aquilo que já era estabelecido mais amplamente pela ordem constitucional. A Constituição não é limitativa, referindo-se à inadmissibilidade das provas obtidas por *quaisquer* meios ilícitos, ou seja, mediante violações constitucionais, penais ou processuais. Se a lei ordinária agora faz referência expressa às provas ilícitas, tanto melhor, mas seu silêncio (ou melhor, sua omissão) quanto às provas ilegítimas não pode retirar a eficácia do ditame constitucional. Afinal, são as normas ordinárias que estão submetidas verticalmente à Constituição e não o contrário. A vedação constitucional é soberana e não pode ser limitada pela lei ordinária.

Canotilho destaca a privilegiada posição hierárquico – normativa da Constituição no ordenamento jurídico:

A Constituição é uma lei dotada de características especiais. Tem um brilho autônomo expresso através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros actos com valor legislativo presentes na ordem jurídica. Em primeiro lugar, caracteriza-se pela sua *posição hierárquico – normativa superior* relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. Ressalvando algumas particularidades do direito comunitário, a superioridade hierárquico – normativa apresenta três expressões: (1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (*autoprímazia normativa*); (2) as normas da Constituição são *normas de normas (normae normarum)* afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição. [12]

Frise-se ainda que mesmo diante do silêncio da Constituição e da lei ordinária, já apontava a doutrina a solução do desentranhamento das provas ilegais (ilícitas e ilegítimas), solução esta que só ganha reforço com a nova redação do artigo 157, CPP, embora referente somente às provas ilícitas. Se as provas ilícitas devem ser desentranhadas, agora por força de lei expressa, o que justificaria destino diverso para as provas ilegítimas, espécie do mesmo gênero das primeiras?

Afinal, tanto a norma constitucional como a ordinária têm propósitos éticos e pedagógicos bem definidos, especialmente no que tange ao Processo Penal:

a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. [13]

Assim também a solução do desentranhamento visa preservar a consciência do julgador da influência psicológica espúria daquelas provas inadmitidas.

Nesse passo, se uma confissão obtida por meio de tortura (prova ilícita) deve ser desentranhada; por que um reconhecimento pessoal realizado fora dos padrões previstos no artigo 226, CPP (prova ilegítima), deveria permanecer nos autos, com o risco de influir psicologicamente na decisão do Juiz?

Os motivos para a inadmissibilidade e o desentranhamento são os mesmos e, como ensina desde antanho o brocardo latino, “ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio”, pois que “os fatos de igual natureza devem ser regulados de modo idêntico”. [14]

Portanto, quanto à questão da inadmissibilidade e do desentranhamento de provas obtidas por meios ilícitos, o artigo 157, CPP, não pode ofertar isoladamente a completa solução do problema. Impõe-se uma interpretação sistemática, principalmente tendo em conta o artigo 5º, LVI, CF.

Mister se faz a atenção para não incidir no erro de interpretar um dispositivo legal descontextualizado. Por isso é relevante a interpretação sistemática que

“atende à conexão entre as partes do dispositivo, e entre este e outras prescrições da mesma lei, ou de outras leis; bem como à relação entre uma, ou várias normas, e o complexo das ideias dominantes na época. A verdade inteira resulta do contexto, e não de uma parte truncada, quiçá defeituosa, mal redigida, examine-se a norma na íntegra, e mais ainda: o Direito todo, referente ao assunto. Além de comparar o dispositivo com outros afins, que formam o mesmo instituto jurídico, e com os referentes a institutos análogos; força é, também, afinal pôr tudo em relação com os princípios gerais, o conjunto do sistema em vigor”. [15]

Em suma, trata-se de colocar em prática a velha metáfora de não se deixar iludir pela visão muito próxima e isolada de uma só árvore, sob pena de perder a noção do que seja a floresta.

Ao fim e ao cabo, tudo se resume ao árduo exercício de buscar, para além das palavras frias, o sentido profundo das leis, seu verdadeiro espírito. Conforme leciona Ferrara, “o texto da lei não é mais do que um complexo de palavras escritas que servem para uma manifestação de vontade, a casca exterior que encerra um pensamento, o corpo de um conteúdo espiritual” [16], por isso “é preciso que a norma seja entendida no sentido que melhor responda à consecução do resultado que se quer obter”. [17]

Obviamente que toda essa empreitada que supera a mera interpretação literal também tem limites. Não é aceitável que nesse caminho o intérprete se perca e passe a violar princípios básicos e direitos e garantias fundamentais da pessoa. Mas, o que se passa no caso enfocado é justo o oposto: pretende-se dar aos textos legais a interpretação e a aplicação que ensejam a mais ampla defesa dos Princípios Constitucionais correlatos ao tema e dos direitos e garantias fundamentais respectivos.

Não obstante, quanto à inadmissibilidade e desentranhamento das “provas ilegítimas”, cabe uma ressalva:

Sendo a prova ilegítima aquela que viola norma processual, há que distinguir, com bom senso e equilíbrio, aqueles casos em que a forma preconizada pela lei, ao ser desobedecida, acarreta prejuízos substanciais aos objetivos visados pela norma, daqueles casos em que a inobservância da forma legalmente prevista não produz prejuízos consideráveis ao escopo da lei. Exemplificando:

1)Retomando o exemplo da normatização do reconhecimento pessoal no artigo 226, CPP, constata-se que a inobservância do procedimento pode ocasionar sérios prejuízos como identificações induzidas, equívocos etc.

2)Por outro lado, a falta da formalidade do compromisso na oitiva de testemunhas ou o deferimento indevido desse mesmo compromisso, não tem o efeito de prejudicar o conteúdo dos depoimentos prestados, razão pela qual boa parte da doutrina considera tal falha no cumprimento do artigo 203, CPP, “mera irregularidade do ato”. [18]

É dizer que a avaliação da inadmissibilidade e a decisão quanto ao desentranhamento das provas ilegítimas devem ser orientadas por mais um critério, o qual não se impõe no caso das provas ilícitas, qual seja, o “Princípio da Instrumentalidade das Formas”. Enquanto para as provas ilícitas a inadmissibilidade é quase absoluta, não encontrando abrandamento a não ser muito excepcionalmente no “Princípio da Proporcionalidade” [19], no caso das provas ilegítimas sempre deve ser levada em conta a “instrumentalidade das formas”. Desse modo, se a falta de

certa formalidade legal não prejudicar o escopo da norma, não há falar-se em nulidade ou inadmissibilidade e, por conseqüência, em desentranhamento da prova.

As “provas ilícitas” ferem invariavelmente os fins do Direito, na medida em que violam seu conteúdo material (constitucional ou penal). Já as “provas ilegítimas” podem satisfazer os objetivos do Direito quando a forma violada não atinge o conteúdo do material probatório, falando Élio Fazzalari em um “Princípio de Anistia” a reger tais casos e emprestar validade à prova, sempre que ela satisfaz plenamente, inobstante a falha formal, o “fim prático do processo”, de modo a não haver “sentido em ‘anular’ o ato”. [20]

O processo moderno não mais se coaduna com formalidades estéreis de modo que o “Princípio da Instrumentalidade das Formas” se impõe como elemento de ponderação racional, estabelecendo “que só sejam anulados os atos imperfeitos se o objetivo não tiver sido atingido (o que interessa, afinal, é o objetivo do ato, não o ato em si mesmo)”, (vide artigo 563, CPP). [21]

Bem exposta a questão das provas ilícitas e ilegítimas, retomamos o estudo do fato de que a Lei 13.869/19 menciona como criminosa a obtenção de prova por “meio manifestamente *ilícito*”, nada sendo citado a respeito de eventuais “meios *ilegítimos*”. Tendo em vista que se trata agora de norma penal incriminadora, há que zelar pela aplicação estrita do Princípio da Legalidade. Portanto, a obtenção de prova por meio “manifestamente *ilícito*” constituirá o crime previsto no artigo 25 da Lei de Abuso de Autoridade. Doutra banda, a obtenção de prova por “meio manifestamente *ilegítimo*” (violação de normas formais ou processuais e não materiais – constitucionais ou penais), será fato penalmente atípico. A sanção seguirá sendo de natureza processual e, no máximo, administrativa e civil.

Também reconhecendo a atipicidade da obtenção de prova “manifestamente *ilegítima*”, assim se manifesta Lima:

(...), queremos crer que a prova que a prova obtida por meio manifestamente ilícito a que se refere o *caput* do art. 25 da Lei n. 13.869/19 será tão somente aquela produzida com violação a normas de direito material. Não se pode ampliar o preceito incriminador em questão para também abranger as provas obtidas por meios ilegítimos, sob pena de evidente analogia *in mallam partem* e conseqüente violação ao princípio da legalidade. [22]

No mesmo sentido, Greco e Cunha:

O legislador, no tipo em análise, criminaliza somente a produção (*caput*) ou o efetivo uso (parágrafo único) da prova obtida por meio *ilícito*, não cabendo abranger a obtida por meio ilegítimo, sob pena de violação da legalidade. Quisesse o legislador abarcar as duas espécies, teria sido expresso, ainda que citando seu gênero (prova obtida por meio ilegal). [23]

É bom destacar, porém, que a *prova ilícita por derivação* também será objeto material desse tipo penal, não podendo ser utilizada pelo agente com ciência dessa sua condição (inteligência do artigo 157, § 1º., CPP). Nesse caso a derivação que gera a ilicitude também deverá ser “manifesta” e não controversa. Obviamente a obtenção da prova por fonte independente da prova ilícita original não impedirá seu regular uso processual e não constituirá jamais crime de abuso de autoridade (inteligência do artigo 157, §§ 1º. e 2º., CPP).

Vale ainda salientar que a “prova ilícita *pro reo*” tem sido considerada como admissível em cumprimento ao Princípio da Proporcionalidade e visando evitar a condenação de inocentes. [24] Assim sendo a obtenção e mesmo o uso dessa modalidade de prova ilícita (“pro reo”) não configura infração ao artigo 25 da Lei 13.869/90.

O Parágrafo Único também incrimina aquele que não é o responsável direto pela produção da prova manifestamente ilícita, mas que, ciente dessa ilicitude, não a descarta, não a desentranha do processo, por exemplo, mas faz uso dela contra o investigado ou fiscalizado. Seria o caso de um Juiz de Direito que, ciente da obtenção de uma confissão por meio de tortura ou de uma interceptação telefônica realizada sem ordem judicial ou ainda de uma busca domiciliar ilegal, não tomasse as providências para o afastamento da prova dos autos, utilizando-a contra o investigado.

Mas, é preciso destacar que no Parágrafo Único o infrator não pode ser, ao mesmo tempo, o produtor da prova. Nesse caso, prevalecerá o “caput”, pois ele “obteve” a prova por si mesmo e não simplesmente utilizou prova produzida ilicitamente por outrem, tendo conhecimento disso.

Tendo em vista essa impossibilidade de que o infrator do Parágrafo Único seja o produtor direto da prova, discorda-se, respeitosamente, dos exemplos apresentados por Gabriela Marques e Ivan Marques em sua obra conjunta. Os autores apresentam como exemplos de infração ao artigo 25, Parágrafo Único duas situações: uma primeira em que uma autoridade tortura um investigado e depois usa a prova contra ele, e uma segunda em que uma autoridade obtém acesso sem ordem judicial a mensagens de celular apreendido e depois as usa para uma prisão ou para

ações de investigação. [25] Ora, nessas duas circunstâncias o agente “obteve” a prova por meios manifestamente ilícitos, nos termos do artigo 25, “caput” da Lei 13.869/19 e não simplesmente a utilizou sabendo de sua ilicitude na coleta por outrem. Sequer é possível falar em infração concomitante ao “caput” e ao Parágrafo Único. São figuras alternativas. Ou bem o agente produz a prova ilícita e responde no “caput”, ou bem a recebe pronta, produzida por terceiro, ciente previamente de sua ilicitude e apenas a utiliza. Perceba-se que em nossos exemplos foi tomado o cuidado de deixar claro que o agente apenas usa a prova produzida por terceiro de forma ilícita com ciência prévia desse fato. Não há descrição no sentido de que o agente tenha, ele mesmo, produzido a prova. Mesmo porque, numa situação dessas (quando o agente é o produtor da prova) e depois a usa, é claro que ele saberia da ilicitude, tornando-se, acaso assim o fosse, redundante a previsão de conhecimento subjetivo prévio da ilicitude no Parágrafo Único. Quando o próprio agente é o obtentor da prova ilícita, seu eventual uso constitui exaurimento de seu crime. Quando o agente apenas usa prova produzida ilicitamente por terceiro, há pluralidade de responsabilizações criminais em exceção à Teoria Monista do concurso de agentes (artigo 29, CP). O produtor da prova responde no “caput” e o utilizador no Parágrafo Único do mesmo dispositivo.

Perceba-se que aqui a ilicitude da prova pode decorrer de infração ao artigo 25 ou outros dispositivos da Lei 13.869/19 ou mesmo de tipos penais previstos em outros diplomas, o que importa é que o responsável faça uso da prova que sabe obtida por meio manifestamente ilícito.

Entretanto, não se pode afirmar que a mera discussão acerca da ilicitude da prova já obrigue a autoridade a não utilizá-la e até mesmo a desentranhá-la do processo. Retome-se o requisito de que a prova devesse ter sido obtida por meio “manifestamente ilícito”, o que quer dizer que poderá, obviamente, a autoridade decidir fundamentadamente se fez ou não uso da prova. Em casos discutíveis o uso da prova, ainda que posteriormente infirmado por decisão superior ou superveniente não ensejará responsabilização criminal. Por exemplo, a mera alegação de um réu de que sua confissão na fase policial foi obtida por tortura não obriga o magistrado ao desentranhamento imediato dessa peça dos autos. O mesmo se pode dizer com relação à documentação de uma busca domiciliar sem mandado, mas sob a alegação de situação de flagrância, havendo negativa defensiva desse estado de flagrância. É possível que a verossimilhança dessas alegações defensivas seja aferida e que até se opte por manter a documentação nos autos sem que haja crime, pois se trata de situação controversa e não “manifestamente ilícita”.

Observe-se que neste Parágrafo Único fica ainda mais evidente que o tipo penal usa a palavra “investigado” em sentido amplo, abrangendo a fase investigatória

e o processo penal, pois é nítido que o magistrado ou o promotor será abrangido como sujeito ativo ao eventualmente utilizar prova ilícita produzida em qualquer fase.

Há que considerar que a prática do crime previsto no Parágrafo Único exige dois requisitos básicos, um de caráter objetivo e outro de caráter subjetivo. Em primeiro plano, a prova deverá ser objetivamente “manifestamente ilícita”. Além disso, sob o ângulo subjetivo, é exigido que o autor do crime tenha “prévio conhecimento” da ilicitude. Isso significa que o crime é afastado sempre que houver erro sobre o elemento objetivo do tipo por parte da autoridade que acredita utilizar prova lícita quando, em verdade, era ilícita. Inexistindo figura culposa, não haverá qualquer responsabilidade criminal (artigo 20, CP). Também aqui, como há a exigência da “manifesta” ilicitude, não há espaço para reconhecimento do “dolo eventual”. Ademais, é preciso ter em mente que a lei exige que esse conhecimento da ilicitude da prova seja “*prévio*”. Portanto, quando a prova é inicialmente admitida e utilizada pela autoridade na crença de que era lícita, havendo a descoberta de sua ilicitude somente posteriormente, a princípio, não haverá crime. Diz-se “a princípio” porque nestes casos há que ponderar sobre o “*dolus subsequens*”.

Segundo leciona Estefam:

Dá-se o dolo subsequente ou *dolus subsequens* quando, até a consumação do crime, encontrava-se o sujeito insciente de que realizava um ato criminoso (agia de boa – fé, portanto), recebendo posteriormente essa informação e, ainda assim, persistindo com sua atitude (agora de má fé). [26]

Há quem entenda que, inobstante a reprovabilidade ética e social desse proceder, haveria atipicidade penal, na medida em que no momento da realização da conduta, quando se daria a consumação do crime, não havia o dolo necessário. Assim sendo, o chamado “Princípio da Coincidência, Simultaneidade ou Congruência”, exigiria que todos os elementos, sejam eles subjetivos ou objetivos estivessem presentes, de forma concomitante, no instante da prática da conduta criminosa, constituindo o que se chama de uma “unidade lógico – temporal”. [27]

Também é viável interpretar que se ocorre o “*dolus subsequens*”, a partir do momento em que o agente sabe da ilicitude, lhe surgiria um dever de agir conforme a lei, impedindo o resultado, que seria a utilização indevida da prova ilícita. Haveria omissão imprópria ou crime comissivo por omissão ou até mesmo comissivo quando o agente continuasse utilizando a prova, ciente de sua ilicitude. [28]

Considerando que a conduta de “fazer uso” ou “utilizar” a prova ilícita pode ser considerada de natureza permanente, bem como que há requisitos para reconhecer a omissão imprópria pelo dever jurídico de atuação (artigo 13, § 2º, CP),

nos parece mais correto o entendimento de que no caso de dolo subsequente, desde que o agente se omita ou prossiga na utilização da prova, tendo agora conhecimento prévio ao uso ou continuidade do uso da prova ilícita, sobre sua ilicitude, deve ser responsabilizado. Sua obrigação seria a de cessar o uso ou reconhecer a impossibilidade do uso dessa prova no momento imediato em que toma conhecimento. Atos ou omissões ulteriores são perpetrados com “prévio” conhecimento da ilicitude, satisfazendo os elementos do tipo penal. O crime somente seria afastado se, ao saber posteriormente da ilicitude o uso já houvesse se exaurido e não fosse mais possível naquele tempo impedir seus efeitos nefastos. Por exemplo, se um Juiz descobre a ilicitude após o processo transitado em julgado, ou mesmo após sentenciar, esgotando sua atividade jurisdicional. Mesmo nesses casos, cabe à autoridade envolvida fazer a devida comunicação a quem de direito sobre a ilicitude para providências cabíveis (revisão criminal, arquivamento do Inquérito Policial etc.). Por seu turno, se a autoridade que pode consertar a situação quedar-se inerte, ainda que não seja fazendo uso da prova, incidiria no crime de Prevaricação (artigo 319, CP), sempre que satisfeito seu elemento subjetivo específico. Da mesma forma no caso da autoridade que toma conhecimento após exaurida a utilização da prova ilícita e não faz qualquer comunicação ou não toma alguma providência. É possível, a responsabilização também por Prevaricação (artigo 319, CP), desde que presente o dolo específico desse crime, embora afastado o crime do artigo 25 da Lei de Abuso de Autoridade. Afinal, o impossível não pode ser exigido de ninguém. Mudar o passado já firmado sem retorno do uso exaurido da prova ilícita é impossível. Inobstante, tomar providências de comunicação e conserto da situação ocasionada, sempre que ainda viável, nem mesmo que seja por via de revisão criminal, não é exigir o impossível, razão pela qual pode haver Prevaricação. Em outro giro, se essa autoridade que recebe a comunicação da ilicitude, ciente disso, ainda utilizar a prova, incidirá no tipo penal em estudo, qual seja, o artigo 25, Parágrafo Único, da Lei 13.869/19.

O crime em estudo se consuma com a obtenção ilegal da prova ou seu uso indevido, sendo, portanto, de natureza plurissubsistente e material, de modo a tornar possível, ao menos em tese, a tentativa.

REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *O Processo Penal e a Defesa dos Direitos e Garantias Individuais*. Campinas: Péritas, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Djalma Eutímio de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 8ª ed. São Paulo: RT, 1991.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. Com a palavra, as partes. São Paulo: *Boletim IBCCrim*. n. 188, jul., p. 17 - 18, 2008.

ESTEFAM, André. *Direito Penal*. Volume 4. São Paulo: Saraiva, 2011.

FAZZALARI, Élio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 520 – 521.

FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Trad. Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GRECO, Rogério, CUNHA, Rogério Sanches. *Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Volume 4. 6ª. ed. Niterói: Impetus, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm , 2020.

MAGNO, Levy Emanuel. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2005.

MARQUES, Gabriela, MARQUES, Ivan. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: RT, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1991.

MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição. Disponível em <https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/5194253>, acesso em 04.05.2020.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Barueri: Manole, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCRIM, 2006.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal. São Paulo: *Boletim IBCCrim*. n. 188, jul., 2008.

SOUZA, Renee do Ó. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020.

NOTAS:

[1] Art. 25. Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo Único. Incorre na mesma pena quem faz uso de prova em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude.

[2] SOUZA, Renee do Ó. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 171.

[3] GRECO, Rogério, CUNHA, Rogério Sanches. *Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020., p. 235.

[4] Op. Cit., p. 236.

[5] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *O Processo Penal e a Defesa dos Direitos e Garantias Individuais*. Campinas: Péritas, 2002, p. 47. No mesmo sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 251. Também reconhecendo

como provas inadmissíveis aqueles produzidas com violação de normas constitucionais ou infraconstitucionais em geral (penais ou processuais penais): MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 630 – 631. Para uma ampla abordagem do tema das provas ilícitas vide também: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição. Disponível em <https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/5194253>, acesso em 04.05.2020.

[6] MOSSIN, Heráclito Antônio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Barueri: Manole, 2005, p. 351.

[7] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 253 – 254. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 296. CARVALHO, Djalma Eutímio de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 263. MAGNO, Levy Emanuel. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 101.

[8] AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 42.

[9] BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 292 – 293. Também defendendo o desentranhamento em face da nulidade absoluta da prova ilicitamente obtida, que seria uma espécie de “não – prova” ou “ato processual inexistente”, cf. CARVALHO, Djalma Eutímio de. Op. Cit., p.263.

[10] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 109.

[11] Neste sentido: CRUZ, Rogério Schietti Machado. Com a palavra, as partes. São Paulo: *Boletim IBCCrim*. n. 188, jul., 2008, p. 17. QUEIJO, Maria Elizabeth. O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal. São Paulo: *Boletim IBCCrim*. n. 188, jul., 2008, p. 18.

[12] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1147.

[13] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. Cit., p. 275 – 276.

[14] MAXIMILIANO, Carlos. Op. Cit., p. 209.

[15] Op. Cit., p. 129 – 130.

[16] FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Trad. Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 33.

[17] Op. Cit., p. 35.

[18] BONFIM, Edilson Mougnot. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 359. Destaque-se, porém, a lamentável posição jurisprudencial, inclusive do STJ, que considera que a desobediência das normas para realização do reconhecimento pessoal é mera irregularidade (v.g. STJ, HC 474.655 – PR, Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/719120274/habeas-corpus-hc-474655-pr-2018-0273671-9?ref=juris-tabs>, acesso em 04.05.2020.

[19] O exemplo mais festejado é o da “Prova Ilícita pró – reo”.

[20] FAZZALARI, Élio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 520 – 521.

[21] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 8ª ed. São Paulo: RT, 1991, p. 306.

[22] LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 252. Em sentido contrário, afirmando que também será típica a conduta de obtenção ou uso de “provas manifestamente ilegítimas”: SOUZA, Renee do Ó, Op. Cit., p. 470.

[23] GRECO, Rogério, CUNHA, Rogério Sanches, Op. Cit., p. 228.

[24] Súmula 50 das Mesas de Processo Penal da USP: “Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa”. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 165. Vide ainda sobre a colidência de valores consistentes na licitude da coleta da prova e na preservação da liberdade e dignidade de um inocente: PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCRIM, 2006, p. 209.

[25] MARQUES, Gabriela, MARQUES, Ivan. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: RT, 2019, p. 117.

[26] ESTEFAM, André. *Direito Penal*. Volume 4. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 354.

[27] Op. Cit., p. 354.

[28] Em seu Curso de Direito Penal assim entende o “dolus subsequens” e suas consequências o autor Rogério Greco: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Volume 4. 6ª. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 565.

DIREITO DE INTERVENÇÃO - A INFLUÊNCIA DE WINFRIED HASSEMER E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

ACACIA REGINA SOARES DE SA: Juíza de Direito Substituta do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Especialista em Função Social do Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, Mestranda em Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, Professora de Direito Constitucional e Administrativo da Escola de Magistratura do Distrito Federal – ESMA.

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar a relação entre a teoria do direito da intervenção proposto por Winfried Hassemer e o direito administrativo sancionador, em especial a ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Nesse sentido, ainda que se trata de uma ação de natureza e sanções cíveis, é possível observar que guarda relação com o direito penal e, em especial a teoria trazida por Winfried Hassemer quando trata da esfera de abrangência e limites de atuação do direito penal. Para tanto, serão analisadas posições de doutrinadores que tratam dos temas abordados, além de artigos científicos acerca do tema, utilizando-se do método dedutivo para se chegar a uma conclusão.

Palavras-chave: Direito da intervenção. Improbidade administrativa. Sanção

ABSTRACT: This article aims to analyze the relationship between the theory of intervention law proposed by Winfried Hassemer and the sanctioning administrative law, in particular public civil action for administrative misconduct. In this sense, although it is an action of a civil nature and sanctions, it is possible to observe that it is related to criminal law and, in particular, the theory brought by Winfried Hassemer when it comes to the scope and limits of criminal law. To this end, positions of doctrines dealing with the topics covered will be analyzed, in addition to scientific articles on the subject, using the deductive method to reach a conclusion.

Keywords: Right of intervention. Administrative dishonesty. Sanction

SUMÁRIO: Introdução. 1. O direito da intervenção segundo Winfried Hassemer. 2. A relação entre o direito de intervenção e o direito administrativo sancionador. Considerações finais. Referências Bibliográficas

INTRODUÇÃO

O direito da intervenção foi criado por Winfried Hassemer, integrante da Escola de Frankfurt e defende que em razão das respostas insatisfatórias dadas pelo direito penal, tendo em vista que não resolve os problemas criminais existentes na sociedade, o direito penal deveria ficar adstrito às questões centrais da referida disciplina, relacionadas às condutas lesivas aos bens jurídicos individuais e que causam perigo concreto, deixando para o direito da intervenção as demais questões, utilizando de um sistema de regras e procedimentos mais flexíveis, uma vez que não tratam do bem jurídico da liberdade.

Nesse diapasão, defendendo Winfried Hassemer que as demais questões deveriam ser resolvidas pelo direito administrativo, se busca aqui analisar a relação entre a referida teoria e o direito administrativo sancionador, responsável pela punição do ilícito praticados na seara da Administração Pública e, em especial a relação com a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, uma vez que traz sanções, previstas constitucionalmente, mais severas que alcançam inclusive o âmbito da cidadania em razão da suspensão dos direitos políticos.

1. O direito da intervenção segundo Winfried Hassemer

Segundo Winfried Hassemer^[1], ex-vice-presidente do Tribunal Constitucional Alemão, o desenvolvimento da sociedade acarreta o aperfeiçoamento de todas as formas de interação, em especial as econômicas, culturais e científicas, razão pela qual outros ramos do direito diversos do direito penal passam a ter uma maior preponderância, tendo em vista que menos gravosos.

Nesse diapasão, Hassemer defende que “um direito penal mais brando, ou normas meramente de direito administrativo para a tutela efetiva dessa nova demanda social, mas um novo ramo do direito que apresentasse uma resposta qualitativa à criminalidade”¹ seria bastante para resolver os conflitos sociais.

Dessa forma, podemos observar que o direito de intervenção atua como um instrumento de seletividade de condutas criminalizadas, deixando para ramos diversos a sanção pelas condutas que refogem, de maneira direta, do âmbito do direito penal, entre as quais se incluem as sanções pela prática de atos de improbidade administrativa.

Ainda dentro da concepção de Winfried Hassemer, os atos tipificados como de improbidade administrativa, apesar de possuírem uma proximidade com os tipos penais, inclusive no que diz respeito à dosimetria das sanções, em razão da aplicação da teoria do direito da intervenção, devem ser punidos na seara do direito civil e administrativo, como restou definido constitucionalmente no Brasil.

De acordo com Rafael Munhoz de Mello^[2] o poder punitivo estatal está limitado pelo Estado de Democrático de Direito e pelas disposições constitucionais, a exemplo do princípio da legalidade e do devido processo legal. Assim, qualquer sanção, inclusive as cíveis, aí incluídas as sanções pela prática de atos de improbidade administrativa, devem ser pautadas pelos princípios constitucionais, sob pena de ferir os preceitos básicos da norma maior pátria.

2. A relação entre o direito de intervenção e o direito administrativo sancionador

Pela explanação realizada no item anterior é certo concluir que o direito administrativo sancionador também deve observar os princípios constitucionais, em especial o princípio da legalidade, contraditório e ampla defesa.

Através da leitura do conceito de sanção administrativa de Fábio Osório Medina^[3], verifica-se que o direito administrativo sancionador em seu sentido *lato sensu* engloba tanto as decisões administrativas como as judiciais, razão pela qual as sanções pela prática por ato de improbidade administrativa previstas no art. 37, §4º, da Constituição Federal também se enquadram nesse conceito.

Dessa forma, podemos então verificar a conexão entre o direito de intervenção e a opção do legislador constituinte brasileiro no momento da definição das sanções pela prática de atos de improbidade administrativa, razão pela qual as referidas sanções estão compreendidas na seara de atuação do direito administrativo sancionador, em seu sentido lato, ou seja, englobando as sanções aplicadas administrativa e as judicialmente, dentro da perspectiva do conceito trazido por Fábio Osório Medina, já mencionado.

Corroborando com essa conclusão, Rafael Munhoz de Mello defende que a sanção administrativa é uma medida afliativa^[4], quer dizer que além da função repressiva, possui também a preventiva, ou seja, de desestimular a prática de outras infrações similares pelos agentes públicos, o que acaba por se enquadrar no papel das sanções elencadas na Lei n.º 8.429/92 pela prática de atos de improbidade administrativa previstos nos seus arts. 9º, 10 e 11.

Configurada a possibilidade e a necessidade da aplicação de sanções pela prática de atos de improbidade administrativa em especial em razão da necessidade da preservação do princípio constitucional da moralidade e do combate à corrupção, é possível então observar que algumas das condutas previstas nos dispositivos acima mencionados se referem a ações que também são punidas pelo direito penal, a exemplo do peculato, no entanto são sancionados mediante sanções cíveis que restringem, por tempo determinado, inclusive o direito à cidadania, uma vez que a

suspensão dos direitos políticos e também a possibilidade de contratar com a Administração Pública.

CONCLUSÃO

Diante da análise realizada, é possível então observar que o legislador constituinte ao definir as sanções pela prática de ato de improbidade administrativa teve como uma das suas influências a teoria do direito da intervenção criada por Winfried Hassemer, isso porque concedeu às referidas sanções uma natureza cível, conforme mencionado em tópico anterior.

Nesse sentido, ainda que tratem de sanções severas não têm o condão de intervir no direito de liberdade do réu, o que afasta uma das principais características do direito penal, razão pela qual podemos então concluir que o Constituinte de 1988 seguiu as ideias trazidas pelo direito da intervenção no momento da definição das sanções pela prática de ato de improbidade administrativa, vertente do direito administrativo sancionador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, F. C. M.; PAVIONE, L. S. **Improbidade Administrativa - Lei nº 8.429/1992**. 3.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm. 2012.

BAHENA, Kele Cristiani Diogo. **O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela lei de improbidade**. 1ª ed., 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: O Estado a que chegamos**. In: Retrospectiva dos 20 Anos da Constituição Federal. AGRA, Walber de Moura (coord.). São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade Administrativa e Violação de Princípios**. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 2005.

DALLARI, Adilson de Abreu. Carlos Valder do Nascimento. Ives Gandra da Silva Martins. **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo. Ed. Saraiva. 2013.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 3ª ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2015.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa**. 2 ed. Curitiba. Ed. Gênese, 1993.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa. Comentários à Lei n.º 8.429/92 e legislação complementar**. 6ª ed. Ed. Malheiros. 2009.

GARCIA, Emerson. **Improbidade Administrativa**. 9ª ed. Ed. SaraivaJur. 2017.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Editora Del Rey. 2007.

LORENA Alcazar, Raul Andrade (2001). **Diagnosis corruption**. [S.l.: s.n.] pp. 135–136. ISBN 978-1-931003-11-7

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. 3ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva. 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo. Ed. Malheiros, 2010.

MELLO, Inês da Trindade Chaves de. **Questões Atuais e Controvertidas na Ação de Improbidade Administrativa**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris.

MENTOR, Diogo. **Teoria do direito de intervenção: a alternativa de Winfried Hassemer à inflação dos crimes econômicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 5ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência**. 3ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SIMÃO, Calil. **Improbidade Administrativa**. Teoria e Prática. 3º Edição. Editora JH Mizuno. São Paulo. 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2º ed. 2º tiragem. Ed. Malheiros. São Paulo, 2017.

VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil. Justificação, Interpretação e Aplicação**. 1ª edição. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2018.

NOTAS:

[1] HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Editora Del Rey. 2007.

[2] VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil. Justificação, Interpretação e Aplicação**. 1ª edição. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2018.

[3] OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 5ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015. "(...) um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro* imposto pela Administração

Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporação de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo.”

[4] VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil. Justificação, Interpretação e Aplicação**. 1ª edição. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2018. “pune-se para prevenir a ocorrência de novas infrações, desestimulando a prática de comportamentos tipificados como ilícitos”

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 156, I DO CPP/41 E UMA AUTÊNTICA CRISE DAS FONTES

LUCAS GASPAR E SILVA: Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

ANTÔNIO TENÓRIO LEITE NETO^[1]

(coautor)

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL^[2]

(orientador)

RESUMO: O estudo em tela versa sobre o tema da (in) constitucionalidade do art. 156, I do CPP/41 e as suas características autoritárias, inquisitivas e inconstitucionais, haja vista que, colocam a imparcialidade do magistrado em dúvida e provocam antagonismos com a Carta Magna. À vista disso, o problema geral do artigo diz respeito ao seguinte questionamento: em que medida a (in) constitucionalidade do art. 156, I do CPP/41 revela um caso de crise das fontes com a atual vigência da Constituição Federal de 1988? Considerar-se-á que, há um desencontro entre a Constituição cidadã e o que preceitua o seu Estado democrático de direito com a estrutura obsoleta, embebecida de fontes autoritárias, inquisitivas, policiaescas e de famigerada concentração de poder do Código de Processo Penal. Ressalta-se que, o objetivo geral do presente estudo é a análise do art. 156, I do CPP/41, a separação das funções de acusar e julgar, a partir da conduta adotada pelo Juiz “em busca da verdade” e sua imparcialidade. Para esse designio, o estudo tem como recurso metodológico o método dedutivo, que será realizado a partir da revisão bibliográfica. Portanto, o artigo se constitui como uma discussão importante para verificar as consequências da aplicação do art. 156, I do CPP/41.

Palavras-chave: Autoritarismo; Gestão das provas; Crise das fontes; Sistemas Processuais Penais.

ABSTRACT: This study deals with the theme of the (in) constitutionality of art. 156, I of CPP / 41 and its authoritarian, inquisitive and unconstitutional characteristics, once, they cast doubt on the magistrate's impartiality and provoke antagonisms with the Constitution. Thus, the general problem of the article concerns the following question: to what extent the (in) constitutionality of art. 156, I of CPP / 41 reveals a case of source crisis with the current validity of the 1988 Federal Constitution? It will be considered that, there is a mismatch between the citizen's Constitution and that

one which prescribes its democratic State of law with the obsolete structure, imbued with authoritarian, inquisitive, police-based sources and the notorious power concentration of the Criminal Procedure Code. It should be noted that the general objective of the present study is the analysis of art. 156, I of CPP / 41, the separation of the functions of accusing and judging, based on the conduct adopted by the Judge "in search of the truth" and his impartiality. For this design, the study has as a methodological resource the deductive method, which will be carried out from the literature review. Therefore, the article constitutes an important discussion to verify the consequences of the application of art. 156, I of CPP / 41.

Keywords: Authoritarianism; Evidence management; Crisis of sources; Criminal procedural systems.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO. 2. Instrumentalidade Constitucional, Crise das fontes e a Natureza Jurídica do Processo Penal. 2.1. A necessidade de uma análise em dupla conformidade. 2.2. Processo: Relação ou Situação jurídica?. 2.3. Reconhecimento e a captura psíquica do Juiz. 3. Sistemas Processuais Penais e a busca da verdade. 3.1. Sistema Processual Penal Inquisitório. 3.2 Sistema Processual Penal Acusatório. 3.3 Sistema Processual Penal Misto e sua ineficiência. 3.4. A política da gestão das provas nas mãos do Juiz. 4. Autoritarismo e a (in) constitucionalidade do art. 156, I do CPP/41. 4.1. O autoritarismo e as velas de um código superado. 4.2 As faces inquisitórias e inconstitucionais do art. 156, I do CPP/41. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

A formação histórica, cultural e estrutural do código de processo penal brasileiro, apresenta como seu marco inicial o Estado Novo, ou mais propriamente na ditadura varguista, onde espelhou-se no código de processo italiano, que por sua vez, apresenta traços autoritários, fascistas, inquisitivos e policialescos. Sobre isso, Capelato (2003), alerta que, tais características que se encontram enraizadas no código, ainda estão em vigor atualmente.

Entretanto, o código de processo penal encontra-se superado, em muitos dos seus dispositivos, pela Carta Magna e pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Em que pese isso, a falta de uma dupla filtragem da legislação infraconstitucional tem gerado uma autêntica crise de fontes no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse cenário, destaca-se o artigo 156 do Código Processo Penal Brasileiro, que faculta ao juiz de ofício a produção de provas, já que o magistrado poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar diligências para dirimir dúvida sobre algum ponto relevante.

Percebe-se então, com a leitura do art. 156 do CPP/41, que se funda um sistema inquisitório, que nos remete não somente aos julgamentos do período medievo, como também a uma quebra da igualdade e da estrutura dialética do processo. Esse fato, resulta especialmente na perda da principal garantia da jurisdição, que se encontra justamente na imparcialidade do magistrado (LOPES JÚNIOR, 2019), e fortalece a construção de um processo dotado de autoritarismo.

O reflexo do art. 156, I do CPP, se apresenta justamente na atuação do magistrado e com a gestão das provas em seu domínio. Isso porque, com os indicadores nas próprias mãos, ele busca elementos para o que acredita ser a verdade real. Todavia, essa demanda, faz com que exista a cumulação das funções de acusar e julgar, comprometendo não somente a sua imparcialidade, mas o processo legal em si.

Portanto, o estudo em tela, almeja discutir sobre a (in) constitucionalidade do art. 156, I do CPP/41 e as suas características autoritárias, inquisitivas e inconstitucionais, haja vista que, colocam a imparcialidade do magistrado em dúvida e provocam antagonismos com a Carta Magna.

Destarte, a problematização do estudo diz respeito ao seguinte questionamento: em que medida a (in) constitucionalidade do art. 156, I do CPP/41, revela um caso de crise das fontes com a atual vigência da Constituição Federal de 1988? Desse modo, de forma a atender à pergunta central do estudo, a hipótese trabalhada foi a de que, boa parte dos magistrados trabalham com o equivocado paradigma da autonomia transposta no do art. 156, I do CPP/41, sem que haja uma imparcialidade do julgador.

Nesse sentido, na busca de se compreender sobre a temática, o estudo tem como base o método dedutivo, no qual foi realizado a partir de pesquisas bibliográficas. Para Gil (2008) a pesquisa bibliográfica permite investigar de modo amplo sobre os fenômenos “utilizando-se das contribuições de diversos autores sobre determinado assunto”, através de fontes como livros, revistas acadêmicas, artigos, web sites, dentre outros (GIL, 2008, p.51). Posto isso, a pesquisa tem natureza qualitativa, cuja investigação concentra-se nos aspectos descritivos da temática.

Portanto, a relevância do artigo, se apresenta na possibilidade de contribuir com a produção bibliográfica local sobre o tema, e aprofundar as reflexões acerca do art. 156, I do CPP/41, destacando o caso da crise das fontes, com a atual vigência da Constituição Federal de 1988.

2.Instrumentalidade Constitucional, Crise das fontes e a Natureza Jurídica do Processo Penal

A vida em sociedade é um verdadeiro e interminável ciclo de complexidades. Logo, o ser humano é inconstante e anseia para contemplar as suas necessidades, ainda que, elas custem à paz e os espaços de outros, o que acaba gerando como consequência esperada, uma cadeia de conflitos.

Nesse contexto, o mundo testemunhou e ainda testemunha as mazelas de implementações de leis e políticas opressoras, radicais e autoritárias por parte de líderes tiranos, no qual a figura do processo, demonstra importante desenvoltura na solução litigiosa, bem como um elemento limitador da esfera de atuação do poder estatal, ao passo que, se dispõe como ferramenta para concretude da eficácia dos direitos e garantias fundamentais.

Diante das funcionalidades e características do processo, têm-se que o processo penal comporta tais atribuições, mas ainda assim, não se limita somente a esse contingente, sendo imperioso e, fazendo surgir indagações em torno do seu fundamento de existência. De fato, ir ao encontro da resposta para tal ponto, remeteria a sua existência e à sua lógica sistemática, onde, através de uma leitura sobre a matriz constitucional, reforçaria um processo penal como elemento não só dos direitos e garantias fundamentais, mas como instrumento de realização deles.

Inegavelmente, um processo penal à luz de uma constituição autoritária, corresponde a um processo autoritário. Contudo, levando em consideração uma constituição democrática e cidadã como a que vigora no Brasil, em tese, o esperado é que se correspondesse a um processo penal democrático e garantista. Além disso, abre-se o caminho para a definição do fundamento de existência de um processo penal democrático, por meio da "Instrumentalidade Constitucional", remetendo em outras palavras, um processo como ferramenta apto a extrema eficácia de um sistema de garantias mínimas.

Convém lembrar que, é de conhecimento no mundo jurídico e no campo do processo penal, o fato de que, não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena, e de fato, a existência de uma pena sem processo não soa para os bons ouvidos, sendo uma aberração jurídica se tal circunstância tomasse existência. Porém, é importante destacar que, não se pode haver mero reducionismo em face do processo penal, como se ele apenas angariasse a função de promoção e aplicação de uma pena, onde a sinapse deve ir além, mesmo porque, o processo penal trabalha na salvaguarda das garantias individuais e fundamentais do indivíduo que se vê diante de uma acusação.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr (2019), ensina com maestria que "é fundamental compreender que a instrumentalidade do processo não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade, qual seja, a satisfação de uma

pretensão (acusatória)” (LOPES Jr, 2019, p.59), onde ao lado da mesma, têm-se a função constitucional do processo, como meio da realização democrática, sendo que, a Constituição constitui e trabalha para orientar a instrumentalidade do processo penal.

No caso da referida Instrumentalidade Constitucional, a efetividade desta, guarda íntima ligação com a atividade jurisdicional, onde a jurisdição atua sobre importante função de garantir os direitos e liberdades individuais em relação àquele que se imputa uma prática delitiva. Diante disso, para que o processo não seja enxergado apenas, e tão somente sob a ótica de uma pena em si mesmo, necessária se faz a observância da proteção, efetividade dos direitos e garantias, verdadeiros pilares de sustentação do Estado Democrático de direito.

Por fim e não menos importante, com base nas palavras de Aury Lopes Jr. (2019):

“Concluimos que a instrumentalidade do processo penal é o fundamento da sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais” (LOPES JR, 2019, p.62).

Tal argumentação, induz à reflexão de que o processo penal está para a limitação da tirania e proteção do débil que carece da debilidade estrutural, onde ela transmuta pelo tempo a fora. Apesar desta, não ter relação com as condições de pecúnia e nem com a política do débil, ela está limitada pelo espaço que o processo penal ocupa no universo da relação das partes (polo passivo), onde este, se encontra à mercê das imposições e limitações da figura estatal.

Com a análise do fundamento da existência do processo penal, resta-se cristalino, o fato de que a instrumentalidade constitucional responde a empírica indagação da sua existência, justificando que o processo penal deve estar intimamente ligado aos preceitos da Constituição para fazer jus ao caráter democrático, onde sem dúvidas é o que se espera deste.

Nesse sentido e nas palavras de Leonel e Felix (2017):

“É inegável que o processo penal democrático tem por finalidade assegurar o respeito ao *fair play* processual, das regras do jogo democrático, ou seja, o processo penal é um instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias, previstos na Constituição Federal e no Pacto de São José da Costa Rica” (LEONEL; FELIX, 2017, p. 29).

Porém, mesmo diante desses indicativos, qual seria a garantia de que o processo penal está realmente sendo interpretado conforme a Lei Maior seguido dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos como o do Pacto de São José da Costa Rica? É sabido que, o referido código de processo penal vigora a muito mais tempo, do que a própria existência da Constituição, onde questionar tal conformidade levanta importantes questionamentos.

Dentro desse contexto, a Constituição Federal de 1988 se sobressai à frente das demais normas que compõe o ordenamento jurídico brasileiro, pelo princípio da supremacia da Constituição, assim como as demais, para serem aplicadas, devem estar em conformidade com a mesma. O fato é que, mesmo diante desses indicativos, há a aplicação de um código em vigência sem o cumprimento dessas prerrogativas, qual seja o Código de Processo Penal. É importante destacar que este não é o único, devido à infinidade de artigos inconstitucionais que não estão seguindo os preceitos da norma maior, e que estão sendo aplicados em outros códigos do sistema jurídico brasileiro.

De acordo com Aury Lopes Jr (2019):

“Atualmente, existe uma inegável crise da teoria das fontes, em que uma lei ordinária acaba valendo mais do que a própria Constituição, não sendo raro aqueles que negam a Constituição como fonte, recusando sua eficácia imediata e executividade” (LOPES JR, 2019, p.36).

O código de processo penal encontrasse em desconformidade com a Constituição e com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, gerando referida crise e demonstrando a necessidade de uma análise do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade, dando voz a uma análise em dupla conformidade.

O processo penal para ser dito democrático, assim como seus dispositivos e todo o seu corpo estrutural, precisam estar em conformidade tanto com a Constituição Federal, como com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, assegurando o respeito ao *fair play* processual e as regras do jogo democrático, para assim evitar tal crise de fontes, a insegurança jurídica que sua desconformidade causa e as consequências da sua inconstitucionalidade. Logo, a Constituição trabalha para a promoção democrática do código, dentro da perspectiva da instrumentalidade constitucional, mas isso por si só, não assegura que o código segue esse trabalho e é em sua totalidade democrático.

Outra questão de extrema importância e que guarda ligação com o processo penal, é a discussão em torno de sua natureza jurídica. Compreender tal natureza

jurídica do processo penal, o que esse vem a representar e constituir, o tratamento de abordar a determinação dos vínculos que unem os sujeitos sendo estes (juiz, acusador, e réu), bem como a natureza jurídica de tais vínculos como um todo, gera uma crescente linha de debates, onde variadas são as teorias que tentam explicar esse fenômeno processual. Ao se examinarem alguns, verifica-se que, duas merecem uma atenção mais aproximada, sendo o processo como relação jurídica defendida por Bülow em "*La teoria de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesuales*", publicada em 1868 e a de James Goldschmidt e sua teoria do processo como situação jurídica, tratada em sua obra "*Prozess als Rechtslage*" publicada em Berlim em 1925, cuja obra vai ao desencontro em relação a obra defendida por Bülow.

A obra de Oskar Von Bülow "*La teoria de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesuales*"(1964), foi um importante marco no campo processual, por estabelecer o rompimento do direito material com o direito processual e a consequente independência das relações jurídicas que vieram a se estabelecer nesses dois planos.

Com o presente autor, a concepção apresenta mudanças radicais, no qual o processo é visto em uma relação jurídica com natureza pública, que se estabelece entre as partes e o magistrado, originando uma determinada reciprocidade de direitos e de obrigações de cunho processual.

Essa natureza pública se origina do fatídico da existência de um vínculo entre as partes e um órgão público de composição da administração da justiça, em uma atividade eminentemente pública. Assim, o processo é concebido como uma relação jurídica de direito público, com autonomia e independência da relação jurídica de direito material.

Em face dessa situação, o réu assume o status de sujeito de direitos e de obrigações processuais, onde há a existência de um triângulo jurídico composto pelas partes (acusador, réu) e o juiz. Posteriormente, pela complexidade da relação, nasce entre essas partes uma reciprocidade de direitos e de obrigações. O acusado então é visto, como integrante do processo, onde este tem igualdade de armas e de oportunidades com a acusação (sendo essa estatal ou não), no qual passa a ser possuidor de um quadro de direitos subjetivos, eivados de eficácia em relação ao magistrado e em relação à acusação.

Ainda sim, a teoria de Oskar Von Bülow (1964) prima por "pressupostos processuais", que podem ser de existência ou de validade, onde seriam estes os pressupostos para o seu nascimento ou desenvolvimento válido. Mesmo diante de

ataques e críticas, no que concerne a teoria do processo enquanto “relação jurídica”, esta veio a ser adotada por boa parte da doutrina processualista.

Em vista dessa situação de fervorosas críticas, uma delas repercutiu mais dentro do cenário jurídico. Foi realizada por James Goldschmidt com a sua teoria do processo como situação jurídica, tratada na obra “*Prozess als Rechtslage*” (1935), cuja contribuição aconteceu com importantes debates sobre a concepção da natureza jurídica do processo penal.

Na concepção de Goldschmidt (1935), o processo é visto como um caminho de situações processuais, pelos quais as partes precisam percorrer e atravessar, indo ao encontro de uma sentença definitiva de viés favorável. O autor nega a existência de direitos e obrigações processuais como teoriza Bülow (1964), onde ele considera que, os pressupostos processuais são, na realidade, pressupostos de uma sentença de fundo.

Goldschmidt (1935) difere de Bülow (1964), ao evidenciar que o processo não é estático, mas sim dinâmico e cercado pelo risco e pela incerteza. Ele enxerga o processo como uma complexa “situação jurídica”, por onde, através da sucessão de atos, ocorre a geração de chances. Essas ao serem bem aproveitadas, resultam na posterior liberação da parte, no tocante das cargas de natureza probatória, indo assim, ao encontro de uma sentença favorável (expectativas).

Nesse sentido, argumentam Leonel e Felix (2017): “o processo penal nada mais é do que uma guerra, aonde alguém há de vencer. E, vencerá, por óbvio, aquele que melhor aproveitar as chances processuais, conseguindo, através da produção de provas, a captura psíquica do juiz” (LEONEL; FELIX, 2017, p. 20).

Assim, da mesma forma como pode existir o aproveitamento dessas chances, pode ocorrer o não aproveitamento delas e incorrer na não liberação da carga processual. Nesse caso, ocorreria a geração de uma situação processual não muito vantajosa para a parte, conduzindo a uma pretensa sentença desfavorável. Como Goldschmidt (1935) nega a existência de direitos e de obrigações em relação as partes, mas prima pelas cargas processuais em relação a estes, o autor defende que, no processo penal, não existe distribuição de cargas probatórias, já que toda carga de provar os fatos alegados estão na incumbência do acusador.

Goldschmidt (1935) destaca também, a dinamicidade, a movimentação e a fluidez do processo, abandonado da ideia sedutora de segurança jurídica que Bülow (1964) teoriza em existir. Ao assumir a epistemologia da incerteza e do risco intrínseco ao processo, Goldschmidt (1935) tende a reforçar a importância do valor e a eficácia das regras do devido processo penal. Sobre esse processo, Leonel e Felix

(2017), parafraseando os autores Goldschmidt (1935) e Lopes Júnior (2012) elucidam que:

O processo é uma guerra inserida na mais completa epistemologia da incerteza. Assim, necessário se faz admitir que um processo penal que se propõe a ser democrático é aquele que serve para proteger os direitos fundamentais, através de regras de jogo democrática, decorrendo desse respeito, inclusive a legitimidade de sentença condenatória, e não se alvora num instrumento de busca da verdade (que no processo penal é contingencial e não fundante). Logo, precisamos, sem pudores, assumir a instrumentalidade constitucional, do processo penal, ou seja, pelo princípio da necessidade o processo é o caminho a ser percorrido para que a sanção penal possa ser aplicada, já que não há sanção penal senão através do processo penal, evidenciando assim, que o fair play processual com inequívoco respeito às regras do jogo, é o que distingue um processo penal humanitário (LEONEL; FELIX, 2017, p. 17).

Diante do exposto, conclui-se que o processo existe para limitação da tirania e proteção do débil, no qual a instrumentalidade constitucional indica uma matriz democrática e constitucional.

2.1 Constituição suprema e o Estado democrático de direito

No que tange às evoluções históricas das constituições que tiveram vigência e aplicação no ordenamento brasileiro, bem como da ausência de um Estado democrático, é importante discutir a respeito da estrita convivência com as constituições autoritárias, como por exemplo a constituição de 1937, que, em seu bojo, andava em rotas contrárias daquilo que se preceitua com a constituição vigente.

Por sua vez, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a atual constituição em vigência. A respectiva, é a sétima constituição e a sexta da sua república, sendo a última a contribuir com a transição de um regime autoritário para um regime democrático. Ressalta-se que, a Carta magna é tida como a "Lei suprema e fundamental do Brasil", sendo conhecida como "Constituição Cidadã", por ter nascido no processo de redemocratização, iniciado com o fim da era da ditadura militar, experimentada no Brasil. Em contrapartida, diferentemente das constituições passadas, a Constituição Federal de 1988 assegura um rol extensivo de direitos e garantias fundamentais, representando, assim, uma importante evolução.

Diante disso, em seu preâmbulo, foi instituído o ensejo de um Estado Democrático, que objetiva assegurar valores de matrizes supremas de uma sociedade fraterna, sem distinções, mergulhada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica de controvérsias, sendo esta democrática e liberal, com forte influência da Constituição portuguesa de 1976.

Por sua vez, o Estado Democrático de direito é um conceito que se aplica à figura de um Estado que preserva o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, no qual deve existir também, as garantias dos direitos de caráter individual, coletivo, político e sociais.

Todavia, é indiscutível que não é possível falar da Constituição Federal de 1988, sem mencionar o seu Estado democrático de direito, pela necessidade de um em relação ao outro sob o viés da democracia, que vem sendo construída ao passar do tempo. Assim, compete ao Supremo Tribunal Federal, instância máxima do ordenamento jurídico e com fulcro no art. 102, da Constituição Federal de 1988, a legitimidade para a guarda da Carta Magna.

A Constituição Federal de 1988 é a lei maior e fundamental, é ainda a sistemática pela qual uma sociedade estabelece a sua organização com restrição de atos e a exigência de prestações estatais, seja através da prescrição de direitos, de deveres e de garantias, seja no ato de conferir o fundamento de validade das leis e atos normativos. Sobre essa discussão Silva (2002) identifica que:

“A constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas religiosas, etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e; finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo” (SILVA, 2002, p. 41).

Diante disso, os preceitos ou normas (sejam regras ou princípios), que fazem parte da constituição, em decorrência das suas características e dos seus objetivos, se encontram em um patamar de hierarquia acentuada, em relação a todas as outras demais normas jurídicas, que fazem a composição do ordenamento jurídico. Não obstante, a Constituição Federal de 1988 se encontra no ápice do escalonamento jurídico de qualquer país, tendo, em seu bojo, a estrutura e as normas fundamentais do Estado que a sedia.

Nas lições de Nathalia Masson (2017):

“A referida premissa interpretativa estabelece que, em virtude de a Constituição ocupar o ápice da estrutura normativa em nosso

ordenamento, todas as demais normas e atos do Poder Público somente serão considerados válidos quando em conformidade com ela” (MASSON, 2017, p. 60).

De acordo com a autora, em decorrência da supremacia da Constituição e da higidez do seu texto, é possível fazer questionamentos quanto à constitucionalidade dos diplomas infraconstitucionais por intermédio do controle de constitucionalidade, devendo eles estarem em conformidade com a norma maior.

O sistema jurídico que se encontra no dito cujo escalonamento tendo em sua íntegra a Constituição deve apresentar como características a coerência e racionalidade. Qualquer conflito ou antinomia que venha a agredir a primazia da Constituição viola, por consequência, ao menos um princípio de caráter essencial, que seria a já mencionada “Supremacia da Constituição”, contribuindo para a desarmonia do ordenamento, gerando a inconstitucionalidade.

Por fim, ainda que por força de aplicação do controle de constitucionalidade, temos em vigência e aplicação o código de processo penal, que, em sua estrutura, apresenta artigos inconstitucionais como o artigo 156, I do código de processo penal. O que causa estranheza é como um código que em sua íntegra apresenta essa inconstitucionalidade continua em aplicação, pelo fato de gerar um choque com o princípio da supremacia constitucional e diretamente com a Constituição. Eis a indagação: como uma lei ordinária tem mais autonomia do que a própria Lei Maior?

Várias são as indagações diante da existência do código de processo penal em contraposição com a Constituição. Na pirâmide preconizada por Hans Kelsen (1991) “a Constituição está no topo, devendo os demais atos estarem em conformidade com esta” (HANS, 1991, p. 48), mas, diante da situação que não parece ser nova, se for levado em consideração que o código já está superado e que a Constituição é bem mais atual, o código parece se sobressair em relação a Carta Magna e a suas bases de defesa.

2.2 A necessidade de uma análise em dupla conformidade

Sabendo que a Constituição Federal de 1988 encontra-se no topo da pirâmide da hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro, as demais normas, em tese, devem estar logo abaixo desta e em conformidade com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, dos quais o diploma mais importante é o do Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, que prevê várias garantias para os investigados ou acusados no processo penal.

Destaca-se a importância dos Tratados Internacionais, pois estes trazem garantias e direitos no processo penal para os investigados e para os réus, de tal

maneira que, um Tratado Internacional de Direitos Humanos ingressa no ordenamento jurídico brasileiro com status de norma materialmente constitucional, e quando ele passa pelo crivo de votação em 2 (dois) turnos no Congresso Nacional com quórum de 3/5, além dessa materialidade constitucional, ele passa a ser formalmente constitucional sendo de extrema importância e hierarquicamente superior ao processo penal, onde segundo o STF, o Tratado recebe o status de norma supralegal.

Em contrapartida os autores Leonel e Felix (2017) advertem:

“Não podemos olvidar que o Código de Processo Penal, promulgado (1941) em pleno Estado Novo de Getúlio Vargas e inspirado no Código de Processo Penal Italiano da década 30 (Codice Rocco), possui um nítido viés fascista, policialesco e de inegável matriz autoritária. Por conseguinte, é indefectível o choque ideológico entre o Código de Processo Penal de índole ditatorial e a Constituição Federal de 1988 democrática” (LEONEL; FELIX, 2017, p. 25).

Assim como a Constituição Federal atualmente vigente tem sua supremacia, os Tratados também têm, e não resta dúvidas que o código de processo penal por ser uma lei ordinária, se encontra abaixo destes. O que acontece no Brasil? Crise das fontes. Isso significa que, diversas vezes no processo penal, haverá a aplicação do código mesmo com a violação dos tratados e do texto constitucional, o que acaba por gerar e deixar claro essa crise de fontes presente no ordenamento.

Diante disso, é necessário no Brasil a realização de uma análise do código de processo penal, onde explicam com maestria Leonel e Felix (2017):

“Como o CPP é de matriz inquisitorial e todo saber é datado, mister se faz no curso do processo penal, ao se decidir acerca da aplicação das regras do jogo, fazer uma dupla análise de conformidade, através do controle de constitucionalidade e também do controle de convencionalidade” (LEONEL; FELIX, 2017, p. 30).

O grande problema é que, mesmo diante do que se deve ser feito, muitas obras da literatura processual penal e seus autores, não fazem essa análise de dupla conformidade, onde basicamente fazem a reprodução grosseira do código contribuindo para o aumento da crise de fontes e da insegurança jurídica em volta do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, leciona Giacomolli (2016):

“Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário”. A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso, há que se falar em processo penal constitucional, convencional e humanitário, ou seja, do devido processo” (GIACOMOLLI, 2016, p.13).

Diante do contexto, uma lei ordinária pode ser compelida e submetida a um duplo controle material e vertical, onde esta será tida como válida e adequada, se atender a Constituição Federal de 1988 e aos Diplomas Internacionais ratificados pelo Brasil, sejam estes comuns ou em relação aos Direitos Humanos que possuem a mesma hierarquia constitucional, com a aplicação da regra do princípio do *Pro Homine* (GIACOMOLLI, 2016, p.30).

Para tanto, fica claro a necessidade de uma reformulação e inovação de matriz processual, constitucional e em comprometimento internacional, como norteadoras, supremas e de caráter irrenunciável para a promoção da dignidade do ser humano e não somente deste, como também daquele que fica à beira da sociedade por método de exclusão, sendo este o mais incluído no sistema criminal pelo viés do processo penal. Com decisões arbitrárias, falta de demonstração dos motivos ensejadores da mesma, e do comprometimento com a justiça, abre-se espaço para que, possa existir uma superação dos índices e falhas de compreensão (sejam estes de matriz dogmática, de matriz jurídica, da eficácia e validade dos direitos fundamentais), levando em consideração o presente e trabalhando para um futuro próximo (GIACOMOLLI, 2016, p. 14).

2.3 Processo: Relação ou Situação Jurídica?

No que concerne ao referido questionamento, Aury Lopes Jr (2019), aponta que dentro desse cenário, há duas importantes figuras precursoras que contribuíram no papel de desenvolvimento de teorias que abordam e tentam explicar essa dicotomia em relação à natureza jurídica do processo penal, quais sejam estes, Bülow e James Goldschmidt.

Em relação à adoção das teorias, Bülow defende o processo enquanto uma relação jurídica, onde nas palavras de Aury Lopes Jr (2019, p. 38):

“A concepção muda radicalmente, sendo o processo visto como uma relação jurídica de natureza pública que se

estabelece entre partes e o Juiz, dando origem a uma reciprocidade de direitos e obrigações processuais” (LOPES JR, 2019, p. 38).

Segundo Aury Lopes Jr (2019) para “Bülow, além dessa reciprocidade e relação triangular entre partes (autor e réu) e o Juiz, a concepção de relação jurídica traria a ideia de segurança no processo” (LOPES JR, 2019, p. 38). A teoria do processo enquanto relação jurídica, defendida por Bülow, sofreu com críticas no âmbito processual civil e no do processo penal, mas ainda sim, foi adotada por grande maioria da doutrina processualista. A crítica mais assentada e de magnitude foi expressa por “James Goldschmidt, defensor da teoria do processo enquanto situação jurídica e importante precursor da explicação da natureza jurídica do processo penal” (LOPES JR, 2019, p. 39).

Contudo, antes de entender o processo enquanto situação jurídica é preciso entender um determinado ponto: ao se cumprir a prestação “A”, o indivíduo tem o direito de exigir a contraprestação “B”, isso na seara cível (relação jurídica), existem direitos, deveres, obrigações e faculdades previstas no contrato e no processo civil. Porém, o objeto do estudo é o processo penal, onde o sujeito tem o direito, mas ocorre uma relativização nesse direito de “ganhar”, por que o processo penal é um jogo de informação incompleta, não se conhece as informações do jogo, pois estas vão sendo trazidas ao longo do processo.

Assim, o processo penal está inserido na “epistemologia da incerteza” e isso significa que, “eu não consigo prever o resultado do processo com segurança”, mas se dentro das regras do jogo o Juiz incompetente não trouxe provas insuficientes ocorre o *in dubio pro reo*. O processo penal, portanto, é uma atividade de risco/insegurança no qual as sentenças podem ser justas ou injustas, e para o sujeito desenvolver qualquer concepção de relação jurídica, “é preciso ter uma noção anterior (segurança), se não houver essa noção de segurança, não há como conceber a teoria do processo enquanto relação jurídica preconizada por Bülow” (LOPES JR, 2019, p. 39).

Conforme Aury Lopes Jr (2019):

James Goldschmidt percebeu essa epistemologia da incerteza no processo penal utilizando-se de uma metáfora de guerra: “Quando nós estamos vivendo momentos de paz, vivemos relações estáticas, agora quando a guerra estoura, abandonamos aquela relação estática e vivemos uma relação dinâmica onde tudo se resolve na ponta da espada, e quando a guerra estoura alguém há de vencer essa guerra e quem

vence a guerra não é o jogador mais forte, mas sim, aquele que melhor desfruta dos direitos” (LOPES JR, 2019, p. 40).

Portanto, as sentenças podem ser justas quando o jogador mais habilidoso realmente detém o direito. Entretanto, Aury Lopes Jr (2019) observou que “para Goldschmidt, a natureza jurídica do processo não é um conjunto de direitos, deveres, faculdades e obrigações por que isso demandaria uma noção de segurança que o processo não tem” (LOPES JR, 2019, p. 40).

Para o autor citado, a natureza jurídica nesse caso seria uma situação jurídica, onde o processo é um “conjunto de situações jurídicas onde ao longo dessas situações surgiriam expectativas, possibilidades, mas acima de tudo onde se brotam chances que se bem aproveitadas, liberam da carga probatória que o sujeito tem no processo” (LOPES JR, 2019, p. 40).

Inobstante a isso, as expectativas para uma sentença de viés favorável e as expectativas para uma sentença de viés desfavorável, constituem os nexos jurídicos das partes, onde essas têm uma dependência constante do aproveitamento ou não dos atos processuais para o aumento ou redução das suas reais expectativas e perspectivas. Assim, quando uma das partes angaria sucesso com uma posterior liberação de carga, ela adentra automaticamente para o aumento de suas expectativas/perspectivas de uma possível sentença favorável, reduzindo assim a possibilidade de uma sentença que não seja ao seu favor. Já a parte contrária dessa situação, terá em seu desfavor, uma conseqüente redução de suas expectativas e um aumento de suas perspectivas.

A riqueza que paira no mundo da incerteza e a necessidade de (re) pensar o processo acaba por vir a inserir novas ares, concepções no tocante à natureza jurídica do processo. Esses novos ares e concepções se dão desde características de matriz sociológica, como no caso de novas categorias (chances, expectativas, perspectivas), até no mundo de cunho matemático, como enxergar o processo com olhos de incerteza. Assim, nascem lições que acabam remetendo ao campo da estratégia, da astúcia e da tática de guerra processual, buscando ao final não somente uma pretensão satisfatória, mas também a “captura psíquica do juiz”.

Nos dizeres de Leonel e Felix (2017) “se o processo penal é uma guerra, um jogo, que não deve ter por missão a busca desenfreada do mito da “verdade real”, já que a verdade no processo penal não é achada, mas sim construída analogicamente através dos rastros da passeidade, mister se faz compreendê-lo pelo viés da sua instrumentalidade constitucional” (LEONEL; FELIX, 2017, p.21).

Por fim, o processo penal definido dentro do contexto da instrumentalidade constitucional, acaba por remeter em outras palavras, a um processo democrático,

eficaz e em respeito às regras do jogo processual com um sistema de garantias mínimas.

2.4 Reconhecimento e a captura psíquica do Juiz

Salienta-se que, o sujeito ao produzir a prova tenta duas coisas: uma função recognitiva (reconstrução) de um fato passado e uma função persuasiva (captura psíquica do Juiz/convencimento). Nos dizeres de Aury Lopes Jr (2019), “O processo penal é um instrumento de retrospecto, de uma reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico” (LOPES JR, 2019, p. 341). O crime é fato histórico, onde o processo penal é uma tentativa de reconstrução de um fato passado, por isso a prova tem essa função recognitiva.

Corroborando com o exposto acima, Leonel e Felix (2017) ao dizer que “o processo penal é uma tentativa sempre aproximada de reconstrução do passado, respeitando-se as regras do jogo” (LEONEL; FELIX, 2017, p. 38). Por conseguinte, na esteira do processo penal, têm-se que a verdade que se é buscada, não é a verdade material ou substancial, dada a impossibilidade da verificação com precisão desta. Não obstante, se o processo é tido como um jogo e o crime é um fato histórico, a busca da verdade deve ser colhida sob a guarita do contraditório e da ampla defesa, elementos indispensáveis do devido processo, respeitando-se os parâmetros das regras processuais.

Para Aury Lopes Jr. (2016), “não se pode atribuir ao processo penal a missão de buscar a verdade real ou substancial, pois a verdade não é fundante no processo penal democrático e acusatório”. Assim, a decisão judicial, em outros ditames, não é aquela que irá revelar a verdade, qual seja ela, de natureza material ou de natureza formal, mas sim um ato de convencimento, formado no contraditório e na esfera do devido processo legal.

Por essa razão é importante, não somente capturar as funções psíquicas do juiz, mas convencer o mesmo. Não há a negação da verdade, mas sim a negação apenas e tão somente de que o processo penal angarie a incumbência da busca desta a todo e qualquer custo, pois a verdade é contingencial e não estruturante.

O douto magistrado, na sentença, vem a construir, pelo crivo do contraditório, a sua convicção no tocante aos fatos delituosos, promovendo os significados que lhe pareçam válidos (porém, dentro das regras do jogo e do processo, por óbvio). A verdade nem sempre é o resultado, nem essa necessita ser, mas sim, o resultado do convencimento do juiz moldado a partir do contraditório e do devido processo penal (LOPES, JR, 2016, p. 210).

Com isso, tanto a acusação como a defesa, podem e devem trilhar o caminho para buscar a captura psíquica do juiz, para que este venha a se convencer da história que lhe está sendo narrada, através das provas que são produzidas dentro do viés do contraditório.

Nesse sentido, é preciso retomar às palavras de Leonel e Felix (2017) no qual consideram que “o processo penal democrático, portanto, não pode ter por finalidade principal a impossível “busca da verdade real”, que serviu apenas para fundar a construção de processos penais utilitaristas e autoritários, que por evidente é incompatível com o atual paradigma constitucional” (LEONEL; FELIX, 2017, p. 38).

3.SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A BUSCA DA VERDADE

Assim como a sociedade se modifica com o passar do tempo, não seria diferente com o processo penal e mais precisamente com a estrutura que o compõe, onde esta, conforme a variação do tempo e do espaço se modifica em detrimento dos diferentes tipos de Estados e seus modelos de ideologia punitivista ou libertária.

No que tange aos sistemas processuais penais, há de se falar de 3 tipos de modalidades de sistemas, quais sejam o Sistema Processual Penal Inquisitório, Sistema Processual Penal Acusatório e uma terceira modalidade, com status especial que seria o Sistema Processual Penal Misto. Segundo Khaled Jr (2015), “discutir sobre a definição dos sistemas em acusatório, inquisitório ou misto dentro do viés dos sistemas processuais leva ao embate de uma das temáticas que mais geram polêmicas no processo penal” (KHALED JR 2015, p. 348), onde há a existência de discórdia no que se refere ao elemento em sua íntegra que venha a caracterizar um sistema concreto dentre as espécies que foram mencionadas.

Cada sistema comporta suas características e o Sistema Inquisitório tem a gestão/iniciativa probatória nas mãos do Juiz, desapego ao contraditório e desigualdades de armas e oportunidades. Já o Sistema Acusatório tem a gestão/iniciativa probatória nas mãos das partes e não mais do Juiz, com apego ao contraditório e separação das funções de acusar e julgar. E, por último, para alguns haveria o Sistema Misto, que seria uma formação dos dois sistemas citados, mas que a rigor não passa de um reducionismo já que não haveria um princípio unificador misto, pois os princípios unificadores são o inquisitivo (gestão da prova nas mãos do juiz) ou o dispositivo (gestão da prova nas mãos das partes).

Assim, o que diferencia cada sistema é a gestão probatória, visto que cada um tem sua forma específica de produzir, sendo, portanto, o ponto central do processo penal.

Nesse diapasão, é importante constar a existência de uma expressiva dicotomia em termos de adoção de sistemas entre o código de processo penal vigente e a Constituição Federal de 1988. O CPP em aplicação apresenta características autoritárias, fascistas, policialescas e inquisitivas, cujo modelo de sistema processual mais condizente e adequado, ao mesmo seria um sistema inquisitivo. Ao passo que, no caso da Constituição Federal com suas garantias, direitos e seu respectivo Estado Democrático de Direito, o modelo de sistema abarcado é o acusatório.

Nas análises do professor Aury Lopes Jr. (2019), ele concorda que a Constituição adota o modelo acusatório, onde se há a separação do poder de acusar e julgar (o que no modelo inquisitório não ocorre), e, principalmente, ao delimitar as regras que compõe o devido processo no art. 5º, em especial na garantia do juiz natural (com sua imparcialidade), bem como do inciso LV, no que se trata da exigência do contraditório. Somado a aplicação do Código de Processo Penal sem a análise em dupla-conformidade o que acaba por gerar a crise das fontes, há o choque de sistemas adotados pelo Código de Processo Penal e pela Constituição Federal de 1988.

Afirmar que, consequências surgiram dessa dicotomia de sistemas não seria algo equivocado, visto que dentre essas, uma em especial seria a da inquisitorialidade, que em conjunto ao sistema inquisitorial e seus preceitos, acaba por não fazer a separação dos poderes (de acusar e julgar), ficando o Juiz com a somatória dessas funções, a falta de imparcialidade que se é exigida do mesmo e a produção de provas como se parte fosse, gerando assim, insegurança jurídica e corrupção ao que preceitua o devido processo.

Ademais, a busca pela verdade tornou-se um exímio argumento precursor de arbitrariedades cometidas por aqueles que são responsáveis pela percussão penal (com ênfase na figura do Juiz), assim como a da iniciativa probatória entregue ao magistrado, incita da tradição inquisitória. Para Khaled Jr (2015), há a necessidade de incriminar a pretensão pela busca da verdade, pois a verdade absoluta não pode ser atingida pelo magistrado, visto que seu desempenho tem que ser complementar a produção probatória e não buscar implacavelmente pela verdade. Para o autor não se trata de eliminar a verdade, mas de adequá-la ao seu devido espaço, no âmbito do processo penal.

Assim, deve-se renunciar a máxima inquisitiva e buscar o expurgo dos dispositivos em contrariedade com a Carta Magna e com seu sistema acusatório, e em desfavor por exemplo, do art. 156, I do código de processo penal.

3.1 Sistema Processual Penal Inquisitório

O sistema inquisitório se individualiza pela gestão/iniciativa probatória nas mãos do Juiz, desapego ao contraditório e desigualdades de armas e oportunidades, haja vista que, o próprio código de processo penal apresenta características autoritárias, fascistas, policiaescas e inquisitivas onde o modelo de sistema processual mais condizente e adequado seria o sistema inquisitivo. Khaled Jr (2015) corrobora ensinando que “o Juiz inquisidor acabava atuando como parte, investigador, fazia a direção e além de acusar, também julgava” (KHALED JR 2015, p. 350). O magistrado convidava o acusado para trazer à tona a verdade sob pena de coação. Acentuada era a característica persecutória do sistema, com extremo silêncio e ausência de averiguação de inocência diante da sentença que eximia o réu, mas um singelo reconhecimento de insuficiência de provas para a condenação deste.

Segundo Manoel Pereira (2011):

No sistema inquisitório, por ter uma finalidade utilitarista antigarantista, o julgador interfere na produção do contraditório, ao levantar provas, por exemplo, que venham a ratificar a afirmação existente na acusação. Passam as partes, portanto, a constituírem-se em meros coadjuvantes, menosprezando as atribuições institucionais do próprio Ministério Público, de acordo com nossa ordem constitucional (1988). A verdade passa a ser determinada unilateralmente e não extraída da relação dialética processual. A fábula da verdade real impera nesse sistema”. (PEREIRA, 2011, p. 124).

É inegável a nítida intervenção do julgador na produção probatória, tendo as partes como mero objeto da relação processual. Deste modo, não existe contraditório, porque o magistrado ao mesmo tempo tem a função de acusar e de julgar, estando, portanto, em plena desconformidade com a constituição atual.

Já é sabido que o código de processo penal é representante do sistema inquisitivo, onde não seria uma surpresa o artigo 156, do mesmo código ser de uma matriz inquisitória aliada ao fato de que dentro desse sistema, há ausência da separação dos poderes de acusar e julgar, a inexistência do contraditório pleno, da desigualdade de armas e oportunidades, da figura da imparcialidade do Juiz e a violação do princípio “*ne procedat iudex ex officio*”, pois o Juiz pode atuar de ofício na produção da prova

3.2 Sistema Processual Penal Acusatório

O sistema acusatório diferenciava-se pela nítida separação entre a acusação e o julgador, onde há a gestão/iniciativa probatória nas mãos das partes e com bases nas provas auferidas no decorrer do processo o juiz fará seu livre convencimento.

A própria Carta magna atual assegura ao Ministério Público o poder de acusar, deixando evidente a separação dos poderes. Com efeito, esse sistema tem como característica principal a imparcialidade do Juiz, restando, portanto, o poder de julgar.

Em comento, Aury Lopes Jr (2017), mais uma vez corrobora e nos ensina que a atitude do Juiz dentro da estrutura do sistema acusatório está conectada ao afastamento da iniciativa probatória, pois resta assegurar sua imparcialidade como julgador e as garantias fundamentais conforme a luz da Constituição.

Por sua vez, a gestão da prova é a questão principal que norteia o processo penal, visto que, o próprio código de processo penal afeta o sistema acusatório, pois é cristalina a possibilidade do julgador requisitar provas/elementos para o seu convencimento, haja vista que acaba o próprio ideal do sistema, ferindo também a Constituição Federal, pois temos que está em conformidade com a mesma.

3.3 Sistema Processual Penal Misto e sua ineficiência

O sistema misto seria a formação entre o sistema acusatório e o inquisitório e em relação ao sistema processual com classificação no Brasil, diga-se de passagem, é o adotado por boa parte da doutrina, no qual se faz inquisitório na primeira fase (inquérito) e acusatório na fase processual.

Jacinto Coutinho (2009) explica que “não há um sistema misto, pois são apoiados por um princípio unificador, ou seja, e de acordo com o autor, o sistema é sempre puro” (COUTINHO, 2009, p. 107). Dessa forma, para ser um sistema misto, tem que haver a junção do sistema acusatório e o inquisitório. À vista disso, o autor ressalta que, é necessária a separação do sistema, pois cada um tem a sua essência, ou melhor, suas características que os fazem ser distintos para não partir a estrutura de cada sistema.

No Brasil, vigoraria, segundo o senso comum teórico, o sistema misto, haja vista que, na fase do inquérito policial o que predomina é o sistema inquisitório, pois não há ampla defesa ou contraditório. Em contrapartida, na fase processual é cristalino observar o sistema acusatório, pois o indivíduo que está sendo acusado não é mais só um objeto, passando a ter direitos constitucionais ao seu dispor.

No tocante ao Sistema Misto e de acordo com Aury Lopes Jr (2019) em relação ao fato de o processo penal brasileiro ser classificado por boa parte da doutrina como Sistema Misto, tal classificação não deveria prosperar. Isso porque ao se trabalhar com um sistema e classificá-lo como “misto” mostra que não há muito o que se falar sobre o mesmo, levando-se em consideração que todos são. Portanto, não existe um sistema puro, pois todos têm resquício inquisitivo ou acusatório.

Portanto, a chave certa do cadeado é a verificação do núcleo, o princípio norteador e fundante, sendo que o artigo 156 do CPP representa a acolhida pelo legislador infraconstitucional do princípio unificador inquisitivo, ao atribuir a gestão da prova ao juiz. Desse modo, nosso sistema processual, à luz do CPP, é inquisitorial.

3.4 A política da gestão das provas nas mãos do Juiz

Pensar no processo como se este ofertasse segurança é incorrer em tamanha ilusão. Tal afirmação já foi exposta em momentos anteriores, o que sugere a conclusão da existência de uma situação jurídica e que os sujeitos vivem inseridos em uma “epistemologia da incerteza” remetendo à um jogo.

À vista disso, o processo pode ser pensado como um jogo, pelo fato de que o vencedor nem sempre é o mais forte, mas sim aquele mais habilidoso e que melhor aproveitar as chances processuais que brotam ao longo do processo para posterior liberação da carga probatória. De fato, o ônus de provar são das partes e não do Juiz, este não está em todos os lugares e nem mesmo é onipresente, devendo as partes fazerem uma reconstrução do ocorrido e buscar a captura psíquica do Juiz.

O grande problema, é que muitos juízes ainda padecem da doença da “verdade real”, onde ele não se contenta com as provas produzidas pelas partes ao longo do processo e ele mesmo Juiz, vai atrás das provas, de ofício, para a sua satisfação doentia de verdade, comprometendo assim sua imparcialidade, contraditório, ampla defesa, assim como as demais premissas que devem ser seguidas, o devido processo e vem por deixar claro, a nítida configuração do sistema inquisitório que tem a gestão/iniciativa probatória nas mãos do magistrado, onde é isso que preceitua o art. 156, I do código de processo penal, a gestão da prova nas mãos do Juiz.

Sendo assim, à luz do sistema acusatório, é importante salientar que, o magistrado deve manter uma equidistância, ou seja, se manter alheio em relação à gestão da atividade probatória, sendo esta incumbência das partes. Essa limitação no que diz respeito à proatividade do Juiz se dá em prol de uma medida de segurança e proteção da sua imparcialidade, esperando como resultado, uma prolação judicial justa.

3.5 Juízes-inquisidores e o quadro mental paranoico

O Juiz encarna o próprio Estado, e por tanto, faz jus a expressão “Estado Juiz”, porém, isso não significa dizer que ele é única e tão somente um representante do Estado, mas sim um órgão do mesmo, onde se espera de sua pessoa a imparcialidade (subjéctiva e objectiva), decoro, ética, respeito as partes e ao devido processo,

contraditório, ampla defesa, responsabilidade, denodo, bem como, o comprometimento social, os direitos e os valores fundamentais.

Nas lições de Aury Lopes Jr. (2019):

“Tudo está ligado em torno do triângulo composto por sistema acusatório, contraditório e imparcialidade, por que a imparcialidade é garantida pelo sistema acusatório não havendo e sendo sacrificada no sistema inquisitório, de tal maneira, que só haverá condições reais de possibilidade da imparcialidade quando existir, não somente a separação dos poderes de acusar e julgar, mas também, de uma equidistância, afastamento do Juiz da atividade investigatória/instrutória”. Logo, fazer sinapse/pensar no sistema acusatório desligado do princípio da imparcialidade e do contraditório é mergulhar em extremo reducionismo” (LOPES JR, 2019, p. 45).

De fato, o sistema inquisitório almeja uma busca desenfreada de uma impossível e inexistente verdade real. Além do sacrifício do contraditório, ampla defesa, a questão de atribuir poderes instrutórios ao magistrado em qualquer fase e da gestão das provas em suas mãos, como define Cordeiro (1986) o *primato dell'ipotesis sui fatti*, que acaba por gerar o *quadri mentali paranodi* (CORDERO, 1986, p. 51).

Em outras palavras, o Juiz levado por suas sinapses e estado inconsciente, primeiro decide e depois sai na captura das provas que dão voz a seu juízo de valor anteriormente adotado, demonstrando quadros mentais paranoicos e a busca incessante pela verdade que ele acredita existir, o que inegavelmente compromete a sua imparcialidade..

4. AUTORITARISMO E A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 156, I DO CPP/41

O processo é o instrumento de proteção do direito perante as garantias fundamentais, especialmente no paradigma democrático em curso, já que a atual e vigente Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo o respectivo Estado Democrático de Direito, o que provocou mudanças significativas diante das constituições passadas.

É de tamanha lucidez que, nem sempre a sociedade viveu sob a égide de direitos e garantias fundamentais, ao passo que as constituições anteriores, e em especial a de 1937, marcada pelo seu regime autoritarista e de extrema concentração de poder, marcaram e deixaram marcas que se perfazem até os dias de hoje, com

estreita influência sob o código de processo penal confeccionado na ditadura de Vargas e nitidamente inspirado no código de processo italiano.

Inegavelmente, ainda que, com a vigência da Carta magna e dos Tratados internacionais de direitos humanos, a vigência segue sob a égide de um código de processo penal de matriz autoritária, policialesca, inquisitivo, fascista e com a vigência e a aplicação de artigos inconstitucionais, que, a exemplo, destaca-se o art. 156, I código de processo penal, que acaba por fragilizar o ordenamento jurídico brasileiro, gerando uma insegurança jurídica e uma conseqüente crise das fontes.

Com o autoritarismo ainda presente no código de processo penal e em seus artigos, a comunidade jurídica segue influenciada por ideias de perseguição, justiça a qualquer custo, imparcialidade e abuso de autoridade, resultando, assim, em condenações arbitrárias, injustas e sem o menor fundamento, ferindo os direitos e garantias daqueles que estão sendo acusados e indo em desencontro com a Constituição, com seu Estado democrático e com aquilo que preceitua o devido processo legal.

Com análise do artigo 156, I do código de processo penal, é cristalina sua inconstitucionalidade, vista a atuação do Juiz de forma inquisitória, o choque com o que preceitua o princípio da imparcialidade e conseqüente violação do devido processo legal, gerando assim insegurança jurídica com sua vigência e aplicação, mesmo por que o Juiz tem a iniciativa/gestão das provas não mãos, sendo ele propriamente Juiz e não parte. O Juiz acaba por não se contentar com as provas colhidas no processo e vai, por competência própria, atrás de mais provas e em busca da respectiva "verdade real".

Por fim, o código de processo penal, na sua exposição de motivos, dispõe que o Estado deve enrijecer a sua força repressiva contra aqueles que deliram, porque entende que ele tem muitos direitos e isso causava a demora na repressão e isso gerava impunidade, o que era estímulo para o aumento da violência. Porém, o Estado tem que combater a violência com racionalidade, seguir os parâmetros do devido processo legal para poder chegar a uma punição justa e é essa a visão da Constituição e, conseqüentemente, dos Tratados.

4.1 O autoritarismo e as vielas de um código superado

Para antes de se estudar a atualidade e seus impactos no mundo afora e no seio da sociedade, é necessário compreender um pouco do passado e seus desdobramentos históricos para se chegar ao fato gerador dessa dita atualidade. Ao que se sabe, a primeira legislação codificada de que se tenha notícia foi o respectivo Código de Processo Criminal de Primeira Instância, datado do ano de 1832.

O grande marco e de estreita importância para o Processo Penal Brasileiro foi em meados do século XX. No ano de 1941, o presente código foi editado, com a ousadia de se concluir que, tal circunstância se constitui como uma cópia inquisitiva do Código Rocco Italiano datada de 1930, com vigência sob a ditadura fascista de Mussolini. Ademais, o código de processo penal foi confeccionado na Ditadura de Vargas e nitidamente inspirado no código de processo italiano, que apresentava uma postura fascista, policialesca e de iminente autoridade.

Em 1941, o Brasil vivia sob a égide do pleno Estado Novo, ou seja, e, em outras palavras, sob o regime de submissão à Ditadura de Vargas que teve seu início no ano de 1937. Antes do advento da Constituição Federal de 1988, vigorou no Brasil a Constituição de 1937, que deixou marcas devido ao seu regime autoritarista e de extrema concentração de poder, que veio, diretamente ou indiretamente, influenciar com suas atribuições, o código de processo penal.

Em meados do ano de 1941, em meio ao caos e deveras restrições de liberdades individuais, surgia-se então o código de processo penal, trazendo consigo um regime autoritário. Inegavelmente, diante de suas bases iniciais de formação e inspiração, qual seja a da constituição italiana, com seu caráter autoritário, inquisidor, fascista e policialesco e sob o regime da Ditadura Vargas e do advento do Estado Novo, o resultado não poderia ser outro: “Um código contaminado pelo ranço do autoritarismo”.

O código de processo penal, por ser uma norma de extrema importância para a aplicação da proteção e do resguardo dos direitos individuais e fundamentais, acaba por ser um não processo democrático conjugado por aqueles que a sociedade elege, mas do caráter autoritário de um dito cujo ditador, sendo de extrema preocupação que o mesmo esteja em vigor e sendo aplicado sem chamar a atenção e causar inquietações ao senso crítico de parte da sociedade jurídica brasileira.

A legislação processual penal brasileira autoritária, por sua vez, arrasta-se por incríveis mais de 70 anos. Os ranços autoritários-inquisitórios ainda são presentes no ordenamento jurídico brasileiro, destacando que não somente no âmbito legal, mas, precisamente, através de sua cultura inquisitória que está impregnada no DNA das respectivas práticas jurídicas brasileiras.

Dessa forma, o processo penal acaba por ser um típico Estado autoritário, no qual, em razão de suas raízes de formação histórica e nuclear, enrijece-o desse autoritarismo, sendo esse código de 1941 já superado e defasado em relação ao que a Carta Magna de 1988 preceitua com o seu Estado Democrático e ainda dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, com destaque ao Pacto de São José da Costa Rica, que é da década de 90, do qual o Brasil é signatário.

Por fim, diante da jogada desse autoritarismo presente no Código de Processo Penal, observa-se que várias gerações de juristas, sejam Juízes, Defensores, Ministério Público e Advogados aprenderam e beberam da mesma fonte dos moldes do processo penal autoritarista, levando em frente o que ele preceitua e repassando para as novas gerações, demonstrando que as ditaduras deixam marcas que se perfazem por um largo espaço de tempo.

4.2 As faces inquisitórias e inconstitucionais do art. 156, I do CPP/41

A lei 11.690/08 (BRASIL, 2008), foi a responsável por várias alterações do código de processo penal, dentre elas a do artigo 156, do mencionado código. A nova redação do artigo permite que ao Juiz, de ofício e antes de iniciada a ação penal, ordene pela produção antecipada de provas. Tal lei impactou com suas alterações e abriu questionamentos, especialmente quanto ao fato desta ser recente, bem como, em relação ao artigo 156, do mencionado código no viés da sua constitucionalidade e com o que preceitua a atual Constituição e as regras do devido processo legal.

O artigo 156, I do código de processo penal é inconstitucional e demonstra a face da inquisitorialidade, o ideal fascista, policialesco, autoritário, perseguidor, presente no código de processo penal que acaba por gerar uma crise das fontes e um choque com o Estado democrático de direito, fazendo jus a retirada não só desse artigo (visto a existência de vários outros que acabam por comprometer o devido processo), mas também, uma necessidade de um novo Código de Processo Penal, que esteja de acordo com a Constituição Federal de 1988, alicerçado no Estado Democrático de Direito.

Para Aury Lopes Jr (2019), o mencionado artigo 156 do código de processo penal tem como fundamento o sistema inquisitorial, haja vista que afeta vários princípios basilares da carta magna atual, visto que o magistrado tem a prerrogativa de conduzir o curso da instrução, ou mesmo antes de ser proferida a sentença fazer diligências sobre algo que ache relevante. Nesse sentido, o papel do magistrado está ultrapassando os limites, pois o que se questiona não está relacionado as suas decisões e sim o privilégio que o mesmo obtém de produzir prova e julgar aquilo que colheu, ferindo o devido processo legal e os demais princípios.

Existe uma grande diferença entre acusar e instruir, sendo que no primeiro, o sujeito está atrelado aos fatos tendo, portanto, uma maior facilidade de construir seus argumentos para contrapor em juízo. Já a instrução está relacionada mais com o reexame dos fatos ou documentos apresentados, para que, o magistrado analise. Portanto, não há como uma única pessoa reunir essas duas características sem violar ou prejudicar as pessoas que de fato, estão sendo acusadas e a própria constituição.

De acordo com Rangel (2011):

Ora, como imaginar um juiz isento que colhe a prova no inquérito, mas não a leva em consideração na hora de dar a sentença? A reforma pensa que o juiz é um ser não humano. Um extraterrestre que desce de seu planeta, colhe a prova, preside o processo, julga e volta a sua galáxia, totalmente imparcial. A reforma, nesse caso, adota o princípio inquisitivo, colocando o juiz no centro da colheita de prova em total afronta a constituição federal, que adota o sistema acusatório-art. 129, I, CR. (RANGEL, 2011, p. 87).

Nesse sentido, o magistrado tem que ser imparcial, restando, portando, somente o poder de instruir o processo e ao final decidir o litígio, visto que o Juiz como um ser humano que é, quando tem a prerrogativa de produzir as provas acaba por não ser imparcial e por fim, afronta a Constituição federal que atualmente adota o sistema acusatório.

Com o que disciplina o art. 156 do código de processo penal, e com destaque do seu inciso I e com base na "verdade real" (sendo esta mera falácia, pois não existe verdade real no processo penal), o Juiz de ofício, determina durante o inquérito policial, a produção antecipada das provas, perfazendo um resquício de inquisitorialidade e incompatível com o sistema acusatório. Nesta toada, com o procedimento de ofício de atuar com a colheita de provas em situação anterior à instauração do processo penal, o magistrado acaba por elaborar indiscutível hipótese acusatória antes do órgão acusador fazê-lo, lembrando e deixando cristalino a questão de não haver a separação dos poderes de acusar e julgar, configurando mais uma vez, a contaminação da sua imparcialidade, que tanto o artigo 156 como seu inciso I são contrários ao sistema acusatório e a Constituição Federal de 1988.

Por fim, e em análise do art. 156, I do código de processo penal, este incorre em grave dissonância com o sistema adotado pela Constituição Federal de 1988, bem como com a própria Constituição e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. A verdade que se é buscada nas entranhas de um processo penal garantista, deve ser uma verdade que seja processual e formal, visando assim limitar a atividade do magistrado no campo das provas e assim evitar a perda da sua imparcialidade.

5. CONCLUSÃO

Discutir sobre a história, formação, elementos autoritários e artigos inconstitucionais que repousam sobre o código de processo penal e seus impactos frente a uma constituição de viés democrático remete total atenção dentro do mundo jurídico, especialmente pelos operadores do direito e pela tomada de providências por parte do Estado. Através do que preceitua o princípio da supremacia

da constituição e pela pirâmide kelsiniana, uma lei ordinária assim como as demais normas infraconstitucionais devem estar abaixo da Constituição Federal, só que mesmo diante desses precedentes, o código de processo penal enquanto lei ordinária se abstem de seguir a lógica hierárquica e se aplica em dissonância em relação à norma maior.

Com sua concepção de ideal punitivo e autoritário, o código de processo penal remete a tomada de decisões autoritárias e não democráticas o que acaba gerando uma situação conflituosa com a norma maior, influenciando e deixando impunes, aqueles que pela lei e pelo Estado democrático de direito, deveriam velar por uma justiça justa, democrática e imparcial, onde essa aplicação com desconformidade faz surgir a necessidade de uma filtragem de viés constitucional e convencional.

Com a análise do art. 156, I do mencionado código, fica nítida a inquisitorialidade, a acumulação das funções de acusar e julgar nas mãos do magistrado, bem como, da iniciativa e gestão probatória em seu poder, o que acaba comprometendo não só o devido processo, como na sua imparcialidade, refletindo diretamente nas partes que compõe essa relação, assim como na decisão final do Juiz que pela busca incessante da verdade real, ao final, deverá julgar, fazendo jus ao um processo não democrático e sem paridade de armas e oportunidades.

Por fim, foi constatado através do estudo do autoritarismo e da análise da inconstitucionalidade do art. 156, I do código de processo penal, que este código necessita de uma estrutura nova, dada sua matriz superada, assim como conformidade ao sistema acusatório adotado pela Constituição Federal e seu Estado democrático de direito, já que o sistema empregado ao processo penal é o sistema inquisitório, bem como, atenção e retirada da vigência do art. 156, I, visando a garantia da separação das funções de acusar e julgar, limitando assim, os poderes dos Juízes, a gestão das provas nas mãos das partes que deveram, através, das chances processuais que brotam ao longo do processo, buscar o convencimento do magistrado, fazendo jus a um processo justo e um código garantidor e democrático.

6. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Amanda Expósito Tenório de. **A gestão da prova na reforma do código de processo penal**. Brasília-DF: Conteúdo Jurídico, 2017.

Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50352/a-gestao-da-prova-na-reforma-do-processo-penal>> Acesso em: 13 de abr. 2020.

BALBINO, Edilene Dias Virmieiro. **Sistemas processuais e gestão das provas**. Âmbito jurídico, 2018.

Disponível em: < <http://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-169/sistemas-processuais-e-gestao-das-provas/>> Acesso em: 10 de abr. 2020.

BARTEL, Denise Bartoloni. **Evolução constitucional no Brasil.**

Disponível em: <<https://phmp.com.br/artigos/evolucao-constitucional-do-brasil>> Acesso em 18 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.**

Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-norma-actualizada-pe.html>> Acesso em: 14 dez. 2019.

BRASIL. **Lei 11.690 de 9 de junho de 2008.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências.

BÜLOW, **Oskar Von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales.** Buenos Aires: EJE, 1964.

CABRAL, Thiago. **As raízes do autoritarismo no código de processo penal.**

Disponível em: < <http://canalcienciascriminais.com.br/autoritarismo-codigo-de-processo-penal-de-1941/>. > Acesso em: 22 dez. 2019.

CASTRO, Ana Paula Soares de. **O princípio do devido processo legal e a instrumentalidade do processo.** Âmbito Jurídico, 2009.

Disponível em: <<http://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-principio-do-devido-processo-legal-e-a-instrumentalidade-do-processo/>> Acesso em: 15 de mar. 2020.

CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale.** Torino, UTET, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo Juiz no processo penal.** São Paulo: 2015.

Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>> Acesso em: 28 dez. 2019.

CYSNE, Diogo. **Constituição de 1988**.

Disponível em: <<https://www.infoescola.com/direito/constituicao-de-1988/>> Acesso em: 29 dez. 2019.

FERNANDA, Laisla Zeni. **A Supremacia da Constituição e o controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/612/A-Supremacia-da-Constituicao-e-o-Controle-de-Constitucionalidade>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Generales del Proceso: Teoria General del Proceso**. 2. Ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, S.A. 1961.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Livraria Martins Fontes Editora. São Paulo: 1991.

KHALED JR.; Salah H. **A ambição de verdade e a permanência do autoritarismo processual penal**. Rio de Janeiro: R.EMEJR, v. 18, n. 67, p. 340-355, jan/fev. 2015.

KHALED JR., Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro acusatório, misto ou inquisitório?** Civitas – Revistas de Ciências Sociais, vol. 10, núm. 2, maio-agosto, 2010, pp. 293-308.

KOSAK, Ana Paula. **O processo como instrumento de efetivação das garantias individuais**. Canal Ciências Criminais, 2017.

Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/processo-garantias-individuais/>> Acesso em: 10 de mar. 2020.

LEONEL, Juliano; FELIX, Yuri. **Tribunal do júri: aspectos processuais** / Juliano de Oliveira Leonel, Yuri Felix. Florianópolis: 2ª impressão. Empório Modara, 2017.

LIMA, Daniel. **A utópica e falaciosa busca da verdade real no processo penal**. Canal Ciências Criminais, 2017.

Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/verdade-real-processo-penal/>> Acesso em: 09 maio. 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR., Aury ; MORAIS DA, Alexandre. **Limite penal busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. Conjur, 2014.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/busca-verdade-processo-penal-alem-ambicao-inquisitorial>> Acesso em 19 de abr. 2020

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo. Saraiva. 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo. Saraiva. 2014.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. ver. Ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

NUNES, Marco Aurélio da Silveira. **A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do código de processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: R.EMEJR, v. 18, n. 67, p. 264-275, jan/fev. 2015.

PEREIRA, Ronisie Franco. **Da inconstitucionalidade da nova redação do art. 156, I do CPP**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4820/Da-inconstitucionalidade-da-nova-redacao-do-art-156-I-do-CPP>> Acesso em: 15 jan. 2020.

PEREIRA, Manoel Messias Dias. **Direito Processual Penal e Direito Constitucional – uma abordagem dialética**. Cuiabá: Ligraf. 2011.

PIAZZA, Valmor Júnior Cella. **A natureza jurídica do processo: relação jurídica, situação jurídica e navegação na epistemologia da incerteza**. Revista da Esmec, v. 18, n. 24, 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais - controle de convencionalidade dos tratados internacionais**. Conjur, 2015.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais>> Acesso em: 18 de abr. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Renata couto. **Uma análise crítica do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal à luz do sistema acusatório constitucional**.

Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46524/uma-analise-critica-do-artigo-156-inciso-i-do-codigo-de-processo-penal-a-luz-do-sistema-acusatorio-constitucional>> Acesso em: 20 jan. 2020.

TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. **Gestão da prova: o ponto nevrálgico do processo penal - por Paulo Silas Taporosky Filho**. São Paulo: Empório do Direito, 2017.

Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/gestao-da-prova-o-ponto-nevralgico-do-processo-penal-por-paulo-silas-taporosky-filho>> Acesso em: 20 de mar. 2020.

TUPINAMBÁ, Renata Moura. **Os pilares do código de processo penal de 1941 e sua incompatibilidade com a constituição federal de 1988**. Brasília-DF: Conteúdo Jurídico, 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51088/os-pilares-do-codigo-de-processo-penal-de-1941-e-sua-incompatibilidade-com-a-constituicao-federal-de-1988>> Acesso em: 16 fev. 2019.

YAROCHEWKY, Leonardo Isaac. **O que esperar de um Juiz?**. São Paulo: Justificando 2018. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/01/23/o-que-esperar-de-um-juiz/>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ZAPATER, Maíra. **O código de processo penal de 1941: tudo o que você disser poderá ser usado contra você**. São Paulo: Justificando 2016.

Disponível em: <<http://www.justificando.com/2016/06/17/o-codigo-de-processo-penal-de-1941-tudo-o-que-voce-disser-podera-ser-usado-contra-voce/>>. Acesso em: 22 fev. 2020.

NOTAS:

[1] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

[2] Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS.

O DESENVOLVIMENTO DA CRÍTICA CRIMINOLÓGICA

CÉSAR AUGUSTO FERREIRA SÃO JOSÉ:

Especialista em Ciências Criminais pelo Centro Universitário UniFG (2018-2020). Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2017). Membro do Grupo de Pesquisa Processo Penal e Democracia, sob coordenação do Prof. Dr. Elmir Duclerc Ramalho Jr. Ex-membro do Núcleo de Assistência do Serviço de Apoio Jurídico da UFBa (Junho de 2016 - Outubro de 2017). Advogado Criminalista.

RESUMO: O presente artigo pretende abordar o necessário olhar crítico fornecido pela Criminologia para uma compreensão realista do sistema penal, a partir de uma revisão bibliográfica que, sem pretensões de esgotar o tema, exponha o seu desenvolvimento e principais conceitos de maneira didática. Parte-se da hipótese de superação do paradigma etiológico para que, com isso, seja viabilizada uma prática redutora da violência operativa do nosso sistema penal.

PALAVRAS-CHAVE: criminologia tradicional, paradigma etiológico, etiquetamento, criminologia crítica, criminalização.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A mudança de paradigma. 3. Principais conceitos: agências, criminalização (primária e secundária), seletividade e vulnerabilidade. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A mudança do paradigma etiológico para o paradigma da reação social com a criminologia crítica criou condições para a crítica e denúncia do próprio sistema penal como instrumento de dominação de caráter seletivo.

O objetivo do presente trabalho é abordar o necessário olhar crítico fornecido pela Criminologia para uma compreensão realista do sistema penal, a partir de uma revisão bibliográfica que, sem pretensões de esgotar o tema, exponha o seu desenvolvimento de maneira didática.

Neste ponto, serão analisadas, como ponto de partida, as denúncias feitas pela criminologia crítica à criminologia tradicional, a partir do câmbio paradigmático realizado com a teoria do etiquetamento, e à luz da crise de legitimidade do sistema penal, nos termos propostos por Eugenio Raúl Zaffaroni.

2. A MUDANÇA DE PARADIGMA

Denomina-se criminologia tradicional aquela estabelecida sob o paradigma etiológico, em que se buscava a autonomia científica da criminologia segundo os pressupostos epistemológicos do positivismo. A Sociologia Criminal de Enrico Ferri e a Antropologia Criminal de Cesare Lombroso são seus principais expoentes (ANDRADE, 1995). Com este último, desde a sua fundação, a Criminologia de origem italiana tinha como preocupação principal a identificação das causas do crime – fossem elas biológicas, psicológicas ou sociais – a partir de uma concepção ontológica de criminalidade (DUCLERC, 2016). De Ferri, por sua vez, decorre a tese que “ser criminoso constitui uma propriedade da pessoa que a distingue por completo dos indivíduos normais”, apresentando o criminoso os estigmas determinantes da criminalidade (ANDRADE, 1995).

Esta Escola Positiva, na denominação de Baratta (2002, p. 38), numa tentativa de explicação patológica do delito, procurava compreendê-lo em suas causas “na totalidade biológica e psicológica do indivíduo, e na totalidade social que determina a vida do indivíduo”. A criminologia tradicional e sua explicação causal para a criminalidade na anomalia dos autores de comportamentos criminalizados foram alvo de críticas contundentes pelo paradigma criminológico do *labeling approach*, sob a premissa de ser o comportamento desviante aquele rotulado – ou melhor, etiquetado – de tal modo (BARATTA, 2002).

Chama a atenção o desenvolvimento das correntes sociológicas como uma alternativa ao modelo etiológico, ainda que não o tenham efetivamente superado, mas com ele coexistido. Seu surgimento foi possibilitado pelos estudos de Durkheim, que chegou à conclusão de ser o crime um fenômeno normal em qualquer estrutura social (CARVALHO, 2015). Fruto da Sociologia Criminal norte-americana (ANDRADE, 1995), o giro para o paradigma do *labeling approach* ou do etiquetamento é responsável pelo deslocamento da indagação (explicação) causal para o que Carvalho (2015, p. 72) aponta como a “avaliação dos processos de criminalização e do funcionamento das agências de punitividade”.

A principal distinção originada desse paradigma em relação à criminologia tradicional consiste na consciência crítica que esta nova concepção traz consigo (BARATTA, 2002). Passa a vigorar a ideia de que nenhuma conduta é em si mesma criminosa, nem mesmo o autor dessa conduta é em si criminoso por conta de sua personalidade ou por influência do meio. A criminalidade se revela, principalmente, como um *status*, que é atribuído a certos indivíduos mediante um duplo processo de definição legal do crime e seleção estigmatizante do seu autor (ANDRADE, 1995). Para Baratta (2002, p. 161), tal revelação se dá mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, dos bens protegidos penalmente e dos comportamentos que os

ofendam; e em segundo lugar, dos indivíduos estigmatizados entre todos aqueles ofendam esses bens com o seu comportamento.

É nesse contexto de quebra de paradigma que se difundiu a criminologia da reação social na América Latina e a sua conseqüente denúncia da falsidade do discurso jurídico-penal, tendo esta alcançado maior evidência na região em razão da notória violência operativa de seus sistemas penais marginais (ZAFFARONI, 2001).

Convém explicitar que a ideia de uma marginalidade latino-americana, como expressão de sua localização periférica em relação ao poder central, é compreendida pelo chamado paradigma da dependência (econômica), em oposição ao paradigma do desenvolvimento, de matriz spenceriana para o qual o capitalismo “estenderia o progresso às regiões marginais do planeta” (ZAFFARONI, 2001, p. 64) – neste caso, a América Latina. Tal paradigma da dependência revela a diferença entre os fenômenos dos países de centro e os dos países marginais e é tomado como marco para a compreensão do controle social punitivo latino-americano como produto da assimilação destes às revoluções mercantil, industrial e (atualmente) tecnocientífica de protagonismo central. O genocídio conseqüente deste processo de assimilação, em curso desde a destruição das culturas originárias do continente e a escravização de africanos para ele transportados, implica o exercício de poder dos sistemas penais marginais (ZAFFARONI, 2001). Assim:

A transculturação neocolonialista, própria da característica modernizadora incorporativa da civilização industrial, trouxe o discurso jurídico-penal para a periferia onde, até hoje, os mesmos discursos legitimantes são utilizados, apesar do diversificado exercício de poder dos sistemas penais marginais (ZAFFARONI, 2001, p. 182).

De modo distinto ao que ocorreu nos países centrais – onde o discurso jurídico-penal encontrou sustentação por mais tempo à revelia da crítica criminológica – o pensamento latino-americano, diante do quadro de violência generalizada nos sistemas penais da América Latina, denunciou a falsidade da justificação nesse discurso pelo reconhecimento da perda de legitimidade do sistema penal (ZAFFARONI, 2001). A partir desse reconhecimento, a tarefa que se impõe é a retirada do “discurso de justificação da base de qualquer construção dogmática e sustenta-la também sobre dados da realidade” para que o discurso jurídico-penal se reduza à “construção pautadora de decisões da agência judicial fundamentada em dados da realidade” (ZAFFARONI, 2001, p. 186).

3. PRINCIPAIS CONCEITOS: AGÊNCIAS, CRIMINALIZAÇÃO (PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA), SELETIVIDADE E VULNERABILIDADE

A mudança do paradigma etiológico para o paradigma da reação social com a criminologia crítica criou condições “para a crítica e denúncia do próprio sistema penal como instrumento de dominação” (DUCLERC, 2016, p. 22) de caráter seletivo, que tem como alvo um reduzido grupo de pessoas a serem submetidas a uma pena. De acordo com Zaffaroni e Batista (2003, p. 43), “esta seleção penalizante se chama criminalização e não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto de agências que formam o chamado sistema penal”.

Com efeito, as agências são os entes gestores da criminalização, denominados assim em sentido amplo e de maneira – na medida do possível – neutra. As agências não operam coordenadamente, mas sim por compartimentos estanques e são regidas por relações de concorrência entre si e dentro de suas próprias estruturas. Em um sistema penal podem ser consideradas as seguintes agências: políticas, judiciais, policiais, penitenciárias, de comunicação social de reprodução ideológica e internacionais (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003).

O fenômeno da criminalização gerido pelas referidas agências se dá em duas etapas denominadas criminalização primária e secundária. A primeira delas se dá na elaboração da lei penal com a tipificação da conduta criminalizada. Trata-se da “programação geral e abstrata, elaborada pelas agências políticas, das ações que podem vir a ser punidas (legislação penal)” (DUCLERC, 2016, p. 22). A “criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas” (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 43).

Por ser um ato programático, a criminalização primária é exercida pelas agências políticas (legislativas ou executivas), mas cumprida por outras agências diversas: as agências de criminalização secundária (policiais ou judiciais). A criminalização secundária é ação punitiva exercida sobre pessoas concretas (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003). Esta ocorre no momento em que as agências policiais detectam – ou melhor, selecionam – uma pessoa que pode ter praticado alguma das condutas previstas no programa de criminalização primária para ser submetida às agências judiciais, que, por sua vez, legitimam a atuação policial e admitem um processo para que, se for o caso, seja imposta uma pena a ser executada pelas agências penitenciárias (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003).

A criminalização primária, no entanto, consiste em um programa irrealizável. Nunca, em lugar algum, pretendeu-se por tal programa em prática em sua totalidade ou em parcela considerável. Isso se dá por conta da disparidade entre os inúmeros conflitos criminalizados que acontecem de fato numa sociedade e os pouquíssimos que chegam ao crivo das agências de criminalização secundária, de recursos limitados para arcarem com todo esse programa. Diante do contexto apresentado, restam às agências de criminalização secundária, em especial as policiais, duas

opções: a inatividade ou a seleção. Por instinto de sobrevivência, opta-se pela seletividade neste exercício de criminalização – o caminho mais simples – já que a opção pela inatividade fatalmente acarretaria o desaparecimento dessas agências (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003).

O principal critério seletivo da criminalização secundária se dá conforme o estereótipo criado pela vulnerabilidade dos selecionados, em geral pessoas sem acesso positivo ao poder político e econômico ou à comunicação de massa que praticam atos grosseiros, toscos, e de fácil detecção pelas agências do sistema penal, cujo funcionamento se condiciona por completo a esse critério (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003).

A seletividade na criminalização secundária é inevitável e opera somente sobre aqueles com poucas possibilidades de defesa perante o poder punitivo. Tornam-se, portanto, vulneráveis primordialmente (mas não somente) por terem suas características pessoais tomadas como o estereótipo de criminoso criado em grande parte pelas agências de comunicação, que reforçam os preconceitos de raça e de classe. O estereótipo ganha destaque na obra tosca da criminalidade, amplamente anunciada pelas agências de comunicação como os únicos delitos, e que se reforça pela etiquetagem no momento em que essas pessoas assumem para si o papel correspondente ao estereótipo no qual se enquadram (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003). Sobre o papel da etiquetagem, Duclerc (2016, p. 23) assevera trata-se de uma “espécie de ciclo vicioso que tende a não ter fim”. De igual modo, Zaffaroni e Batista (2003, p. 47) afirmam se tratar de uma “profecia que se autorrealiza”.

A anteriormente referida criminalização conforme o estereótipo, no entanto, não é o único modo pelo qual a seleção criminalizante atua sobre as pessoas vulneráveis ao poder punitivo. As agências de criminalização secundária atuam de modo compartimentalizado, conforme os interesses de cada uma delas. Ou seja, não há um sistema penal conspiratório que opera seletivamente sobre os vulneráveis de modo harmônico, ainda que isso não signifique que a sua seletividade inerente não beneficie determinados setores sociais com uma distribuição desigual do poder punitivo (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003). O poder punitivo também é exercido, em menor grau, pela criminalização por comportamento grotesco ou trágico, que recai sobre aqueles cuja singular brutalidade de seus atos os tornam vulneráveis; bem como pela criminalização devido à falta de cobertura, que recai sobre aqueles que, antes praticamente invulneráveis, perderam tal *status* ao serem derrotados numa disputa por poder (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003).

A problemática principal é que, seja qual for o motivo pelo qual alguém tenha se tornado vulnerável, a criminalização secundária orquestrada por suas agências é necessariamente seletiva e o poder direto de dar cabo a essa seleção é exercido com

muito mais destaque pelas agências policiais do que pelas agências judiciais. Estas últimas estão necessariamente condicionadas e limitadas aos casos que passam pelo filtro daquelas (DUCLERC, 2016). O que de fato ocorre é que, “na prática, a polícia exerce o poder seletivo e o juiz pode reduzi-lo” (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003, p. 51). Diante desse quadro limitado de atuação do poder judicial na criminalização secundária e da própria seletividade no exercício do poder pelas agências policiais, concluem Zaffaroni e Batista (2003, p. 52) que “o poder criminalizante secundário é bastante escasso como poder de controle social”.

Tem-se a criminalização secundária como praticamente um pretexto para que as agências policiais possam exercer um controle configurador positivo da vida social, sob argumentos de vigilância (para investigação) e prevenção (para a segurança) (ZAFFARONI; BATISTA; et. al., 2003). Para Duclerc (2016, p. 23), “fica claro que o verdadeiro poder exercido pelo sistema penal, como elemento de controle social, consiste na sua função de vigilância, que cabe exclusivamente às agências policiais”.

Nesse sentido, tomamos a liberdade de encerrar esse ponto recorrendo à estarrecedora denúncia de Zaffaroni sobre a dimensão da noção de vigilância na realidade marginal latino-americana:

As agências não judiciais dos países latino-americanos possuem poderes para impor penas, violar domicílios e segredos de comunicação, requerer documentação identificatória aos habitantes, expedir essa documentação (e marcá-la ou negá-la quando lhes convém), privar de liberdade qualquer pessoa sem culpa ou suspeita alguma, realizar atos de instrução, ocupar-se de tudo que a burocracia judicial lhe deixa por menor esforço, fazer “batidas”, fechar lugares públicos, censurar espetáculos, fichar a população, etc. *Não há controle militarizado mais poderoso e formidável do que o exercício por estes órgãos, à margem de qualquer controle do órgão judicial e, inclusive, com seu beneplácito* (ZAFFARONI, 2001, p. 126).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da contribuição marginal pela denúncia da perda de legitimidade do sistema penal, a missão da criminologia crítica, a partir de seu câmbio paradigmático, é a luta permanente pela mais rigorosa redução possível do sistema penal.

É imprescindível verificar que as conclusões a que se chega a partir disso não atingem somente a Criminologia, mas também o direito penal e o direito processual penal, o que torna necessária a abertura dogmática pela aproximação com a

realidade da vida (CARVALHO, 2015), por uma prática redutora da violência operativa do nosso sistema penal.

5. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Revista Sequência**. Santa Catarina, n. 30, p. 24-36, jun. 1995.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DUCLERC, Elmir. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

A APROXIMAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO SIMBÓLICO DE POVOS PLURINACIONAIS AYMARAS

LUANA BISPO DE ASSIS: _Doutoranda em Direito Constitucional pela UNB. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Goiás (2015), com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Goiás (FAPEG). Advogada com experiência na área de Direito Público e de Direito Privado. Foi pesquisadora e bolsista pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) em projetos com a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA)¹.

RESUMO: A presente pesquisa se propõe à análise da construção da identidade transnacional constituída por meio do diálogo do constitucionalismo envolvido aos povos aymaras. Para o aprofundamento teórico da análise, utiliza-se da dialética acerca da identidade de povos plurinacionais na construção de predomínio ou hipertrofia da função simbólica (essencialmente político-ideológica) em detrimento da função jurídico-instrumental (de caráter normativo-jurídico). Nesse sentido, o caminho metodológico aplicado é a orientação etnográfica, tendo como resultado o (re)conhecimento da dialética da identidade, os povos aymaras e seu reflexo na construção do Estado Constitucional na América Latina, dialogando com outros espaços de produção do Direito.

Palavras-chave: Constitucionalismo Simbólico. Identidade Transnacional. Povos Aymaras.

¹É pesquisadora e Líder do Grupo de Pesquisas Interdisciplinares em Direito (GEPID), registrado no Diretório de Pesquisas do CNPq. É professora na Faculdade Evangélica de Goianésia (FACEG), mantida pela Associação Educativa Evangélica (AEE), onde desempenha as funções de membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE) do curso de graduação em Direito; É coordenadora de estágio do curso de graduação em Direito; coordenadora do projeto de extensão Faculdade Aberta da Terceira Idade (FATI); e coordenadora de monitoria acadêmica do curso de Direito. É, ainda, professora na Faculdade Metropolitana de Anápolis (FAMA) na disciplina de Direito Constitucional.

ABSTRACT: This research proposes to analyze the construction of the transnational identity constituted through the dialogue of constitutionalism involved with the Aymara peoples. For the theoretical deepening of the analysis, it uses the dialectic about the identity of plurinational peoples in the construction of predominance or hypertrophy of the symbolic function (essentially political-ideological) to the detriment of the legal-instrumental function (of a normative-legal character). In this sense, the methodological path applied is ethnographic orientation, resulting in the (re) knowledge of the dialectic of identity, the Aymara peoples and their reflection in the construction of the Constitutional State in Latin America, dialoguing with other spaces for the production of Law.

Keywords: Symbolic Constitutionalism. Transnational Identity. Aymaras peoples.

Sumário: 1. Introdução. 2. Estado Plurinacional – A Construção de Constitucionalismo Simbólico. 3. Conclusão. 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A concepção de Estado “Plurinacional”[1] está relacionada, não somente ao reconhecimento da identidade, mas à ideia da diversidade como elemento constitutivo das próprias instituições jurídico-políticas do Estado.

Nesse sentido, ao longo de mais de 200 anos, foram formados os chamados Estados “Nacionais” na América Latina com (in)visibilização racialmente hierarquizada tomando conta das estruturas político-jurídicas e institucionais que compuseram e modelaram o Estado na América Latina. Nesse sentido, a expender no próprio paradigma da colonialidade – do poder, do saber e do ser –, a cosmologia da experiência latino-americana é rica em problemas jurídico-constitucionais decorrentes do entrelaçamento entre ordens normativas nativas e ordens constitucionais dos Estados, especialmente no que concerne aos direitos humanos[2].

Esta pesquisa justifica-se, pois, no campo da pesquisa jurídica, não se pôde verificar outros estudos que se dedicassem à contribuição dos aymaras na luta pelos direitos e a possibilidade da base normativa dos povos de Estados Plurinacionais ser apenas simbólica. A análise desta temática, portanto, possibilitaria perceber a disputa intercultural pelo Direito, bem como visibilizaria pensar em um constitucionalismo efetivo de construção jurídica e política na América Latina.

Assim, a necessidade de reconhecer o protagonismo/participação aymara dos povos indígenas na história latino-americana, na política ou na construção do Direito – como reconhecimento da sua identidade – pode ser considerada uma demanda permanente dos estudos e movimentos dos povos plurinacionais. Para

analisar adequadamente a temática, parte-se do seguinte questionamento: a identidade aymara proporcionou o afastamento da construção de um constitucionalismo simbólico?

Para responder a tais perguntas, inicialmente, analisou-se o Estado Plurinacional, e elementos como identidade e diversidade e as suas estruturas jurídicas-político de Estado. Logo depois, delimitou-se o povo aymara e a sua forma de reconhecimento como fator fundamental para estabelecer relações jurídicas com o Estado. Por fim, buscou-se demonstrar que o não amparo a direitos se aproxima de um constitucionalismo simbólico.

2 ESTADO PLURINACIONAL – A CONSTRUÇÃO DE CONSTITUCIONALISMO SIMBÓLICO

Inicialmente, a compreensão de Estado “Plurinacional”[3] é pertinente, não somente pela consideração da identidade, mas também pela ideia da diversidade como fator constitutivo das próprias estruturações jurídico-políticas estatais. O imperativo do protagonismo/participação aymaras, povos indígenas na história Latino Americana, na política ou na constituição do Direito[4] – como reconhecimento da sua identidade – pode ser estimado como uma demanda permanente dos estudos e movimentos dos povos plurinacionais[5]. Contudo, o não reconhecimento dessa identidade, como vetor do pacto constitucional de povos plurinacionais, pode provocar uma invisibilidade indígena.

Essa situação de exclusão e (in)visibilidade indígena na formação dos Estados foi evidenciada em ambientes de baixa densidade democrática e de forte déficit de representatividade indígena, as experiências de reconhecimento de direitos coletivos ergueram-se como concessões da estrutura de poder estabelecido e, portanto, incapaz de dissipar a posição (in)visibilidade dos povos indígenas[6]. Essa postura limitada de integração e de afirmação da autonomia institucional das comunidades, no modelo constitucional plurinacional, fortifica a probabilidade de colisões entre a ordem jurídica estatal e as ordens normativas das comunidades indígenas[7].

A comunidade indígena aqui delimitada, os aymaras, também conhecidos como Kollas ou Quollas, são um povo estabelecido desde as subdivisões periódicas na história e na pré-história das Américas, antes da chegada dos europeus ao continente americano, englobando desde o povoamento original no Paleolítico Superior à colonização europeia durante a Idade Moderna[8]. Povo, aqui delimitado, estreita-se com o direito ao reconhecimento, do qual é fundamental para estabelecer relações jurídicas com o Estado, pois, mediante esse reconhecimento, o povo se torna membro de um Estado/Nação, considerado em seu aspecto subjetivo[9]. O reconhecimento de uma identidade aymara leva ao emergencial debate sobre as

Constituições como demonstração da capacidade do Estado de solucionar problemas. A análise dos conflitos aymaras, no desenho constitucional, pode levar a respostas no plano da efetividade, que atingem diretamente o que se entende por Constituição.

Os povos aymaras caminham entre o institucional e o não institucional para negociar direitos para suas comunidades. Ora organizam-se em redes, associações, demandam por políticas públicas, ocupam espaços de controle social como conselhos de igualdade indígena e segurança alimentar – como o Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ) – ora recorrem a sua influência política e espiritual e a suas relações de representatividade para ocupar espaços de poder. Ao compreender que o fenômeno jurídico não se restringe à produção estatal de uma norma escrita, identificado nas práticas de povos aymaras que criaram direitos, a análise da atuação dos indígenas e de suas trajetórias por direitos pode se visibilizar a contribuição dos aymaras e das cosmologias indígenas na construção de um Direito de viés intercultural na América Latina.

Esta participação aymara almeja uma junção crítica-normativa entre o contexto constitucional e o empírico, analisando as perspectivas, omissões e contraposições das manifestações de identidade democrática e o constitucionalismo. Por isso, apresenta-se o pluralismo jurídico^[10] de povos plurinacionais como pressuposto teórico capaz de ampliar a compreensão do fenômeno jurídico e contribuir para a construção de um direito de caráter transversal.

A possibilidade de um povo interpretar sua própria conjuntura é instrumento representativo para sua atuação na história, para a associação de valores e interesses coletivos^[11]. Portanto, na identidade, percebe-se conteúdos emancipadores, transformadores ou até mesmo justificadores da ordem social vigente, em uma escolha materialista e dialética, que possa explicar a identidade dos povos indígenas, os povos aymaras e, também, os latino-americanos, aos quais aqui se dedica.

O eixo de identidade a que se amolda permite vislumbrar algumas das demandas dos aymaras: demandas por reconhecimento – “os índios na era desenvolvimentista” –, liberdade, religião e enfrentamento para construção de direitos; e por redistribuição, ao propor ações de regularização fundiária, segurança alimentar, saúde, entre outros direitos sociais^[12]. Essa busca por direitos e identidade se desloca para o constitucionalismo, integrando-se a uma constituição que, não havendo a concretização desses direitos, torna-se simbólica.

A constituição simbólica, segundo Marcelo Neves, “transmite um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas”, eliminando-se transparência, assim, “em relação ao fato de que a situação social

correspondente ao modelo constitucional simbólico só poderia tornar-se realidade mediante uma profunda transformação da sociedade”[13].

Assim, esta seria a percepção do Constitucionalismo Plurinacional, a estreita relação entre o clássico modelo de Estado-Nação ou Estado uni-nacional e a perenidade das relações de poder[14]. Assim, “nações” e “nacionalidades” dos povos indígenas aymaras seriam etnicamente minoria oprimida situada no limite do Estado, mas com ressignificações conceituais produzidas com suas manifestações históricas e com potencial reflexivo da própria identidade indígena em formação na profundidade da figura Constitucional.

3 CONCLUSÃO

O Estado Plurinacional deve ser considerado em identidade, diversidade e luta por constitucionalização de direitos em suas próprias estruturas jurídico-políticas estatais. O protagonismo/participação aymara denota o reconhecimento da sua identidade como vetor do pacto constitucional de povos plurinacionais e seu afastamento pode provocar uma invisibilidade indígena.

A constituição simbólica elimina transparência e, assim, coloca como vigente a situação social “invisibilidade”, correspondente ao modelo constitucional simbólico que só poderia deixar de ser uma realidade mediante com uma profunda transformação da sociedade.

A probabilidade de um povo explanar sua própria circunstância é instrumento representativo para sua atuação na história, para a associação de valores e empenhos coletivos. Portanto, na identidade, percebe-se fundamentação emancipadora, transformadora ou até mesmo justificadora da ordem social vigente. Assim, pode-se concluir que o eixo de identidade a que se amolda e permite vislumbrar algumas das demandas por reconhecimento e enfrentamento para construção de direitos.

4 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. São Paulo: Florense, 2013.

BEAUD, Stéphane; WEBER, Florence. Trabalhar entrevistas e o diário de campo. *In*: BEAUD, Stéphane; WEBER, Florence. **Guia para a pesquisa de campo**: produzir e analisar dados etnográficos. Petrópolis: Vozes, 2007.

JELLINEK, Georg. **Teoria General Del Estado**. Cidade do México: Fundo de Cultura Econômica, 2002. p. 401.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança Simbólica da Constituição e Permanência das estruturas Reais de Poder, **RTDP**, n. 12.: Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176514>. Acesso em: 08 ago. 2018.

OSBORNE, Harold. **Indians of the Andes**: Aymaras and Quechuas. London: Routledge, 2013.

QUISBERT, Máximo. **Líderes Indígenas**: Jóvenes aymaras en cargos de responsabilidad comunitaria. FUNDACION PIEB, 2006.

RAMA, Angel. **Literatura, Cultura e Sociedade na América Latina**. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

RIBEIRO, Darcy. **Os Brasileiros**: 1. Teoria do Brasil. Petrópolis: Vozes, 1978. p 83-84.

SÁNCHEZ, Consuelo. **Autonomia, Estados pluriétnicos e plurinacionais**. Povos Indígenas, Constituições e Reformas Políticas na América Latina, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional**. Santa Cruz de la Sierra: CENDA, 2007.

TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; GONÇALVES, Daniel Diniz. Estados plurinacionais como luta insurgente emancipadora. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, 40(1), 74-94, 2016. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/39314>. Acesso em: 26 abr. 2020.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar** – Revista de Ciências Jurídicas, v. 16, n. 2, p. 371-408, 2012.

NOTAS:

[1] SANTOS, Boaventura de Sousa. **La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional**. Santa Cruz de la Sierra: CENDA, 2007.

[2] NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança Simbólica da Constituição e Permanência das estruturas Reais de Poder, **RTDP**, n. 12.: Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176514>. Acesso em: 08 ago. 2018.

[3] SANTOS, Boaventura de Sousa. **La Reinvenção del Estado y el Estado Plurinacional**. Santa Cruz de la Sierra: CENDA, 2007.

[4] SÁNCHEZ, Consuelo. **Autonomia, Estados pluriétnicos e plurinacionais**. Povos Indígenas, Constituições e Reformas Políticas na América Latina, 2009.

[5] TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; GONÇALVES, Daniel Diniz. Estados plurinacionais como luta insurgente emancipadora. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, 40(1), 74-94, 2016. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/39314>. Acesso em: 26 abr. 2020.

[6] QUISBERT, Máximo. **Líderes Indígenas: Jóvenes aymaras en cargos de responsabilidad comunitaria**. FUNDACION PIEB, 2006.

[7] NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança Simbólica da Constituição e Permanência das estruturas Reais de Poder, **RTDP**, n. 12.: Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176514>. Acesso em: 08 ago. 2018.

[8] OSBORNE, Harold. **Indians of the Andes: Aymaras and Quechuas**. London: Routledge, 2013.

[9] JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Cidade do México: Fundo de Cultura Econômica, 2002. p. 401.

[10] "Pluralismo Jurídico na perspectiva da alteridade e da emancipação que revela o *locus* jurídico de coexistência materializados na dimensão cultural de cada grupo e de cada comunidade, para uma compreensão crescente de elementos multiculturais criativos, diferenciados e participativos". WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

[11] "[...] a maior tristeza de um povo colonizado é sentir-se condenado a não superar os limites da colonização, a viver de empréstimo, como luz refletida. Seu maior desejo é o de alcançar a luz própria, porém sem nunca atinar muito bem para quais armas deve usar para realizar este anseio". RAMA, Angel. **Literatura, Cultura e Sociedade na América Latina**. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

[12] "Para demonstrar o liame de demandas: A história opera, de fato, como uma sucessão de interações competitivas destes componentes dos modos de produção, cada um dos quais, ao se alterar, afeta os demais e lhes impõe transformações paralelas, configurando situações complexas que nunca são rigidamente deterministas nem linearmente evolutivas. Uma produtividade humana acrescida, que torne o homem capaz de produzir excedentes sobre o consumo, não conduz à

liberdade, mas à escravidão e às guerras, portanto de dominação. Estes efeitos sociais constitutivos, operando, por sua vez, como um incentivo à criação de formas ampliadas de mutualidade, permite estruturar unidades sociais cada vez maiores, ativadas por dois processos básicos. Primeiro a estratificação da sociedade em classes e, mais tarde, sucessivas reordenações das relações de produção e a correspondentes transfigurações das classes sociais. Segundo a interação conflitiva entre sociedades tendentes a conduzir à dominação das mais avançadas sobre as mais débeis ou atrasadas e a conversão destas últimas em proletariados externos dos núcleos cêntricos". RIBEIRO, Darcy. **Os Brasileiros**: 1. Teoria do Brasil. Petrópolis: Vozes, 1978. p 83-84.

[13] NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança Simbólica da Constituição e Permanência das estruturas Reais de Poder, **RTDP**, n. 12.: Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176514>. Acesso em: 08 ago. 2018.

[14] WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar** – Revista de Ciências Jurídicas, v. 16, n. 2, p. 371-408, 2012.

O RISCO DAS RESTRIÇÕES ÀS GARANTIAS LEGAIS EM CONSEQUÊNCIA DA INFLUÊNCIA DA MÍDIA

YARA MÔNICA DE SOUZA:

Escrevendo no conteúdo jurídico desde: 13/05/2020

LUCAS ANTONIO IBIAPINA

(coautor)

MARCUS VINICIUS DO NASCIMENTO LIMA

(Orientador) ^{III}

RESUMO: O trabalho tem como objetivo analisar um importante risco de lesão a direitos fundamentais, previstos no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, pois mesmo o agente de conduta delituosa é sujeito de direitos decorrentes de princípios que valorizam não só a vida, mas também a pessoa humana. A influência da mídia sobre o processo penal é tema de bastante relevância, posto que da mesma forma que serve para auxiliar na resolução de algum problema, também tem uma contribuição negativa, ao trazer insegurança e pressionar a população por punições de forma mediata. Apesar de não se tratar de temática inovadora, sua importância reside no fato de que recentemente o então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, ao discutir o tão badalado pacote anticrime, acabou provocando alterações normativas decisivas, em matéria penal. A pesquisa é exploratória por buscar fazer indagação sobre o real benefício ou utilidade da mídia para no meio social, dada a sua função. É também bibliográfica, por buscar a explanação do tema em materiais já publicados. Conclui-se que a mídia é um meio de influência para o ordenamento jurídico brasileiro, contribuindo para a instrumentalização do direito penal, pois a forma como as informações são divulgadas podem fomentar um sentimento de confiança ou descrédito no sistema jurídico, e em alguns casos, representar risco aos princípios legais, quando atendendo ao clamor midiático incide na lesão dos direitos fundamentais, garantidos ao agente de conduta delituosa, objetivando apenas satisfazer o apelo de justiça da sociedade.

Palavras-chave: Influência da mídia, Pacote Anticrime, Instrumentalização do Direito Penal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Princípios constitucionais e garantismo penal. 3. A influência da mídia no processo. 4. Caso concreto. 5. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo traz uma abordagem sobre os riscos de restrições a direitos e garantias fundamentais na pessoa do acusado, por interferência da mídia, principalmente quando se trata de casos de grande notoriedade social.

A relevância em discutir o tema emerge do sentimento de insegurança e injustiça, por parte da população, que se deve muitas vezes à massificação das matérias criminais, disseminadas diariamente e exaustivamente no meio midiático.

Busca-se questionar o papel da mídia e o alcance da sua influência não pelo fato da informação ser levada aos cidadãos, pois se reconhece aqui sua contribuição para que as pessoas estejam cientes do que se passa no meio onde exercem suas atividades habituais de trabalho, lazer, onde constroem suas vidas e cultivam suas famílias. No entanto faz-se necessário refletir quanto ao aspecto punitivo muitas vezes imposto a pessoas que podem ser somente suspeitas, mesmo que não haja uma sentença penal condenatória que ratifique o crime cometido por aquele agente.

O cerne da questão debruça-se sobre recorrentes incidências abrasivas às regras elementares que o estado deveria proteger, muitas vezes graças a ação impositiva da mídia, que dissemina quase que uma condenação “antecipada” do agente, levando a conflito de princípios, a exemplo do princípio da liberdade de expressão e o da presunção de inocência.

A relevância do estudo, apresentado a partir de uma pesquisa bibliográfica, é trazer à tona uma abordagem sobre os riscos das restrições às garantias do agente delituoso, em consequência da mídia, que em virtude da massificação de informações maximiza o lado negativo, apesar de coibir ou até mesmo reduzir a prática de certas condutas delituosas.

Assim, o presente estudo traz à tona uma abordagem sobre os riscos das restrições às garantias do agente delituoso em consequência da mídia, que em virtude da massificação de informações expostas, ao invés de conduzir a resultados positivos no combate as elevadas taxas de criminalidade, maximiza o lado negativo, ou seja, apesar de coibir ou até mesmo reduzir a prática de certas condutas delituosas, pode, marcada por um discurso de ódio ou de justicaria, representar um atentado contra os direitos e garantias fundamentais dos acusados.

No artigo, utilizou-se o método dedutivo e a pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica, por meio da consulta de obras, legislação e jurisprudência brasileira atinente à temática. A pesquisa tem o intuito meramente laudatório, sem intenção de esgotar o assunto, que merece atenção crescente da academia, tendo

em vista o atual cenário que se desenha, com a utilização e quiçá manutenção de um processo penal de matriz autoritária e utilitarista.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E GARANTISMO PENAL

Os princípios constituem importantes fontes normativas dentro do ordenamento jurídico brasileiro conjuntamente com as leis e demais fontes, onde dada a sua relevância é interessante que se entenda qual o seu conceito, para que se apreenda melhor o que for discorrido ao longo deste trabalho, acerca deles.

Os princípios na lição de Josef Esser são definidos “como normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado”. Este mesmo doutrinador afirma que os princípios fazem parte do Direito Positivo, mas não constituem regras jurídicas, devem ser vistos como uma espécie de justificação (ESSER, 1961, pp 3-13).

Ainda para ratificar o entendimento apresentado acima, e tomando os princípios como fonte normativa, Eros Grau (2005) remontando à lição de Celso de Melo, afirma que:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (GRAU, 2004, pp. 841-842).

A partir das definições apresentadas, acerca do conceito de princípio, se faz necessário a compreensão de cada um destes preceitos norteadores, onde o entendimento da matéria é construído de forma a prover um discernimento ameno e conciso sobre o tema sugerido, pontuado inicialmente sob a ótica do Princípio da Legalidade. Este entende-se assegurado pela Constituição Federal, ao instituir:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (BRASIL, 2019).

Pelo artigo supracitado, podemos ver que é necessário que haja uma lei definindo aquela conduta como sendo proibida dentro da sociedade, onde muitos usam da máxima de que o que não é proibido, é permitido. Nesse mesmo sentido é que o Código Penal (BRASIL, 2019) inicia logo no caput do artigo 1º, reproduzindo de forma literal o inciso XXXIX da Constituição.

Esse Princípio é basilar dentro do sistema jurisdicional, tendo em vista que determina que tudo decorre de lei, sendo, portanto, vedado a criminalização daquilo que não esteja regulamentado. No contexto criminal ao se conceber o Princípio da Legalidade busca-se ampliar sua abrangência, sob alegação que este se sobrepõe como direito constitucional, sendo assim presumido como garantia de fato, no âmbito criminal.

É através desse Princípio da Legalidade que se inicia a aplicação de uma garantia ao cidadão, na qual muitos vêm a denominar de Garantismo Penal, cujas origens são de épocas remotas, mas que perdura até os dias de hoje.

Segundo os ensinamentos do inigualável Norberto Bobbio, aqui elencados por Ferrajoli, o Garantismo é definido como: “[...] sistema geral do garantismo jurídico ou, se quiser, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que têm por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder” (FERRAJOLI, 2010, p.7).

O problema do garantismo ou seu maior receio está no fato de que a mídia pode vir a provocar um momento decisório de forma antecipada. Na percepção observada, ao analisar os doutrinadores, é possível perceber que dentre os diversos axiomas existentes, colocar o Princípio da Legalidade como um dos principais ou o mais importante, acaba sendo algo imprescindível, pois pode assegurar a proteção contra um pré-julgamento arbitrário de supostos dispositivos que exerçam influências consideráveis na sociedade, aqui entendido como os mecanismos midiáticos.

Em seguida, o princípio a ser analisado é o Princípio do Devido Processo Legal, Traduzido para a língua inglesa como *“due process of law”*, expressão oriunda do enunciado em latim *“per legem terrae”* que significava *“law of the land”* ou em português, lei da terra, (ALBUQUERQUE, 2006), respaldado na CF/1988 (2019), artigo 5º, inciso LIV, onde consta que *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*.

Sob o mesmo entendimento jurídico, a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que:

Artigo X - Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI - 1. 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 [...] (DUDH, 1948).

Logo, a construção processual deve se pautar em procedimentos a serem seguidos no rigor da lei, obedecendo a uma estrutura, em que conclui Pereira Leal (2002, p.14) “a legitimidade da decisão está no procedimento para se tomar essa decisão, se (con)fundindo procedimento e processo”.

Ainda sobre o Princípio do Devido Processo Legal, Aury Lopes Junior reitera:

O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal) (LOPES, 2019, n.p.).

Respalhando-se assim, pelo viés desse procedimento necessário a ser percorrido, processualmente falando, pode ser que a mídia transmita a informação para a população de uma forma que a demora na resolução estimule a sensação de ineficiência ou ausência de punibilidade, fazendo ecoar a insegurança no sistema quanto a sua efetividade, levando a população a duvidar da eficácia do Poder Judiciário.

Ainda elecando os pressupostos de garantias pela segurança jurídica, é importante destacar também os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa. Através do qual é preciso concordar que, “acima das exigências do princípio da obrigatoriedade, está, sem dúvida, o princípio da ampla defesa, a impedir, segundo pensamos, que qualquer pessoa seja acusada senão por fatos certos, determinados e descritos de forma clara e objetiva pelo acusador” (DUCLERC, 2008, p. 488).

A defesa dos direitos e garantias fundamentais ganhou força com a edição da súmula 707 do Supremo Tribunal Federal, que proclama: “constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da

rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo”, aqui, insta-se que o disposto citado imprime maior força normativa que favorece ambos os interessados, a saber, o contraditório e a ampla defesa.

Conclui-se através desses dois últimos princípios que o objeto a ser tutelado pelo contraditório e pela ampla defesa é o direito do acusado de exercer a sua defesa diante de toda e qualquer acusação que lhe for feita.

3 A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO PROCESSO

A medida em que a tecnologia avança e a globalização ocupa uma maior área de abrangência no globo terrestre, há paralelamente uma maior proximidade entre as mídias e o povo, pois a princípio, ela se apresenta como forma de socializar as informações acerca de todo e qualquer acontecimento que esteja ocorrendo, a qualquer hora do dia ou da noite e em qualquer lugar que seja.

Do mesmo modo que há uma ajuda significativa sob muitos aspectos, essa abrangência dos meios de comunicação pode interferir também de forma negativa, pois aquele que receber a mensagem capta apenas a “chamada” da matéria, que muitas vezes não vem correspondendo ao que de fato está contido na situação fática, gerando distorções.

Essas distorções podem provocar reações das mais variadas formas, gerando pressão por punição ou mudança das leis. Isso se dá muitas vezes em decorrência do cenário de insegurança que é transmitido para a população, gerando esse clamor por mudanças, rigidez e soluções rápidas e imediatas.

Uma interessante discussão acerca da influência da mídia sobre os acontecimentos jurídicos se deu na entrevista do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes (2019), para o apresentador Pedro Bial, em emissora de TV aberta e amplamente transcrita para inúmeros canais da mídia virtual, onde o jurista afirma, em relação a concessão de Habeas Corpus:

Vocês têm uma grande parcela de responsabilidade. Quando vocês dizem ‘Gilmar solta’ ... a decisão foi da turma, mas vocês dizem ‘Gilmar solta’ e não explicam do que se trata... A lava jato é caso de sucesso de mídia, são melhores publicitários que juristas. A responsabilidade é muito maior da mídia do que minha (UOL, 2019).

A fala do ministro mostra que o que é transmitido pela mídia ao povo, nem sempre é o que de fato ocorre. A resposta dada pelo apresentador Pedro Bial (2019) ao ministro só confirma a interferência que ocorre, onde segundo o apresentador “...

a Lava Jato pegou carona já que o interesse público era enorme, e nosso dever é atender ao interesse público...”. No aludido caso, de repercussão nacional, é inegável o ponto positivo acerca do atendimento aos interesses públicos com a informação. Mas analisando a fala do apresentador pelo relato do Ministro Gilmar Mendes no parágrafo anterior, surge uma indagação: Estaria a mídia atendendo a um interesse público ao veicular uma informação incompleta, que gera insatisfação e insegurança para a população?

Outro caso recente e que repercutiu na mídia local, foi a maior apreensão de cocaína já realizada no Piauí, algo em torno de 1 tonelada, tendo sido presos 7 pessoas suspeitas de envolvimento. Dias depois o Portal Focus (2019) traz a seguinte matéria: “Em plantão natalino, presos com 1t de cocaína e aeronaves são soltos pela justiça do Piauí”. Qualquer leitor que não se aprofundar nos detalhes do caso, entenderá que todos aqueles que foram presos, no total de 7, foram soltos simultaneamente. Ledo engano, apenas 3 dos acusados foram soltos, somente aqueles que eram apenas suspeitos, os quais não teriam sido encontrado nenhum dos ilícitos e nem provas da materialidade.

A operação lava-jato representou um marco contundente na sistemática processual brasileira. As atenções se voltaram para um ambiente dantes pouco visitado e para uma realidade ainda opaca que é o mundo político, *locus* onde as obrigações ocasionalmente são pagas com favores ocultos. De certo modo, pode-se atribuir um ganho de qualidade no combate à corrupção. Contudo, a abrangente e maciça repercussão midiática pode ter gerado um efeito colateral diretamente proporcional, elevando a estima processual penal e aproximando-a de um caráter efetivamente arbitrário. Salah endossa essa perspectiva ao apontar:

O discurso inquisitório não foi apenas recepcionado de forma irrestrita: ele foi revigorado e intensificado com base em novos vértices que fazem do sistema penal uma maquinaria potencialmente ainda mais destrutiva e movida por insaciável apetite cautelar, no âmbito de um estarrecedor balcão de negócios que abala profundamente o equilíbrio que deve funcionar como limite da persecução penal (KHALED JR, 2018, p. 97).

Neste consenso, o pacote anticrime é resultado do reflexo de vazamentos, ocorridos no decorrer de muitos depoimentos das pessoas investigadas, para a mídia, ainda que em segredo de Justiça, provocando reações das mais variadas formas.

O até então Ministro da Justiça e Segurança Sérgio Moro, a respeito do pacote anticrime, afirma que “Se aprovadas, será uma sinalização importante. As pessoas precisam ter fé nas suas instituições democráticas” (SENRA, 2019). Subjaz, contudo, o fato de que o próprio ministro construiu suas decisões na lava-jato, enquanto magistrado, sob um viés reconhecidamente autoritário. Contribuiu para viabilizar a consolidação de um discurso de ódio sendo amplamente contrário à democracia. A crítica a ser feita atinge não à pessoa em si do julgador, mas os pré-julgamentos decorrentes das publicizações efetivamente contestáveis por ele proferidas.

Essa influência negativa, com pré-condenações ou vazamentos de informações relevantes e de caráter sigiloso, provoca o que é conhecido como instrumentalização do processo, e não só isso, também a intensificação da propagação de matérias criminais negativas onde se transmite uma realidade muito pior que a que de fato ocorre, Costa corrobora essa assertiva, ao defender que:

A mídia (jornais, televisão, internet, rádio, entre outros) perpetua os clichês e os estereótipos que como já foi mencionado, contribuem para a seletividade penal e acima de tudo perpassam para o imaginário coletivo determinado padrão de criminalidade, que acabam acarretando na construção de muros de medo (COSTA, 2019, p.1).

que se observa é um processo penal do espetáculo onde, segundo Casara (2015), em prol da atenção dos holofotes da mídia, negligencia-se os princípios da legalidade durante o processo penal. Aqui o magistrado faz-se o elemento central da exposição do caso jurídico, e a compreensão dos fatos é questionavelmente configurada a partir do interesses político-criminais que o cercam. Surge assim um processo dedicado à confirmação de expectativas que nele jamais deveriam prosperar (MARTINS, 2013).

Seguindo o disposto, vale destacar que nem mesmo o judiciário deixa de ser alvo das mídias e meios de comunicação, a exemplo do já citado Pacote Anticrime, onde, nesse caso, foi instituído o chamado Juiz de Garantias, cujo objetivo dessa separação é garantir a imparcialidade.

A inserção da figura do juiz de garantias não é ideia nova, mas recebeu maior apoio ao serem divulgadas pelo site The Intercept Brasil supostas conversas entre Sérgio Moro, juiz encarregado pela operação Lava-jato na época, e o procurador Deltan Dallagnol, responsável pela força-tarefa da operação em Curitiba (CRUZ, 2019).

Além da transmissão de insegurança na Justiça com esses vazamentos de informações, o que agrava ainda mais esse preocupante tema é o surgimento de

matérias que não se pautam apenas em omissões intencionais de veiculação, como muito se vê nas chamadas de matérias na TV e jornais e revistas impressas, mas uma verdadeira propagação de matéria arranjadas, com o intuito de disseminar fatos que jamais existiram, seja para chamar atenção, seja para tumultuar, ou até mesmo atingir alguém a quem possa estar sendo direcionada. São as chamadas “Fake News”.

O conceito de fake News pode ser encontrado no dicionário de Cambridge que “indica histórias falsas que, ao manterem a aparência de notícias jornalísticas, são disseminadas pela internet ou outras mídias, sendo criadas normalmente para influenciar posições políticas, ou como piadas” (CARVALHO; KANFFER, 2018).

As Fakes News não são novidades, mas com esse estreitamente constante entre as mídias digitais e a população, tem havido uma maior propagação, ganhando mais espaço de observação até mesmo por parte do legislador, com o Marco Civil da Internet, que ocorreu com a edição da Lei n.º 12.965/14, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

O poder dos meios de comunicação é maior do que se passa no imaginário das pessoas, veja o exemplo do que pode ser considerado uma pressão externa, guiada pela exposição midiática, influenciando a condução de ações dos representantes da lei, pois “em setembro de 2009, representantes da OAB e CNBB entregaram as assinaturas para a Lei da Ficha Limpa”. (ALMEIDA, 2009).

Esse gesto que fora realizado por essas duas instituições tão importantes para a defesa da sociedade brasileira, é oriundo da divulgação de milhares de casos de corrupção política, onde, mesmo quando se confirmava a conduta criminosa da pessoa investida do cargo político, esta ainda continuava sendo eleita, aumentando a sensação de impunidade, forçando assim, através de assinatura a aprovação da Lei Complementar nº 135 de 4 de junho de 2010, que impede a eleição de candidatos condenados, uma condição de inelegibilidade.

Por fim, uma questão que ganhou diversas capas de revistas, jornais, sites e outras mídias foi a no tocante à prisão em 2º instância. O então Ministro Sérgio Moro, no projeto do Pacote Anticrime, trazia como proposta uma alteração no Código de Processo Penal em que seria possível a prisão do agente de conduta delituosa ser preso após a condenação em segunda instância (CRUZ, 2019). Na época, acabou não sendo aproveitada pelo Pacote Anticrime que foi para votação na Câmara e no Senado, até por haver a votação acerca desse tema pelo Supremo Tribunal Federal, cujo resultado voltou a ser o entendimento mais literal, em que houve um predomínio da interpretação constitucional em face da pressão da sociedade.

Entretanto, como a interpretação ao rigor da lei nem sempre é o que a população entende como sendo medida de justiça, essa proposta acabou ganhando

força, depois que o entendimento do STF resultou na soltura do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

4 CASO CONCRETO

Um caso emblemático em que a interferência da internet, redes sociais e outros meios de comunicação gerou uma pressão e acabou por acarretar na lesão de direitos e garantias fundamentais se deu no julgamento do ex-presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, durante a operação Lava-Jato, conhecida pela prisão de políticos, nunca visto antes no país.

A condução coercitiva a qual o acusado foi submetido é revestido de inconstitucionalidade, pois a medida de condução coercitiva, ao rigor da lei, deve ser utilizada quando o acusado é intimado a comparecer e sem justo motivo não o faz, o que não ocorreu no presente caso, pois o ex-presidente sequer chegou a receber nenhuma notificação ou intimação para que fosse depor.

Observe a literalidade do dispositivo do Código de Processo Penal in verbis: Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença (BRASIL, 2019).

Portanto, a matéria abordada neste artigo de lei mantém estrita relação com o tema explanado, momento em que se mostra oportuno frisar que a “condução coercitiva” prevista no art. 260 do Código de Processo Penal, de acordo com a lição de Aury Lopes Jr, “além de completamente absurda, no nível de evolução democrático alcançado, é substancialmente inconstitucional por violar as garantias da presunção de inocência e do direito de silêncio” (LOPES, 2019, n.p.).

A redação do artigo do Código de Processo Penal acima descrito é muito objetiva e clara, como poderia o senhor Luís Inácio Lula da Silva ser conduzido sem que haja a ocorrência das formalidades processuais inerentes à todo e qualquer processo, seja na fase administrativa, vias de delegacia, ou judicial, como no caso elencado.

Há clara ausência de pressuposto processual, a saber a intimação de comparecer ao local em que se objetivava colher o depoimento dele, o que destoa do procedimento requerido que institui o processo legal como princípio explícito na Carta Magna, onde se afirma que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 2019).

Essa massificação de notícias das mídias televisa e da internet principalmente, estimula um apelo provocado pelo sentimento de que algo deve ou precisa ser feito,

pouco se levando em consideração que aquele acusado também é sujeito de direitos inerente à sua condição de ser humano.

É compreensível a sociedade cobrar soluções práticas frente à violência que é transmitida diariamente, sob canais televisivos desde muito cedo, ocorrendo em vários horários ao longo do dia, quando na Constituição da República Federativa do Brasil, este mesmo acusado precisa inevitavelmente ter seus direitos e garantias fundamentais resguardados.

Como está previsto na Constituição Federal Brasileira:

Art. 5. 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: [...]

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens (BRASIL, 2019).

Foi baseado no princípio acima que o ministro Gilmar Mendes, dois anos após o ocorrido com o ex-presidente Lula se manifestou dizendo que “Na medida em que não há obrigação legal de comparecer ao interrogatório, não há possibilidade de forçar o comparecimento”, a fala do ministro reitera sua posição em defender o pressuposto legal que institui o direito à liberdade de locomoção, assim como rejeita também a ranhura deste direito, “à presunção de que ninguém é culpado até que se prove o contrário” (VEJA, 2017).

Um fato que provocou muitos debates e ganhou destaque foi a velocidade com que se deu o julgamento do ex-presidente Lula: “segundo o Jornal Folha Estado de São Paulo foram 42 dias” (CARVALHO; KANFFER, 2017). Talvez se for feita uma avaliação de forma isolada acerca do prazo, é possível se pensar que haveria tempo suficiente para que houvesse uma devida apreciação e respectiva fundamentação.

De outro modo, se for considerado que a justiça lida com milhares de processos, aos quais cada um deve cumprir obrigatoriamente os requisitos formais processuais e administrativos, bem como levando em consideração o julgamento de casos similares ocorridos inclusive sob a égide do mesmo Tribunal, é de se esperar tamanha repercussão em que se põe em xeque a atuação do Poder Judiciário, sob o olhar atento da mídia, e de críticos que acusam ter havido uma espécie de sensacionalismo midiático em cima do caso.

Tomando o cenário apresentado acima, apareceram muitas indagações a respeito da imparcialidade do Judiciário, questionou-se assim a lisura dos agentes responsáveis envolvidos, incluindo o magistrado, se todas as decisões tomadas realmente obedeceram as premissas requeridas pela jurisprudência. Se questiona ainda, se o Poder Judiciário teria negligenciado suas verdadeiras atribuições e sucumbido ao desejo de pleitear a atenção da mídia, no julgamento do caso Lula.

A própria mídia, na época, levantou dúvidas sobre a imparcialidade do Sistema Jurídico Brasileiro, cita-se como exemplo uma matéria veiculada pelo Jornal Folha de São Paulo, que sugere "entre as dez apelações mais velozes da Lava Jato, que subiram ao TRF- 4 em até dois meses, estão processos com só um réu (como o de Eduardo Cunha e de Nestor Cerveró) e aqueles em que só uma das partes apelou" (CARAZZARI; TAVARES, 2017).

A revista digital Fórum também divulgou uma declarada queixa de tratamento desigual, feita pelo então advogado de Lula, Cristiano Zanin: "Pelo levantamento que fizemos, foi uma tramitação recorde. O que está em discussão é a isonomia de tratamento dada a Lula. Ele deveria ser tratado como todos os outros réus" (LONGO, 2017).

Ora, analisando friamente a afirmativa dada pelo advogado de Lula, há uma provável lesão a direitos fundamentais previstos na Constituição, talvez isso se deva à pressão da mídia e a cobrança da população por resultados práticos. Vejamos o seguinte trecho da publicação citada anteriormente:

"Não existe regra processual que determine o prazo de encaminhamento", afirma Carlos Eduardo Scheid, doutor em direito. Fatores como a complexidade do caso, o numero de embargos apresentados pela defesa e o tempo necessário para a análise pelo juiz interferem, segundo ele. "Estatística, em direito, não significa nada", comenta Marlus Arns de Oliveira, que tem clientes na Lava Jato (CARAZZARI; TAVARES, 2017).

Insta-se atentar para a visível velocidade em que os julgamentos ocorreram, o que a análise estatística talvez não possa elucidar, provavelmente o bom senso o faça. A reconhecida morosidade do sistema judiciário nacional põe em dúvida a surpreendente eficiência no andamento destes processos. Para exemplificar os fatos, o ranking trazido pela matéria Folha de São Paulo:

Os mais rápidos foram - Lula (8 réus - 42 dias), UTC (53 dias), Renê Pereira (56 dias), José Carlos Bumlai (10 réus - 60 dias), Eduardo Cunha (1 réu - 63 dias) e Claudia Cruz (63 dias); os mais demorados foram: Pedro Corrêa (187 dias), Nelma

Kodama (166 dias), Odebrecht (154 dias), Mendes Júnior (148 dias) e André Vargas (137 dias) (CARAZZARI; TAVARES, 2017).

A velocidade nos trâmites legais observados acima sugere uma movimentação atípica, exatamente em um momento crucial para a defesa, que deve estar segura que o desenrolar dos fatos não afetará a garantia dos direitos constitucionais e muito menos suprimi-los.

Enquanto isso, anos após a sentença do caso Lula, o Ministro Gilmar Mendes reconhece o equívoco, nesse tipo de conduta por parte do Poder Judiciário, a mídia e a pressão popular fazem com que o STF realize uma importante decisão a ser votada por seus integrantes: a prisão em 2º instância (UOL, 2019).

Essa votação mobilizou mais uma vez a imprensa em todo país, afinal, havia um ponto elementar envolvido no resultado prático dessa decisão: a manutenção da prisão ou a soltura do ex-presidente.

O cenário agora apresenta um quadro tão notório que a veiculação de matérias das chamadas jornalísticas automaticamente liga essa apreciação, por parte do Supremo ao ex-presidente, esquecendo-se que se estava a apreciar a legitimidade acerca de um ato jurídico, independentemente de quem estivesse ligado ou não a ele.

A discussão permeia-se sobre o dispositivo previsto na Constituição Federal, na qual foi dada uma interpretação diferente do que trazia a literalidade do artigo 5º, inciso LVII, que defende incisivamente “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 2019).

A interpretação dada pelo STF em 2016 atendia aos anseios da sociedade, mas contraria o próprio texto constitucional, onde o Garantismo Penal é caminho viável a ser utilizado para garantir a liberdade do acusado em detrimento do poder punitivo do Estado.

De acordo com o site UOL, a votação se deu da seguinte maneira:

Votaram contra a prisão em segunda instância os ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Marco Aurélio de Mello, enquanto que votaram a favor da prisão em segunda instância os ministros Cármen Lúcia, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Edson Fachin (AMORIM; BARBOSA, 2019).

Esse julgamento se iniciou no dia 17 de outubro de 2019 e pôde ser acompanhado ao vivo, através da grande imprensa em geral, tendo sido o primeiro voto o do Ministro Luiz Fux.

A votação ganhou destaque nos mais importantes veículos de comunicação do Brasil e do mundo, tanto pela sua notoriedade na mídia, quanto pelo clamor social fomentado ao redor do tema, a saber o julgamento do ex-presidente Lula, que poderia ser solto dependendo do resultado daquela votação, mas que, no andamento de todo esse caso emblemático, a sociedade desconheceu que o “julgamento terá impacto sobre cerca de 4,8 mil processos (RICHTER, 2019).

Na publicação da agência de notícia pública, conhecida como Agência Brasil, Richter destaca ainda o comentário do ministro Roberto Barroso:

A prisão em segunda instância sempre foi aceita pelo STF, exceto entre 2009 e 2016. Vejam o impacto positivo trazido pela mudança da jurisprudência, que impulsionou a solução de boa parte dos crimes de colarinho branco, porque o temor real da punição levou a uma grande quantidade de colaborações premiadas por réus e de acordos de leniência de empresas, apenas no âmbito da Operação Lava Jato (RICHTER, 2019, p.1).

Assim, após longas horas de votação, a sessão teve o desfecho com o voto do então presidente do STF, o ministro Dias Toffoli, votando contra a prisão em segunda instância, que por consequência, levou à soltura de Lula, ficando por fim, prevalecendo o entendimento que mais se aproxima da literalidade da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

4 CONCLUSÃO

A conclusão aqui justifica-se indubitavelmente na visível análise do exposto, presumindo com base nos fatos mencionados e embasados pelo reconhecimento concreto de que a estrutura reconhecida como mídia representa uma importante influenciadora da sociedade, a medida que divulga informações que podem refletir tanto para que a notícia se aproxime de cada um do povo, quanto para se atender a anseios incutidos em seus membros.

Esse processo ganhou grande visibilidade e abrangência com o avanço da globalização, onde se obtém uma maior quantidade de informações num menor espaço de tempo e com uma qualidade cada dia maior.

Inegável a contribuição dada pela imprensa em geral no combate à corrupção e outros crimes, entretanto, há um lado excuso que é a veiculação de informações

excessivamente negativas, majorando circunstâncias além da realidade, o que causa certo temor da população.

Esse subjetivismo, acaba oferecendo riscos sérios à princípios que são estabelecidos pelas leis, como normas para regular a relação entre administrados, e entre Estado e seus administrados, onde muito se vê desrespeito ao devido processo legal, à presunção de inocência, dentre outros, pois, as veiculações muitas vezes trazem em suas chamadas a condenação daquele que, em diversos casos, não passaria apenas de suspeito.

Para este estudo, não obedecer aos pressupostos que abarcam o garantismo legal repercute sumariamente uma prévia condenação, o que destoa das práticas legítimas, claramente defendidas aqui como viés de conduta do Poder Judiciário. O perigo em se atender a um apelo midiático pré-condenatório distancia-se erroneamente dos princípios de Justiça, correndo o risco de incutir na opinião comunitária insegurança em relação ao veredito posto, ficando a ressoar a dúvida, a desconfortável sensação de impunidade, não porque ela de fato tenha ocorrido, mas por conta de uma massificação de ideia criminal desvirtuada.

Em suma, a consequência prática disso é o frequente risco de lesão e garantias constitucionais, pois, sem que haja o respectivo trânsito em julgado daquela pessoa, enquanto acusado de ser agente de conduta delituosa, não o faz sujeito sem direitos, e a mídia pode passar para milhares de lares a imagem de que aquela pessoa seja um criminoso e sem direitos, ainda que possa vir a ser inocentado.

Concomitantemente, além desse problema que transmite uma ideia equivocada acerca do suspeito de ser agente de conduta delituosa, essa sensação de insegurança jurídica e de ineficácia de leis e normas, provoca uma pressão para a criação de leis e tipos penais, seja para agravar, seja ampliar o rol de condutas tipificadas.

Assim, conclui-se que a mídia é um meio de influência para o ordenamento jurídico brasileiro, onde a informação transmitida pode trazer a sensação de segurança ou insegurança no Poder Judiciário, bem como pode promover o inchaço de leis e rol de tipificação de condutas, além de resultar em risco prático na lesão de direitos fundamentais garantidos ao agente de conduta delituosa, para que se satisfaça o sentimento de justiça social.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, André. **Due Process Of Law: Influências Anglo-saxônicas no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** 2006. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2656/Due-Process-Of-Law->

Influencias-Anglo-saxonicas-no-Ordenamento-Juridico-Brasileiro. Acesso em: 22 de abr. de 2020.

ALMEIDA, Amanda. **Ficha Limpa é exemplo da força do eleitor**. Estado de Minas, 2009. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2011/12/25/interna_politica,269153/ficha-limpa-e-exemplo-da-forca-do-eleitor.shtml. Acesso em: 26 de abr. de 2020.

AMORIM, BARBOSA. Felipe e Bernardo. **Por 6 votos a 5, STF veta prisão em 2º instância; Lula pode ser solto**. UOL Política. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/11/07/stf-veta-prisao-em-2-instancia-lula-pode-ser-solto.htm>. Acesso em: 28 de abr. de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. In: VADE MECUM. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. UNIC. Rio de Janeiro, 05 de jan. de 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 24 de abr. de 2020.

_____. **Lei nº 10.965 de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 10 de março de 2020.

CAMPOS, João Pedro de. **Gilmar proíbe condução coercitiva para interrogatórios**. VEJA, 20 de dez. de 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/gilmar-proibe-conducao-coercitiva-para-interrogatorio/>. Acesso em 25 de abr. de 2020.

CARVALHO & KANFFER, Gustavo Arthur Coelho Lobo de, Gustavo Guilherme Bezerra. **O tratamento jurídico das notícias falsas (fake News)**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tratamento-juridico-noticias-falsas.pdf>. Acesso em: 28 de abr. de 2020.

CARAZZARI & TAVARES. Estelita Hass e Joelmir. **Recurso de Lula foi o que mais rápido chegou à 2º instância**. Folha de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/08/1912821-recurso-de-lula-foi-o-que-mais-rapido-chegou-a-2-instancia.shtml>. Acesso em: 24 de abril de 2020.

CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

COSTA, Natalia Pinto. **A mídia e a instrumentalização do direito penal.** Justificando. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/11/08/a-midia-e-a-instrumentalizacao-do-direito-penal/>. Acesso em: 27 de abr. de 2020.

CRUZ, Isabela. **O que faz o juiz de garantias incluído no pacote anticrime.** NEXOJORNAL. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2019/12/05/O-que-faz-o-juiz-de-garantias-inclu%C3%ADdo-no-pacote-anticrime>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 488.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado.** Barcelona: Bosch, 1961.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOCUS. **EM plantão natalino presos com 1t de cocaína são soltos pela justiça do Piauí.** Focus.jor.br. Teresina, 29 de dez. de 2019. Disponível em: <https://www.focus.jor.br/em-plantao-natalino-presos-com-1-t-de-cocaina-e-aeronaves-sao-soltos-pela-justica-do-piaui/>. Acesso em: 25 de abr. de 2020.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

KHALED JR, Salah. **Discurso de ódio e sistema penal.** 2ed. Belo Horizonte, MG. Casa do Direito: Letramento, 2018. P. 97.

LONGO, Ivan. **URGENTE: Com tramitação em tempo recorde, julgamento de Lula no TRF-4 será em 24 de janeiro.** Revista FORUM, 2017. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/politica/urgente-com-tramitacao-em-tempo-recorde-julgamento-de-lula-no-trf-4-sera-em-24-de-janeiro/>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons.** São Paulo: Atlas, 2013.

PEREIRA LEAL, Rosemiro. **Teoria Processual da Decisão Jurídica.** São Paulo, Landy, 2002.

RICHTER, André. **Barroso vota favorável à prisão após condenação em segunda instância.** Agência Brasil, 2019. Disponível

em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-10/barroso-vota-favoravel-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia>. Acesso em: 18 de abr. 2020.

SENRA, Ricardo. **'10 medidas' defendidas por Moro e Dallagnol permitiriam que vazamentos fossem usados contra eles na Justiça**. BBC News, 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48603129>.

UOL. **HOUVE um "lavajatismo" militante da mídia, diz Gilmar Mendes; Bial rebate**. Notícias Política. São Paulo, 15 de out. de 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/10/15/houve-um-lavajatismo-militante-da-midia-diz-gilmar-mendes.htm>. Acesso em: 26 de abr. de 2020.

[i] Professor, Mestre e Orientador deste artigo. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/1382097402108364>

A PRISÃO DOMICILIAR COMO GARANTIA DE DIGNIDADE HUMANA DA MÃE OU GESTANTE NO CÁRCERE

ANA BEATRIZ CARIOCA GALDINO:

Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

HELIANARA DE OLIVEIRA FERNANDES ^[1]

(coautora)

ROGÉRIO SARAIVA XEREZ ^[2]

(orientador)

RESUMO^[3]: Essa pesquisa tem como temática a prisão domiciliar como meio garantidor da dignidade humana para as gestantes e mães detentas. Nesse sentido, este artigo objetiva identificar a importância da substituição da prisão preventiva destas mulheres pela domiciliar como mecanismo de garantia da dignidade humana. Diante disso, serão apresentados dados demonstrando a realidade vivenciada por elas nos sistemas prisionais brasileiros. Também será abordado, as medidas cautelares com suas principais características no intuito de demonstrar o porquê dessa medida ser capaz de lhes garantir a dignidade humana. Quanto à metodologia utilizada, consiste em pesquisas bibliográficas com abordagem dedutiva e amostragem quantitativa de dados de uma determinada população alvo da pesquisa, qual seja, as gestantes e mães detentas. Dessa forma, a análise deste estudo é de grande importância para o mundo jurídico, em vista do descumprimento dos direitos assegurados para essas mulheres que foram reconhecidos pelo judiciário, como demonstra o Habeas Corpus nº 143.941 decidido pelo STF, que ratifica e comprova a situação grave das mães e gestantes nos sistemas prisionais, apontando a prisão domiciliar como forma de garantir a dignidade humana que é um direito fundamental de toda e qualquer pessoa.

Palavras-chave: Sistema Prisional, Princípio da Dignidade Humana, Gestante, Mãe, Prisão Domiciliar.

Abstract: This research has as thematic the house arrest as a means of guaranteeing human dignity for pregnant women and mother inmates. In this perspective, this article has the objective to identify the importance of the replacement of preventive prison for house arrest in the case of these women for valorization of the principle of human dignity. That said, data will be presented demonstrating the reality experienced by them in brazilian prison systems, besides is going to approached the study of precautionary measures in order to demonstrate why this measure could guarantee them human dignity. Regarding the methodology used, it consists of bibliographic researches with deductive approach and quantitative sampling of data from a specific target population, in case, pregnant women and mother inmates.

Thus, the analysis of this study is of great importance to the juridic world, in view of the non-fulfillment of the guaranteed rights for these women recognized by the judiciary, as demonstrated by Habeas Corpus nº 143.941, decided by the STF which ratifies and proves the serious situation of mothers and pregnant women in prison systems, pointing to house arrest as a way of guaranteeing human dignity, which is a fundamental right of each and every person.

Keywords: Prison system, Principle of Human Dignity, Pregnant Women, Mother, House Arrest.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Sistema Prisional Feminino. 2.1. Aspectos Históricos. 2.2 Da Estrutura Carcerária Feminina. 3. Das Medidas Cautelares. 3.1. Restritivas de Liberdade. 3.2 Outras Cautelares Pessoais. 4. Proteção da Mulher Mãe/Gestante no Cárcere. 4.1 O Direito Fundamental: Conceito, Dimensão e Titularidade. 4.2 O Direito Fundamental na Constituição de 1988 e sua Eficácia. 4.3 Da Substituição da Prisão Preventiva pela Domiciliar nos Casos de Gestantes/Mães. 4.4 A Prisão Domiciliar como Garantia da Dignidade Humana. Conclusão. Referências

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal institui no artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana, como sendo fundamento da República Federativa do Brasil juntamente com outros valores, a fim de constituir um Estado Democrático de Direito. Dessa forma, é a partir da ideia de dignidade que todos os outros direitos se perfazem. Imerso em um sistema de direitos e deveres, aloca-se ao Estado o dever de proteção jurídica por meio da existência de leis, decorrendo as penas da necessidade de punir quem age contra elas.

Nesse contexto, diversas são as problemáticas no que diz respeito à concretização desses direitos, especialmente dentro dos sistemas prisionais nacionais. A situação fica ainda mais insustentável quando se observa a situação das mulheres, principalmente, daquelas que são gestantes e mães, haja vista que, as penitenciárias femininas deveriam apresentar melhores condições para o tratamento destas.

Dessa forma, por meio de pesquisas bibliográficas com abordagem dedutiva e amostragem quantitativa, este artigo se desenvolve objetivando-se a análise da situação das gestantes/mães no sistema carcerário nacional, tendo como importância a prisão domiciliar como meio garantidor da dignidade humana para as gestantes e mães detentas.

Desta feita, o presente artigo tem como foco demonstrar o porquê da necessidade do instituto da substituição da prisão preventiva pela domiciliar garantir

a dignidade humana para essas mulheres. Para tanto, primeiramente, far-se-á uma digressão histórica acerca do sistema penitenciário feminino até a atualidade.

Em seguida, será abordado o instituto jurídico das medidas cautelares, em especial, a prisão preventiva e domiciliar. Além disso, se analisará os direitos pertencentes às gestantes/mães findando na problemática norteadora do presente estudo, a saber, o porquê que o benefício da substituição da prisão preventiva pela domiciliar é capaz de garantir a dignidade dessas mulheres.

2 SISTEMA PRISIONAL FEMININO

2.1 Aspectos Históricos

De acordo com Mirabete e Fabbrini (2015), a pena de prisão teve sua origem na Idade Média servindo como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem ao silêncio, à meditação e se arrependessem da falta cometida, reconciliando-se assim com Deus. Sendo assim, essa ideia veio a inspirar a construção da primeira prisão destinada ao recolhimento dos criminosos, a *House of Correction*, construída em Londres entre 1550 e 1552, difundindo-se de modo marcante no século XVIII.

Visto que, segundo Greco (2017, p. 619) “desde a Antiguidade até, basicamente, o século XVIII, as penas tinham uma característica extremamente aflitiva, uma vez que o corpo do agente é que pagava pelo mal por ele praticado”. No entanto, foi apenas no século XVIII que a pena privativa de liberdade surgiu enquanto meio de punição estatal, dando caráter punitivo, retributivo e preventivo à pena (KLANOVICZ; BUGAI, 2019).

Nesse sentido, os sistemas penitenciários foram pensados pelos homens e para os homens, variando no decorrer dos séculos nas mais diferentes estruturas físicas com o objetivo de conter a pessoa presa passando a modificar o meio de sofrimento do delinquente, deixando a punição do corpo e passando a penalizar a liberdade do homem.

No Brasil, entretanto, até 1830 o sistema de ordenamento jurídico penal era inexistente, pois, enquanto colônia de Portugal, eram aplicados os preceitos da metrópole. Nesse contexto, as ordenações do reino disciplinavam as leis que regiam a colônia. Dentre estas, as que se destacaram foram as Manuelinas e as Filipinas com grandes contribuições na Colônia. As Ordenações Manuelinas estavam em vigência, quando foram instaladas as primeiras instituições jurídicas no Brasil, por meio das Capitânicas Hereditárias, em 1532 (SANTOS, J.; SANTOS, I., 2014).

As Ordenações Filipinas Portuguesas, na época do império, traziam os crimes e penas a serem aplicados no “sistema jurídico da colônia brasileira”. As penalidades se manifestavam como a morte, exílio, trabalhos forçados, penas corporais (como açoite, mutilação, queimaduras), confisco de bens e multa e ainda penas como humilhação pública do réu. Nesse período, ainda não havia a previsão da privação da liberdade pois as Ordenações são do século XVII e o surgimento dos sistemas prisionais só veio a emergir no século seguinte (KLANOVICZ; BUGAI, 2019).

Em 1824, com a primeira Constituição Federal do Brasil outorgada pelo imperador Dom Pedro I, começou a ser analisado a reforma do sistema punitivo e a humanização das penas, determinando que as cadeias fossem seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes.

Com o surgimento do Código Criminal do Império, em 1830, foi criada a pena de prisão que se subdividia em duas: prisão simples e prisão com trabalho (podendo ser perpétua), prevalecendo entre as penas usadas, contudo, mantinha-se a alternativa da aplicação das penas de morte e trabalhos forçados. Nesse ínterim, não existia um modelo de sistema prisional predominante, porém, sentia-se a necessidade de ter instalações para alojar as pessoas privadas de liberdade (KLANOVICZ; BUGAI, 2019).

Nesse contexto, é importante destacar a vertente da criminologia feminina que surgiu na década de 1970, apontando, para tanto, algumas causas como: os papéis distintos na sociedade que homens e mulheres exerciam e o fato de historicamente serem criadas em ambientes patriarcais e domésticos onde o pai, figura masculina, exercia poder sobre a família e aos outros membros o dever de obediência (FREITAS, 2014).

Ainda sobre a criminalidade feminina, afirma Freitas (2014, p.6) que “além da criminalidade das mulheres ser muito menor se comparada à delinquência masculina, as infrações são reduzidas a poucos tipos penais, a exemplo do tráfico de drogas e pequenos furtos”. De fato, vários são os fatores que contribuem para a delinquência feminina ser menor se comparada à masculina.

Somado a isso, pode-se ressaltar outros motivos para a criminalidade feminina, como a prostituição que colocava em risco os ideais de condutas morais e de boa-fé das mulheres, defendido até pelos religiosos. Nessa conjuntura, a mulher deveria desempenhar o papel de boa moça, servindo à família e ao esposo com o único objetivo, qual seja, de procriação. Contudo, a igreja sentindo-se ameaçada pelos rumos que a sociedade estava sendo levada decidiu adotar medidas mais rígidas para tais situações (OLIVEIRA; COSTA, 2019).

Além do que, conforme Freitas (2014, p. 7) “sabe-se que a prisão tornou-se a principal resposta penológica somente no século XIX. Antes desse período, a prisão era utilizada somente em caráter custodial até que o sentenciado fosse submetido ao castigo corporal”.

Em tal situação, os fatores para a delinquência feminina decorreram de muitas razões como abordado, mas em relação a evolução dos estabelecimentos prisionais femininos, um dos aspectos mais importante seria a necessidade de um local específico e individualizado para o cumprimento da pena somente por mulheres, pois, as pessoas do sexo masculino e feminino ficavam retidos em um mesmo estabelecimento vivendo em condições insuficientes e precárias.

Segundo Angotti (2018), o Código Penal de 1940 acelerou a construção dos sistemas carcerários femininos perante a situação carcerária existente, uma vez que, diante das inúmeras razões para a separação dos sexos masculino e feminino, as mais importantes eram:

“A promiscuidade sexual em ambientes nos quais conviviam juntos; a precariedade dos espaços que sobravam para as mulheres nas penitenciárias e cadeias; e a promiscuidade das próprias detentas entre si, pois além dos possíveis envolvimento sexuais entre elas, e de estarem juntas condenadas e mulheres aguardando julgamento, eram presas na mesma cela “mulheres honestas” e as “criminosas mais sórdidas” (ANGOTTI, 2018, p. 138).

Outro fator importante para a criação de sistemas prisionais femininos no Brasil foi o desenvolvimento de presídios femininos em países como: Chile, desde 1864, criou a primeira casa de correção voltada para as mulheres à Congregação do Bom Pastor d’Angers; o Peru, desde 1871 e a Argentina em meados da década de 1880. A proximidade dos países latino-americanos proporcionou a troca de informações e ideias acerca da situação prisional dos países (ANGOTTI, 2018).

Sobre as penitenciárias femininas acrescenta Oliveira e Costa (2019, p. 8):

“As primeiras penitenciárias no Brasil vieram somente em 1937, com o Instituto Feminino de Readaptação Social no Rio Grande do Sul. Em 1941, o Presídio de Mulheres de São Paulo e, em 1942, a Penitenciária Feminina do Distrito Federal, em Bangu, sendo que, destas três, somente a última fora criada especialmente para mulheres encarceradas, sendo as outras readaptações de estruturas já existentes. ”

Corroborar com esse entendimento Klanovicz e Bugai (2019) visto que, nos anos de 1940 houve a inserção dessas prisões femininas no Brasil juntamente com a reforma penal, mudança que não trouxe muitas alterações no sistema prisional vigente sendo que, apenas em 1984, surgiu a Lei de Execuções Penais nº 7210 (LEP) vigorando atualmente, sendo está responsável pela regulamentação do sistema prisional no Brasil.

Desta forma, o modelo de sistema prisional imposto no Brasil traduz o poder que o Estado exerce sobre a sua população, como uma forma de punição pelos atos infracionais por eles cometidos. Em vista disso, mesmo havendo a evolução dos estabelecimentos penais femininos, as condições ainda continuam insatisfatórias e degradantes, conforme veremos adiante.

2.2 Da Estrutura Carcerária Feminina no Brasil

A Lei de Execução Penal (LEP), no artigo 88, afirma que o condenado será alojado em cela individual contendo dormitório, aparelho sanitário e lavatório, sendo requisitos básicos da unidade celular, a salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana e a área mínima de 6,00 m² (seis metros quadrados). Assim, o alojamento da condenada também deve conter tais requisitos para viver em um ambiente de privação de liberdade (BRASIL, 1984).

Ademais, assevera o artigo 89, da Lei de Execução Penal (LEP), que além das disposições do artigo 88, as penitenciárias femininas devem dispor de uma seção específica para gestantes, parturientes e uma creche que possam abrigar as crianças maiores de 6 anos e menores de 7 anos com o intuito de preservar o princípio da dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança (BRASIL, 1984).

Por outro lado, o artigo 10, da Lei de Execução Penal (LEP), assegura que é um dever do Estado garantir as assistências (materiais, à saúde, jurídicas, educacionais, sociais e religiosas) ao preso e ao internado com o objetivo de prevenir o crime e orientar a devida ressocialização na sociedade.

Nesse sentido, em relação a essas assistências às mulheres presas, mães e gestantes, a Lei de Execução Penal (LEP) nº 7210/1984 diz:

Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Art. 13. O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além

de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração.

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 1º (Vetado).

§ 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido (BRASIL, 1984).

Entretanto, a realidade é discordante nos sistemas carcerários femininos nacionais. Entre os meses de janeiro e maio de 2018, a juíza auxiliar do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Andremara Santos, coordenou uma equipe que esteve presente em 34 estabelecimentos penais de 26 unidades da Federação, para verificar a situação dos locais que abrigam mulheres grávidas ou lactantes, bem como, as condições oferecidas aos bebês para serem amamentados quando ficam com as mães nos presídios. Nessas visitas, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), observou mães e crianças em acomodações precárias e com a alimentação inadequada. Ademais, constataram em algumas unidades, a falta de acesso ao atendimento por ginecologistas (CIEGLINSKI, 2018).

Durante a visita a equipe analisou que 58,82% dos locais visitados contavam com berçários para os recém-nascidos. Todavia, apenas cinco presídios tinham pediatras para prestar atendimentos às crianças. Além disso, só 50% das unidades prisionais permitem a presença dos recém-nascidos até os seis meses de idade, enquanto que, em 11% das unidades, as crianças podem ficar com as mães até 2 anos de idade. Também fora observado, que 33 crianças não possuíam Registro de Nascimento e 10 estavam sem vacinação adequada e que a maioria delas, 92% dos casos, não permanecia com as mães nos presídios, sendo encaminhadas à família de um dos genitores (CIEGLINSKI, 2018).

Em vista disso, tamanho é o descaso por parte do poder público que não se preocupa com a situação dessas mulheres encarceradas. Ressalta-se ainda o ambiente prisional a que elas estão submetidas, estando imersas num contexto de

violações aos seus direitos fundamentais gerando impactos não apenas na vida delas, como na de seus descendentes.

Em conformidade com o Relatório Analítico disponibilizado pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, no ano de 2019, foi feita uma verificação de dados em todas as unidades da federação brasileira em relação ao sistema prisional nacional.

Da visita realizada nos meses de janeiro a junho de 2019, verificou-se 13.504 presas sem condenação, 13.946 em regime fechado, 6.878 em regime semiaberto, 2.606 em regime aberto, 188 em medida de segurança-internação e 17 em medida de segurança – tratamento ambulatorial (BRASIL, 2019). Já da visita realizada nos meses de julho a dezembro de 2019, tem-se um total de 13.137 presas sem condenação, 14.301 em regime fechado, 7.276 em regime semiaberto, 2.024 em regime aberto, 185 em medida de segurança-internação e 6 em medida de segurança – tratamento ambulatorial (BRASIL, 2019).

Dessa forma, no período de janeiro a junho de 2019, em todas as unidades do Brasil, foi averiguado a presença de 229 gestantes/parturientes e 170 lactantes nas unidades femininas e, 52 gestantes/parturientes e 18 lactantes nas unidades mistas. Ainda, foi apurado a quantidade de 51 unidades femininas e 17 unidades mistas com cela adequada/dormitório para gestante, além de 46 unidades femininas e 9 unidades mistas com berçário e/ou centro de referência materno-infantil com capacidade para 587 bebês. Por fim, que 11 unidades femininas possuem creche e 0 unidades mistas não possuem creche com capacidade para 162 crianças (BRASIL, 2019).

Outrossim, no período de julho a dezembro de 2019, foi realizado o mesmo levantamento nacional, percebendo o número de 216 gestantes/parturientes e 198 lactantes nas unidades femininas, 60 gestantes/parturientes e 27 lactantes nas unidades mistas, visto que, esses estabelecimentos apresentavam a quantidade de 56 unidades femininas e 14 unidades mistas com cela adequada/dormitório para gestante e, 45 unidades femininas e 10 unidades mistas com berçário e/ou centro de referência materno-infantil com capacidade para 598 bebês, uma vez que, 12 unidades femininas e 1 unidade mista possuem creche com capacidade para 154 crianças (BRASIL, 2019).

É importante destacar que, de acordo com o Relatório Analítico feito no Estado do Piauí, entre os meses de janeiro a junho de 2019, dos sistemas prisionais femininos visitados foi observado a presença de 3 gestantes/parturientes e 0 lactantes nas unidades femininas e, nenhuma gestantes/parturientes e lactantes nas unidades mistas. Ainda, foi relatado a presença de 1 unidade feminina e 0 unidades mista com

cela adequada/dormitório para gestante, bem como, não havia nenhum estabelecimento prisional com berçário e/ou centro de referência materno infantil e nenhum local para creche (BRASIL,2019).

Além disso, ainda no mesmo Estado, entre os meses de julho a dezembro de 2019, dos sistemas prisionais femininos visitados foi observado a presença de 1 gestantes/parturientes e 0 lactantes nas unidades femininas e, nenhuma gestantes/parturientes e lactantes nas unidades mistas. De resto, contatou-se nenhuma unidade feminina e mista com cela adequada/dormitório para gestante, assim como, nenhum estabelecimento prisional com berçário e/ou centro de referência materno infantil e nenhum local para creche (BRASIL,2019).

O Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, criado e mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), disponibiliza o número nacional de grávidas e lactantes de acordo com o ano/mês de referência selecionado, assim como, os dados mensais por Estado pelo ano/mês de referência. Ressalta-se que, os dados de mulheres em prisão domiciliar não constam no cadastro do presente sistema (CNJ, 2020).

O sistema informa que, diante de dados coletados em todas as unidades do país, em janeiro de 2020, tinha-se um total de 225 grávidas e 136 lactantes; em fevereiro de 2020, totalizaram 237 grávidas e 148 lactantes; em março de 2020, foi verificado a presença de 52 grávidas e 44 lactantes e, em abril de 2020 constatou-se 18 grávidas e 24 lactantes, percebendo-se assim, uma diminuição no total de presas grávidas e lactantes, desde os meses de março e abril de 2020 (CNJ, 2020).

É nessas circunstâncias que, conforme os dados citados anteriormente, isto pode sugerir que o sistema prisional pode está apresentando falhas persistentes no reconhecimento e planejamento de suas demandas com a presença de ambientes inadequados e desrespeitando aos requisitos essenciais assegurados pelo ordenamento jurídico para a sobrevivência das mulheres nos estabelecimentos penais.

Essa situação prejudica não só as mães/gestantes, mas a vida do embrião ou feto e até mesmo o desenvolvimento regular dessas crianças pós-parto no período que a lei determina que permaneçam com suas mães nos presídios.

3 DAS MEDIDAS CAUTELARES

As medidas cautelares que possuem a natureza processual penal, conforme Lopes Jr (2018), objetivam garantir o normal desdobramento do processo. O que autoriza a sua determinação é a prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria, ou seja, o *fumus commissi delicti*, e o seu fundamento, o

denominado *periculum libertatis*, compreendido como o perigo decorrente do estado de liberdade do imputado. De posse do seu objetivo, fundamento e requisito, passemos a análise das espécies de medidas cautelares.

3.1 Restritivas de Liberdade

a) Da Prisão em Flagrante

Prevista nos artigos 301 e seguintes do Código de Processo Penal, em verdade, a prisão em flagrante trata-se de uma medida restritiva de liberdade de natureza pré-cautelar, de mera detenção (LOPES JR., 2018). Por tal razão, pode ser praticada por uma autoridade policial ou por um particular. Objetiva colocar o detido à disposição do juiz para que se adote ou não, em 24 horas, uma medida cautelar de fato.

Justifica-se nos casos excepcionais de necessidade e urgência elencados de maneira taxativa no artigo 302 do Código de Processo Penal, sendo suas espécies, flagrante próprio, flagrante impróprio, flagrante presumido, flagrante esperado, flagrante retardado, flagrante provocado e, por fim, flagrante forjado.

b) Da Prisão Preventiva

Por outro lado, a prisão preventiva é aquela que possui natureza cautelar, podendo ser decretada por juiz ou tribunal competente, em uma decisão fundamentada, mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial. Para mais, pode ser determinada no curso da investigação policial ou do processo, após sentença condenatória recorrível e inclusive, durante a fase recursal, para a garantia da lei processual penal.

Em virtude da sua natureza cautelar, seu requisito, como já apontado, é o *fumus comissi delicti*. Quanto a ele, assevera Lopes Jr. (2018) que não se trata de um juízo de certeza, mas sim, de probabilidade, que exige um raciocínio lógico e desapaixonado, segundo o qual se possa deduzir a realização de um delito cujas consequências apresentem um responsável concreto.

Desta forma, quando a autoria imputada ao agente ou a própria existência do crime forem improváveis, não se admite a prisão preventiva. Por sua vez, seu fundamento, o *periculum libertatis*, advém de situações fáticas, encaradas alternadamente, cuja proteção se faz necessária. Discorre o artigo 312 do Código Processo Penal sobre essas situações, sendo elas: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

No tocante a garantia da ordem pública, o que se pretende evitar com a decretação da prisão preventiva, é o abalo na ordem social oriundo do delito em questão. Por outro lado, garantia da situação econômica como sendo a tutela dedicada a condutas que afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica.

Quanto à conveniência da instrução criminal, decorre da necessidade de se proteger a efetividade da instrução, posto que a liberdade do imputado coloca em risco a coleta de prova. E por fim, para evitar que a sentença penal se torne inócua em virtude da fuga do imputado, invoca-se a garantia da lei penal como fundamento para a determinação da prisão.

Nesse contexto, destaca-se que, segundo o artigo 313 do CPP (BRASIL, 1941), os casos em que é possível são os crimes dolosos cuja pena máxima de privação de liberdade seja superior a 04 (quatro) anos, a existência de condenação por outro crime doloso em sentença transitada em julgado por parte do acusado e, se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, garantindo-se a execução das medidas protetivas de urgência.

Para mais, havendo o descumprimento de qualquer das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, como última medida o juiz pode decretar a prisão preventiva. Como aponta Capez (2019), trata-se da prisão substitutiva ou subsidiária, distinta da concedida autonomamente por ser aplicada somente após frustradas todas as tentativas de se garantir o processo por meios menos gravosos ao imputado.

Ademais, é uma modalidade de prisão provisória ao lado da prisão em flagrante e da prisão temporária. Deste modo, o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente, com o intuito de legitimar a decisão por essa medida extremamente gravosa (LOPES JR., 2018).

Portanto, é indissociável um juízo desapassionado e calcado na prova existente nos autos. A decisão que decreta a prisão preventiva não deve simplesmente invocar seus fundamentos legais; antes disso, deve nortear-se pelos princípios que regem as medidas cautelares, posto ser espécie destas, e ainda, basear-se em uma situação de perigo real ao natural ao desenvolvimento do processo.

c) Da Prisão Temporária

Nesta toada, prevista na Lei nº 7.960/89, a prisão temporária com natureza cautelar é a que possibilita as investigações de crimes graves durante o inquérito policial, somente podendo ser determinada pela autoridade judiciária (CAPEZ, 2019).

Este não pode agir de ofício, deve haver requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial (LOPES Jr., 2018).

Salienta-se que é a única prisão cautelar cujo prazo máximo está estabelecido em lei, sendo este de até 05 (cinco) dias, prorrogáveis por igual período, havendo extrema e comprovada necessidade. Contudo, em se tratando de crime hediondo, o prazo passa a ser de 30 (trinta) dias, também prorrogável por igual período.

Para sua determinação, é essencial que o juiz analise se é necessária para a investigação e coleta dos elementos probatórios buscados, assim como, se ocorre adequação com a finalidade apontada pela autoridade policial. Além disso, se os objetivos buscados não podem ser alcançados por meio de medidas cautelares menos gravosas para o investigado.

Como delinea Lopes Jr. (2018), somente poderá ser decretada quando estiverem presentes as situações dos incisos I e III do artigo 1º da Lei nº 7.960/89, ou seja, quando imprescindível para as investigações do inquérito policial e quando houver fundadas razões, conforme qualquer prova admitida pela lei penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes apontados. Isto porque, o texto do inciso II acaba sendo absorvido pelo disposto no inciso I.

d) Da Prisão Especial

Não se trata de uma espécie de prisão cautelar, mas sim, de uma forma de cumprimento da prisão preventiva, aplicada somente ao réu submetido à prisão cautelar (LOPES JR., 2018). Isso porque, em virtude do cargo que ocupam, da qualificação profissional, ou pelo fato de terem exercido alguma função perante a sociedade, algumas pessoas podem serem recolhidas em locais distintos da prisão comum.

É o caso dos estudantes universitários, dos governadores, prefeitos e Ministros e seus respectivos secretários, magistrados, entre outros. Cumpre destacar que somente poderá ser concedida durante o processo ou inquérito policial, sendo que, após a condenação transitada em julgado, o sujeito deverá ser recolhido a um estabelecimento comum (CAPEZ, 2019).

Para mais, os únicos privilégios do preso especial serão: não ser transportado junto do preso comum, ou seja, aqueles que não gozam dessa prerrogativa, e recolhimento em estabelecimento distinto do comum ou em cela distinta dentro do mesmo estabelecimento, conforme artigo 295, §§ 1º ao 5º, Código de Processo Penal.

2.2 Outras Cautelares Pessoais

Por seu turno, quando a prisão preventiva for cabível, mas em virtude da proporcionalidade, houver opção menos onerosa, o preso será submetido ao instituto de outras cautelares pessoais. Compete ao artigo 282 do Código de Processo Penal elencar os momentos para sua decretação, sendo a necessidade e a adequação, requisitos que norteiam a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Assim, caso não se demonstre a necessidade da medida para a garantia do processo e sem que a medida escolhida seja a mais idônea, de modo a produzir seus efeitos garantidores, será ilegal. No curso do inquérito, exige representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público para ser decretada e, durante o processo, poderá ser de ofício ou a requerimento de qualquer das partes. Podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente. Desse modo, passemos à análise de cada uma delas.

a) Da Prisão Domiciliar

Regulamentada pelos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal, do seu texto compreende-se que é aquela em que o segregado tem o recolhimento provisório realizado em sua própria residência, podendo ausentar-se dela somente com autorização judicial, sendo esta encarada como uma ausência permanente.

Distingue-se da medida cautelar de recolhimento domiciliar previsto no artigo 319, V, CPP, porque nesta é dado ao acusado uma maior liberdade, permitindo que o mesmo trabalhe, mantendo uma rotina emprego-domicílio. Destaca Capez (2019) ser essa distinção relevante posto que nos casos das medidas cautelares, não cabe o instituto da detração penal, enquanto que na prisão preventiva domiciliar é admissível, pois trata-se de prisão provisória.

Em relação às possibilidades de substituição da prisão preventiva pela domiciliar elencadas nos incisos de I a VI do artigo 318 do Código de Processo Penal, o ônus quanto a comprovação para a substituição cabe única e exclusivamente ao acusado, apresentando prova idônea de correspondência, podendo ocorrer por via documental ou perícia médica, por exemplo.

b) Comparecimento Periódico em Juízo

Para Marcão (2019), a finalidade da medida é obrigar o agente a prestar contas a respeito de suas atividades profissionais e pessoais, existindo com uma forma de monitoramento. É medida mais branda, porém suficiente para os casos de menor gravidade, ficando a critério do juiz determinar a periodicidade do comparecimento e suas condições.

Em relação a diferença entre o comparecimento periódico em juízo das medidas cautelares e o comparecimento aos atos processuais, previsto no artigo 210, parágrafo único do Código de Processo Penal, diz respeito apenas ao fato de que no primeiro, determina-se o comparecimento para assegurar os atos da instrução, enquanto que o segundo, o comparecimento ocorre em juízo.

c) Proibição de Frequentar Determinados Lugares

Consiste na proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando o acusado/indiciado deva permanecer distantes destes para evitar o risco de nova infração (MARCÃO, 2019). Não significa mera restrição da presença do acusado/indiciado a um bairro ou uma cidade, por exemplo, mas sim, a um local determinado, podendo ser estádios de futebol, bares, casas noturnas e outros.

Com o intuito de evitar a prática de crime contra a vida, contra o patrimônio, a incolumidade pública, por exemplo, a medida pode ser determinada, uma vez que, seu objetivo é evitar que a frequência do réu a determinados lugares crie para ele condições que favoreçam a prática de novos crimes.

d) Proibição de Contato com Pessoa Determinada

Trata-se de medida imprescindível para evitar o cometimento de novas infrações e a intranquilidade da vítima (MARCÃO, 2019). Nesse caso, o objeto da tutela, em regra, é a própria vítima. Contudo, pode ser também a testemunha e até mesmo um coautor do crime, de modo que sempre será alguém devidamente individualizado, sendo perfeitamente possível que possua uma função cautelar de prova.

Justifica-se por circunstâncias relacionadas com o fato que deu ensejo à instauração da investigação policial ou ao processo penal, sendo imprescindível a ligação entre a conduta passada do agente e o comportamento futuro que se busca evitar. A efetividade desta cautelar surge do fato de que a própria pessoa protegida se encarregará de denunciar o possível de cumprimento da ordem.

e) Proibição de Ausentar-se da Comarca

Aury Lopes Jr. (2018) assevera que se trata de medida cuja cautelaridade é evidente, servindo assumidamente para tutela da prova e, de maneira reflexa, da própria eficácia da lei penal. Não se objetiva evitar a prática de novos delitos, mas sim, influenciar positivamente na apuração de fatos, possuindo o término da instrução processual como limitação lógica e temporal.

Ademais, o afastamento em questão pode abranger não apenas um município, mas mais de um, vez que se refere a comarca. Quando sua necessidade e adequação tiverem congruência com as reais vantagens para os destinos da investigação ou instrução criminal, justifica-se. Por fim, ocorrendo seu descumprimento devido a um motivo emergencial, logo após a violação o agente deverá comunicá-la ao juízo competente por petição, devendo ser instruída por documentos sempre que possível.

f) Recolhimento Domiciliar

Consiste na determinação de permanência em domicílio no período noturno, compreendido entre as 20 horas de um dia e as 6 horas da manhã seguinte, e dias de folga, quando o investigado ou acusado tiver residência e trabalho fixo, segundo Marcão (2019). Para que haja uma melhor fiscalização, pode-se cumulá-la com o monitoramento eletrônico, vislumbrando aumentar a eficácia da medida.

Destina-se a diversos fins, desde minorar o risco de fuga, como tutela de prova, uma vez que o imputado fica nos limites trabalho-domicílio e como prevenção especial e geral. Nessa medida, é indispensável o nexó entre o delito praticado e a restrição, sem o que sua necessidade e adequação não estarão evidenciadas.

g) Suspensão do Exercício de Função Pública ou de Atividade de Natureza Econômico/Financeira

Sempre que houver comprovada ligação entre o delito cometido e o indivíduo em sua condição de funcionário/servidor público no exercício da função, será cabível presente medida, pois consiste na suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômico/financeira quando houver justo receio da utilização da função para a prática de infrações penais.

Dito isso, a suspensão não se confunde com a perda da função, pois esta decorre de sentença penal condenatória. Somente é cabível nos casos em que a permanência do acusado na sua função traga um justo receio de que está se aproveitando dela para a prática de infrações penais. Aponta Lopes Jr. (2018) que por não ter um prazo máximo determinado, pode acabar representando uma antecipação de pena.

h) Internação Provisória

Restringe-se aos crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, quando os peritos concluem ser o agente inimputável ou semi-imputável, havendo risco de reiteração. Leciona Lopes Jr. (2018) que tais requisitos devem ser apreciados de forma cumulativa e não alternativa. Seu propósito é evitar a reiteração delitiva.

Ao ser o agente considerado semi-imputável, basta o tratamento ambulatorial, podendo ser feito em meio livre, em clínica ou hospital especializado. Considerado inimputável, embora a lei processual não diga, a internação ocorre em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em estabelecimento adequado. A qualquer tempo poderá ser feita nova avaliação pericial, com vista a verificar a necessidade de sua manutenção ou adequação, caso em que, desaparecendo seu suporte legitimador, o imputado deverá ser colocado em liberdade.

i) Fiança

Distinguir essa modalidade de fiança da vinculada ao instituto da liberdade provisória, faz-se imperioso, uma vez que, embora moldadas pelo artigo 322 do Código de Processo Penal, possuem distinções de fato e de direito na sua essência. Enquanto a primeira pode ser aplicada na fase de investigação ou do processo, a segunda sempre pressupõe a existência da prisão em flagrante (MARCÃO, 2019).

Como medida cautelar restritiva, pode ser fixada no momento da sentença condenatória ou mesmo no momento da decisão de pronúncia. Em todo caso, a decisão do juiz deve ter como objetivo assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou havendo caso de resistência injustificada à ordem judicial, quando da análise da adequação, necessidade e suficiência.

j) Monitoramento Eletrônico

Nos ensinamentos de Lopes Jr. (2018), tal medida garante a possibilidade de vigilância ininterrupta do investigado, servindo como tutela para o risco de fuga e a prática de novas infrações. Por permitir esse controle ininterrupto, torna-se um útil instrumento para dar eficácia às demais medidas cautelares.

Ademais, é uma medida cautelar alternativa, devendo seu uso ser reservado para situações em que o nível de controle se justifica, encarado com o último passo antes da prisão preventiva, sendo, quase sempre, associado ao emprego de outra medida cautelar diversa da prisão. Tendo em vista que sempre se saberá a localização do acusado/indiciado, deve ser utilizado de modo a não ferir a dignidade do mesmo.

k) Proibição de Ausentar-se do País

Conforme aduz Marcão (2019), o artigo 320 do Código de Processo Penal (que prevê essa modalidade de medida cautelar), não traduz a forma de execução da medida que impõe a proibição de ausentar-se da comarca. Pelo contrário, traduz espécie de medida cautelar diversa daquela e com a qual não possui ligação.

Enquanto a proibição de ausentar-se do país tem como fim assegurar a aplicação da lei penal, a proibição de ausentar-se da comarca tem cabimento quando conveniente ou necessária para a instrução ou investigação penal. Portanto, nesta modalidade de medida cautelar diversa da prisão, compete ao juiz comunicar às autoridades policiais de fronteira a tentativa de burlar, por parte do acusado/indiciado tal medida.

4 PROTEÇÃO DA MULHER MÃE/GESTANTE NO CÁRCERE

4.1 O Direito Fundamental: Conceito, Dimensão e Titularidade

Os direitos fundamentais, seriam aqueles direitos inerentes ao ser humano reconhecidos e positivados expressamente ou implicitamente nas constituições e demais legislações de um Estado. São frutos de acordos e relações exteriorizados pelas discussões de uma sociedade democrática, vinculando o Estado em suas diversas fases de poder (FELDENS, 2018).

Na Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias fundamentais são previstos no Título II, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. Sendo assim, o legislador adotou cinco espécies ao gênero direito e garantias fundamentais: direitos e garantias individuais coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos, e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos (MORAES, 2014).

Nesse sentido, os direitos fundamentais são classificados em primeira, segunda e terceira gerações. Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta. Já os direitos fundamentais de segunda geração, são os direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século (MORAES, 2014).

Por sua vez, os direitos fundamentais de terceira geração mais modernos são os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros tantos direitos difusos (MORAES, 2014).

Conforme Sarlet (2018), os direitos fundamentais são também considerados direitos humanos, pois o seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupo, povos, nações, estado). No entanto, diferenciam-se, pois, os direitos fundamentais são aqueles direitos dos seres humanos previstos no texto constitucional de um Estado e os direitos humanos

seriam aqueles direitos positivados no plano internacional, atribuídos aos indivíduos pelo simples fato de serem humanos.

Nessa perspectiva, ressalta-se a titularidade, os destinatários da proteção ou tutela desses direitos. A Carta Magna de 1988 no seu artigo 5º, caput, atribui a titularidade aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. A expressão “residentes no Brasil” refere-se aos estrangeiros que não possuam residência fixa no Brasil ou estão apenas visitando o país, sendo a eles assegurados direitos e garantias fundamentais dentro do território nacional (MORAES, 2014).

Desta forma, os direitos fundamentais têm como titulares os seres humanos, individualmente ou coletivamente considerados. Salienta-se que o objetivo de tais direitos seria assegurar o direito à vida e a dignidade da pessoa humana com propósito de tratar os indivíduos com humanidade e respeito perante a coletividade e pelo Estado.

4.2 O Direito Fundamental na Constituição de 1988 e sua Eficácia

A Constituição Federal de 1988, é um marco jurídico da transição ao regime democrático que alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais. Desde o seu preâmbulo, a Carta Magna de 1988 projeta a construção de um Estado Democrático de Direito quando diz:

“Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia 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 (BRASIL, 2016)”.

É possível observar que, a garantia aos direitos fundamentais já vem positivada desde o início na parte preambular, assim como, no corpo permanente do texto constitucional deixando claro que os direitos e garantias fundamentais são elementos básicos para a realização do princípio democrático, repousando na dignidade da pessoa humana a concepção de que a pessoa é fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Com isso, entende-se que os direitos e garantias fundamentais têm como elemento basilar a dignidade da pessoa humana, que vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo um suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro (PIOVESAN, 2010).

Por essa razão, a Constituição Federal de 1988, procura deixar claro os direitos e garantias fundamentais pertencentes aos cidadãos, bem como, deixa implícito as demais garantias pertencentes a cada indivíduo, pois o essencial e primordial é ter o direito a uma vida digna, direito a viver sob condições plausíveis, viver em um lugar onde qualquer ser humano possa habitar e ter os seus direitos e deveres respeitados.

Sendo importante destacar, o papel da a dignidade da pessoa humana, como parâmetro orientador a interpretação do sistema constitucional, assim como, o poder que esse princípio demonstra para vincular o Estado ação e efetivação da realização dos direitos fundamentais previstos na Constituição (CAVALCANTE, 2018).

Nesse sentido, todo e qualquer preceito constitucional é dotado de certo grau de eficácia jurídica e aplicabilidade, haja vista que, as normas que determinam os direitos fundamentais não são iguais no que se refere à função que exercem no sistema jurídico constitucional e os meios de positivação usados (SARLET, 2018).

A Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, § 1º, dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, ou seja, via de regra não necessitam de regulamentação infraconstitucional para produzir todos os seus efeitos.

A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais é de grande relevância, pois, resguarda e garante a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Por conta disso, não seria certo entender que as normas garantidoras de direitos e garantias fundamentais devem depender de outra norma para serem positivados, visto que, são normas que tem a possibilidade de proteger e regular diretamente as relações jurídicas (MATOS, 2016).

4.3 Da Substituição da Prisão Preventiva pela Domiciliar nos Casos de Gestantes/Mães

Introduzida no Brasil pela Lei nº 12.403/11, conforme mencionado, a prisão cautelar domiciliar substitutiva da prisão preventiva, é aquela em que o segregado tem o recolhimento provisório realizado em sua própria residência, podendo ausentar-se somente com autorização judicial (BRASIL, 1941).

Assevera Marcão (2019) que durante a fase de inquérito, a decretação será realizada mediante requerimento do investigado, do Ministério Público ou de representação da autoridade policial. Já durante o processo, pode ser decretada de ofício pelo juiz ou a requerimento das pessoas anteriormente mencionadas.

Importa distinguir essa modalidade de prisão do recolhimento domiciliar noturno. Enquanto a prisão cautelar domiciliar é determinada em substituição da prisão preventiva, frente às possibilidades elencadas no artigo 318 do Código de Processo Penal taxativamente, a medida cautelar de recolhimento domiciliar disposta no artigo 319, V, do mesmo diploma legal, é medida alternativa da prisão preventiva, podendo ser aplicada a qualquer pessoa.

Além do que, a prisão domiciliar é prisão preventiva cumprida em período integral no domicílio do agente ao se verificar que as medidas trazidas no artigo 319 do Código de Processo Penal são insuficientes para garantirem o juízo. Em contrapartida, assevera Lopes Jr. (2018) que o recolhimento domiciliar garante ao acusado uma maior liberdade, permitindo que o mesmo trabalhe, de forma a manter uma rotina emprego-domicílio.

Dentre as várias vantagens dessa modalidade de prisão, destacam-se a redução do contingente carcerário, no tocante aos presos cautelarmente, a restrição da liberdade cautelar do indivíduo preso sem, contudo, submetê-lo às mazelas do cárcere e o tratamento diferenciado das situações que por questões humanitárias e de assistência, exigem uma atenuação do cárcere.

Para que ocorra a substituição, nos termos do artigo 318, CPP (BRASIL, 1941) o juiz deve observar se o agente tem mais de 80 (oitenta) anos, se está extremamente debilitado por motivo de doença grave, se é imprescindível aos cuidados de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência, se é gestante, mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos ou homem, sendo o único responsável pelos cuidados de filho com até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Desta forma, pontua Marcão (2019), a substituição é um direito subjetivo do encarcerado, logo, poder-dever conferido ao magistrado. Isto posto, voltemo-nos para a situação das gestantes e mães detentas. Atualmente, como o artigo 318, inc. IV, refere-se apenas a gestante, basta que se prove a gestação, independentemente do período gestacional ou condição de risco, como outrora.

Por outro lado, quanto a situação de mães com filhos de até 12 (doze) anos, a atual redação do inciso V do artigo 318, CPP, foi introduzida pela Lei nº 13.257/2016, que dispõe acerca das políticas públicas para primeira infância. Nesse caso, a proteção recai sobre quem seja filho dessa mulher. Além disso, é obrigatório que o filho esteja exclusivamente sob sua custódia ao tempo da determinação da medida.

Neste contexto, em favor de todas as mulheres presas preventivamente na condição de gestante, puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como, em nome das próprias crianças, Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos-CADHu, fundação independente e sem fins lucrativos, impetraram o *habeas corpus* coletivo nº 143641/SP com pedido de liminar.

Com o objetivo de que tais mulheres pudessem cumprir pena em prisão domiciliar, discorreram acerca da situação enfrentada por elas no cárcere, demonstrando o tratamento desumano, cruel e degradante, ao qual são submetidas, tendo em vista o desrespeito constante as garantias legais conferidas a elas.

Ao longo dos argumentos elencados, afere-se que a prisão preventiva cumprida nos sistemas carcerários nacionais não retira dessas detentas apenas sua liberdade, mas também, o acesso a programas de assistência pré-natal, durante o parto e o no pós-parto. Além disso, priva as crianças de condições adequadas a seu desenvolvimento.

Em relação a estrutura dos estabelecimentos penais, infelizmente não se compactua com o disposto na lei. Embora a Lei de Execução Penal (LEP) determine como obrigatória a presença de instalações nos estabelecimentos penais para atendimento a gestantes e crianças, essas disposições são sistematicamente desrespeitadas. Desse modo, são ambientes inadequados à mulher presa, em especial, a gestante e a que é mãe.

Durante o encarceramento, a maternidade encontra-se longe de ser prazerosa e amparada pelo Estado como deve ser, ficando as mulheres expostas a inúmeras violências (DIUNA; CORRÊA; VENTURA, 2017). A falta de assistência necessária para a geração de uma criança em condições adequadas, bem como, o fato de sofrerem com um ambiente insalubre após nascerem, caracteriza a realidade das gestantes e mães detentas.

Reconhecendo a situação degradante a qual são submetidas, o Supremo Tribunal Federal (STF) no dia 20 de fevereiro de 2018 concedeu o *habeas corpus* nº 143.641/SP por maioria dos votos, manifestando a importância da substituição da prisão preventiva pela domiciliar tanto para o bem-estar da mãe, quanto para o de seus filhos.

Em seu voto, o Ministro relator Ricardo Lewandowski admitiu como lamentável a gravíssima deficiência estrutural do sistema prisional nacional, especificamente em relação à situação da mulher presa. Além disso, que essa falha estrutural agrava a

“cultura do encarceramento”, revelada pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis.

Mesmo diante de soluções de caráter humanitário o rigor com o qual certos magistrados interpretam a lei penal, bem como a lei processual penal, acaba gerando situações que ferem a dignidade humana das gestantes e mães detentas. É necessário entender que os cuidados dispensados à mulher presa se direcionam, também, aos seus filhos, vítimas injustas das consequências da prisão da mãe, em evidente contrariedade ao texto constitucional.

Além do que, “quer sob o ponto de vista da proteção dos direitos humanos, quer sob a ótica estritamente utilitarista, nada justifica manter a situação atual de privação a que estão sujeitas as mulheres presas e suas crianças, as quais, convém ressaltar, não perderam a cidadania, em razão da deplorável situação em que se encontram” (STF- 2ª Turma- HC nº 143641/SP- Relator: Ministro Ricardo Lewandowski- Publicação: 20/02/2018, p. 29-30).

Desse modo, para evitar a arbitrariedade judicial e a supressão sistemática de direitos, foi concedida a ordem para a substituição, destacando-se que, caso o juiz entenda a prisão domiciliar como inviável ou inadequada, poderia substituí-la pelas medidas cautelares diversas da prisão elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal (STF- 2ª Turma- HC nº 143641/SP- Relator: Ministro Ricardo Lewandowski- Publicação: 20/02/2018, p. 29-30).

Posteriormente a esse julgamento, a Lei nº 13.769/2018 que dispõe sobre a prisão domiciliar e traz novos critérios de progressão de pena para mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência e gestantes, inseriu os artigos 318-A e 318-B no Código de Processo Penal, revelando critérios para substituição.

Assim, o crime não pode ter sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, seu filho ou dependente e, ela será feita sem prejuízo das disposições do artigo 319 do Código de Processo Penal. De extrema importância é a decisão, pois aponta ser necessário concretizar as garantias legais previstas no âmbito interno para essas mulheres.

Além disso, também demonstra ser fundamental fazer valer os tratados assinados internacionalmente por nosso país, que salientam o dever de se garantir o bem-estar delas e de suas crianças nessa situação, uma vez que, o desrespeito a essas garantias leva a situações de constantes violações a sua dignidade e que a prisão domiciliar poderia reverter, conferindo-lhes a dignidade humana que o cárcere retira.

4.4 A Prisão Domiciliar como Garantia da Dignidade Humana

A Constituição da República Federativa do Brasil, no seu artigo 1º, inciso III, prevê a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da república para a construção de um Estado Democrático de Direito, no qual os demais princípios encontram-se ancorados. Nessa acepção, a dignidade é um fundamento e uma qualidade inerente a condição de ser humano.

Segundo Antunes (2016, apud Moraes, 2004, p. 143) a dignidade da pessoa humana significa:

“ A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”

Em razão disso, a dignidade da pessoa humana, revela-se como um elemento do conjunto de direitos fundamentais básicos, que desde o apogeu de reconhecimento sofrido por ela após a Segunda Guerra Mundial, passou a ser consagrada mundialmente nas Constituições dos Estados, dada as atrocidades cometidas durante esse período, devendo ser o ponto principal dentro de um ordenamento jurídico, o ponto máximo de sua observância enquanto regente da sociedade (FRIAS; LOPES, 2015).

Por esse motivo, a dignidade humana, é a base para todos os direitos e garantias fundamentais. Isto porque, os direitos fundamentais ora garantidos e positivados expressamente e implicitamente por normas de cunho nacional e internacional como tratados e convenções, possuem um valor comum, qual seja, a valorização do indivíduo sob qualquer situação, prevalecendo sempre a sua dignidade (FERNANDES; OLIVEIRA, 2015).

Ademais, do texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, observa-se que é garantido aos cidadãos o direito a ter dignidade pelo fato de serem humanos e de possuírem liberdade desde o nascimento, não se admitindo qualquer desrespeito a tais valores. Logo, embora existam normas que limitem os direitos fundamentais, é inadmissível que estas retirem o valor humano do indivíduo (FERNANDES; OLIVEIRA, 2015).

Em relação aos sistemas prisionais, como mencionado, cabe a Lei de Execução Penal (LEP) regular o cumprimento das penas fazendo isso atentando para o atendimento a esses direitos. Em seu artigo 3º, caput, prevê que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Entretanto, na prática, evidencia-se uma série de violações a estes direitos.

Como demonstrado, ao longo desse artigo, ao ser encarcerada, a mulher gestante ou mãe não perde apenas sua liberdade, mas também, perde o acesso a direitos legalmente garantidos a ela. Isto porque, nesses sistemas, deparam-se com celas e dormitórios inadequados, falta de berçários, centro materno-infantil e até mesmo, com a falta de equipe médica especializada, como ginecologistas e pediatras, por exemplo.

Ainda, lidam com a falta de creches, com o uso de algemas durante o parto em alguns estabelecimentos, em confronto frontal com a Lei nº 13.434/2017, bem como, com uma alimentação inadequada e acomodações precárias. De toda sorte, nesses sistemas, acaba-se retirando das mulheres detentas sua liberdade, seu direito à intimidade, à maternidade e a saúde (SPINDOLA, 2016).

Estruturado basilarmente em um entendimento machista e patriarcal, o sistema carcerário brasileiro negligência às necessidades específicas das mulheres encarceradas. Uma vez dentro desses sistemas, o Estado não se preocupa em adaptá-los às necessidades femininas, ao revés, acabam por receberem o mesmo tratamento destinados aos homens (ISAAC; CAMPOS, 2019).

O encarceramento dessas mulheres gera consequências não apenas para elas, mas também, aos seus filhos. Se por um lado a gravidez durante o cárcere se mostra traumática, por falta de auxílio adequado durante o período gestacional, bem como, de uma estrutura adequada ao pós-parto, por outro, a separação da mãe com seu filho gera uma devastadora desestruturação familiar, já que a criança passa a transitar em lares e abrigos de adoção (ISAAC; CAMPOS, 2019).

Muito embora existam avanços normativos, a realidade enfrentada por essas detentas ainda está longe de se aproximar da delineada nestes regramentos. Aduz Spindola (2016), que embora exista um avanço social e legal para suprir as deficiências, as peculiaridades inerentes ao gênero feminino continuam sem a adequada conformidade dentro dos sistemas prisionais.

Nesse contexto, a prisão preventiva surge como alternativa as mazelas do cárcere. E mais que isso, sendo a dignidade humana um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, por meio da prisão domiciliar, estar-se-ia proporcionando uma realidade que o Estado insiste em não promover no seio desses sistemas.

Revelando-se, ainda, a dignidade humana como um conjunto de direitos fundamentais básicos, ao ser a situação enfrentada por elas no cárcere de total falta estrutural, seja em relação a acomodação, seja em relação a acesso aos programas assistenciais, o que impossibilita o desfrute de uma gravidez e criação de seus filhos de forma adequada, verifica-se um desrespeito a sua dignidade, pois o acesso a tal estrutura nesses estabelecimentos é direito seu.

Nesse sentido, afirma Oliveira (2016, p.558) que “qualquer tentativa de reduzir a pessoa a um nível sub-humano viola a sua dignidade e o seu valor”. Por esta razão, a dignidade deve ser garantida a todo indivíduo, inclusive em situação de privação de liberdade. Em recolhimento domiciliar, não deixariam de cumprir sua pena, deixariam apenas de serem duplamente punidas.

Em caráter domiciliar, poderiam vivenciar uma gestação em um ambiente livre das violências sofridas no cárcere, desfrutando de atendimento médico adequado, alimentação de melhor qualidade, assim como, de uma adequação mais favorável à sua condição, alcançando as garantias legalmente previstas e descumpridas pelo Estado.

Além disso, consoante Diuana, Corrêa e Ventura (2017, p. 732), “na prisão, o fechamento institucional e as regulamentações penais, a vigilância constante, a restrição do poder decisório das mães e a separação compulsória dos filhos promovem formas de viver a maternidade que se distinguem e ressignificam a relação com os filhos”.

Desse modo, seria garantido as mães o direito de serem reconhecidas como núcleo familiar dessas crianças. Para mais, a prisão domiciliar seria a melhor forma de proteger essas crianças, pois é impossível fazer alusão a um presídio ideal a elas. Portanto, em regime de prisão domiciliar, vivenciaram a gestação e criação de seus filhos em um ambiente com condições dignas de sobrevivência, tendo o total respeito ao atendimento dos direitos garantidos a elas e a seus filhos.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo central a demonstração do instituto da substituição da prisão preventiva pela domiciliar como forma de garantia da dignidade humana para as gestantes e mães detentas, voltando-se para a situação vivenciada por elas nos sistemas prisionais brasileiros.

Desta forma, o primeiro capítulo tratou acerca da historicidade dos sistemas prisionais, bem como, sobre a estrutura carcerária a qual estas mulheres estão submetidas, demonstrando que historicamente foi pensado por homens para homens, acarretando na inobservância das peculiaridades inerentes ao gênero

feminino, de modo a se tornar um local inadequado, em especial, as mulheres que são gestantes e mães.

Na segunda seção, discorreu-se sobre o instituto das medidas cautelares restritivas de liberdade e as que divergem da prisão, momento em que se tornou possível descrever cada uma delas. Por fim, no último capítulo, abordou-se sobre os direitos humanos em seu conceito, dimensão e titularidade, além da sua previsão na Constituição Federal de 1988 e sua eficácia.

Ainda, abordou-se sobre a substituição da prisão preventiva pela domiciliar no caso dessas mulheres e a prisão domiciliar como garantia meio de garantir-lhes a dignidade humana. Ao longo da pesquisa foi possível observar que a deficiência estrutural do cárcere feminino nacional impossibilita que a maternidade seja vivenciada em um ambiente propício às especificidades decorrentes desse momento.

Isto porque, tal deficiência fere constantemente a dignidade dessas mulheres ao tirar delas o acesso às garantias legalmente previstas dentro desses sistemas. Conforme relatório elaborado pelo INFOPEN e apresentado por este artigo, no Estado do Piauí, por exemplo, no período de julho a dezembro de 2019, observou-se que não havia nenhuma unidade feminina e mista com cela/dormitório adequado para gestantes. Ainda, não foi observado nenhum sistema prisional com berçário e/ou centro materno infantil e creche.

Ademais, observou-se que, ante o preenchimento de requisitos elencados pelo Código de Processo Penal, surgiria para elas a possibilidade de terem a prisão preventiva substituída pela prisão domiciliar. Entendimento este corroborado pela 2ª Turma do STF ao concederem, por maioria absoluta dos votos, o *habeas corpus* (HC nº 143641/SP) frente ao reconhecimento da situação deplorável a qual são submetidas no cárcere.

Desta feita, tendo em vista a falta de estrutura legal para a gestante e para seu filho ao nascer, a alimentação inadequada, às condições precárias de higiene, a perda do poder familiar em relação aos seus filhos, a falta de equipe médica especializada, a superpopulação carcerária, em suma, a total supressão de direitos nos sistemas penitenciários, com a prisão domiciliar, essas mulheres teriam acesso, por exemplo, a acomodação e alimentação propícias, bem como, atendimento médico e uma maior proximidade com seus filhos, ou seja, acesso ao bem estar mínimo que compõe e forma a dignidade humana, valor supremo que todos têm direito pelo simples fato de ser pessoa, e que se constitui como um conjunto de direitos fundamentais básicos.

REFERÊNCIAS

ANGOTTI, Bruna. **Entre as Leis da Ciência, do Estado e de Deus:** O surgimento dos presídios femininos no Brasil. 2ª ed. San Miguel de Tucumán: Universidad Nacional de Tucumán. Instituto de Investigaciones Históricas Leoni Pinto, 2018.

ANTUNES, Flávia Cardoso. Os Direitos Humanos do Preso no Sistema Prisional Brasileiro: É possível a ressocialização? **Letras Jurídicas**. n. 6, 2016. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/wp-content/uploads/2017/03/LJ-06-19.pdf>. Acesso em: 15 de abr. de 2020.

BARBIERI, Bruna; BARBIERI. Matheus Batista. **Mães no Cárcere**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69299/maes-no-carcere>. Acesso em: 16 de abr. 2020.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, 25 de março de 1824. Rio de Janeiro, RJ [1824]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 02 de abr. de 2020.

_____. [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: 11 de abr. 2020.

_____. **Código Criminal do Império do Brazil**, 08 de janeiro de 1831. Rio de Janeiro, RJ [1830]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 02 de abr. de 2020.

_____. **Decreto lei nº 3.689**, 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: RJ, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 21 mar. 2020.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 18 de mar. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 143.64**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2018]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional - SISDEPEN, Jan-Jun, 2019, Nacional**. Disponível em:

<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br>. Acesso em: 03 de maio de 2020.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional - SISDEPEN, Jul-Dez, 2019, Nacional**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br>. Acesso em: 03 de maio de 2020.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional - SISDEPEN, Jan-Jun, 2019, Piauí**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/PI/pi>. Acesso em: 03 de maio de 2020.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional - SISDEPEN, Jul-Dez, 2019, Piauí**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/PI/pi>. Acesso em: 03 de maio de 2020.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes**. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shIGLMapa. Acesso em: 08 de abr. de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2019

CAVALCANTE, Geovanio de Melo. **A força vinculante do princípio da dignidade da pessoa humana à efetivação dos direitos fundamentais pelo estado brasileiro**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63775/a-forca-vinculante-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais-pelo-estado-brasileiro>. Acesso em: 19 de abr. de 2020.

CIEGLINSKI, Thaís. **Presídios Femininos têm 466 grávidas ou lactantes**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/presidios-femininos-tem-466-gravidas-ou-lactantes/>. Acesso em: 08 de abr. de 2020.

DIUANA, Vilma; CORREA, Marilena C.D.V.; VENTURA, Miriam. **Mulheres nas prisões brasileiras: tensões entre a ordem disciplinar punitiva e as prescrições da maternidade**. *Physis [online]*. 2017, vol.27, n.3, pp.727-747. ISSN 1809-4481. <https://doi.org/10.1590/s0103-73312017000300018>. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312017000300727&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 10 de abr. de 2020.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Livraria do Advogado Editora, 2018. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=lang_pt&id=Xz1WDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT3&dq=direitos+fundamentais+conceito&ots=DzIz3xIWek&sig=3bxaAF9xBP9rEmELIwHb6s7n6zw#v=onepage&q=direitos%20fundamentais%20conceito&f=false. Acesso em: 13 de abr. 2020.

FERNANDES, Isabela Alves Drumond.; DE OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira. Violação da dignidade humana em face da precariedade do sistema penitenciário brasileiro. **Direito e Desenvolvimento**, 6(12), 63-82, João Pessoa, 2015. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/289/271>. Acesso em: 15 de abr. de 2020.

FREITAS, Cláudia Regina Miranda de. O cárcere feminino: do surgimento às recentes modificações introduzidas pela lei de execução penal. **Rev Fac Arnaldo Jansen Direito**, v. 4, n. 4, p. 125-45, 2014. Disponível em: http://revistapensar1.hospedagemdesites.ws/direito/pasta_upload/artigos/a187.pdf. Acesso em: 21 de mar. de 2020.

FRIAS, Lincoln; LOPES, Nairo. **Considerações sobre o conceito de dignidade humana**. Rev. Direito GV [online]. 2015, vol. 11, n.2, pp. 649-670. ISSN 1808-2432. <https://doi.org/10.1590/1808-2432201528>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S180824322015000200649&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 16 de abr. de 2020.

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

ISAAC, Fernanda Furlani; CAMPOS, Tales de Paula Roberto de. **O Encarceramento Feminino no Brasil**. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=node/997>. Acesso em: 16 de abr. 2020.

JUNIOR, Aury Celso Lima Lopes. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

KLANOVICZ, Luciana Rosar Fornazari; BUGAI, Fernanda de Araújo. MULHERES NO CÁRCERE: A estrutura do sistema prisional e a construção do gênero no Brasil. **História e Perspectivas**, Uberlândia (59); 80-97, jul/dez, 2019. Disponível em:

<http://www.seer.ufu.br/index.php/historiaperspectivas/article/download/41632/26325/>. Acesso em: 01 de abr. de 2020.

KUNRANTH, Yasmine Coelho. Eficácia dos Direitos Fundamentais. **Saberes da Amazônia**. Porto Velho. V. 1, n. 2, p. 278-310, 2016. Disponível em: <https://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/saberesamazonia/article/view/28>. Acesso em: 13 de abr. de 2020.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019

MATOS, Marilene Carneiro. **Direitos e garantias fundamentais e aplicabilidade imediata**. Brasília, E-Legis, n. 8, p. 66-81, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini.; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. Volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Renato Alves de. A dimensão teológico-cristã da pessoa humana. **HORIZONTE - Revista de Estudos de Teologia e Ciências da Religião**, v. 14, n. 42, p. 557-605, 30 jun. 2016. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/horizonte/article/view/P.2175-5841.2016v14n42p557>. Acesso: 15 de abr. de 2020.

OLIVEIRA, Beatriz Aparecida de; COSTA, Lucivânia Ventura da. **Cárcere Feminino: Uma Análise do Sistema Prisional no Brasil**. In: Congresso Brasileiro de Assistentes Sociais, 2019. Disponível em: <http://broseguini.bonino.com.br/ojs/index.php/CBAS/article/view/1315/1285>. Acesso em: 02 de abr. de 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direito Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Jahyra Helena P. dos; SANTOS, Ivanna Pequeno dos. Prisões: Um aporte sobre a origem do encarceramento feminino no Brasil. In: WOLKMER, A. C.; FONSECA, R. M.; SIQUEIRA, G. S. (Org.). **História do direito**. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, 2014. p. 387-401. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c76fe1d8e0846243>. Acesso em: 02 de abr. de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Livraria do Advogado editora, 2018. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=lang_pt&id=zERPDwAAQBAJ

&oi=fnd&pg=PT10&dq=direitos+fundamentais+conceito&ots=9rkweHLugK&sig=dafVxowE7I9mQlrVHnN3eVudB9g#v=onepage&q=direitos%20fundamentais%20conceito&f=false. Acesso em: 13 de abr. 2020.

SPINDOLA, Luciana Soares. **A mulher encarcerada no sistema penal brasileiro: a busca de soluções para as especificidades do gênero feminino no tocante à maternidade.** 29f. Artigo. (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília: IDP/EDB, 2016. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2274/Artigo_Luciana%20Soares%20Spindola.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 19 de abr. de 2020.

UNESCO, **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423>. Acesso em: 15 de abr. de 2020.

NOTAS:

^[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail:* (helianaraf@gmail.com)

^[2] Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. *E-mail:* (rogerioxerezadv@hotmail.com)

^[3] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Teresina-PI, 01 de junho de 2020.

INVASÃO DE DOMICILIO E A INVIOABILIDADE DOMICILIAR

JOSÉ ANTONIO MARQUIOLI JÚNIOR:

Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil -
Fernandópolis SP

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de direito, da Universidade Brasil como complementação dos critérios necessários para o título de bacharel em direito. Orientador: Prof. Rafael Valério Iglesias e Prof. Márcia Kazume Pereira Sato.

RESUMO: Este trabalho apresenta as diversas exceções que ficam previstas no texto constitucional onde autorizam a violação do domicílio tanto no período diurno como no noturno sem a exibição de mandato judicial. Por outro lado, a autoridade competente vai ter que exibir mandato judicial fundamentado, a busca e apreensão como meio de prova, e a questão do período diurno ou noturno. Portanto tem como resultado final analisar o direito à inviolabilidade do domicílio, conforme a Constituição Federal de 1988, previsto no inciso XI, do seu artigo 5º; bem assim como entender em matéria Processual Penal, como acontece o instituto da busca e apreensão. Vendo que este tema é muito importante para que o sujeito se desenvolva de acordo com sua personalidade pois, a inviolabilidade do domicílio é uma garantia individual, prevista na Constituição Federal e a sua violação vai interferir na vida íntima do indivíduo, atingindo assim a sua dignidade.

Palavras-Chave: Inviolabilidade; Domicilio; Busca e apreensão.

ABSTRACT: This paper presents the several exceptions that are foreseen in the constitutional text where they authorize the violation of the domicile both during the day and at night without showing a judicial mandate. On the other hand, the competent authority will have to display reasoned judicial mandate, search and seizure as evidence, and the issue of day or night time. Therefore, its final result is to analyze the right to the inviolability of the domicile, according to the Federal Constitution of 1988, provided for in item XI of article 5; as well as understand in Criminal Procedural matters, as happens the institute of search and seizure. Seeing that this theme is very important for the subject to develop according to his personality because the inviolability of the domicile is an individual guarantee, provided for in the Federal Constitution and its violation will interfere in the intimate life of the individual, thus achieving their dignity.

Key words: Inviolability; Residence; Search and seizure.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO. 2.1. A definição de domicílio. 2.2. Titulares do direito. 2.3. Modo de adentrar ao domicílio. 3. DA BUSCA E APREENSÃO. 3.1. Das Exceções a Inviolabilidade Domiciliar. 3.1.1 O que é considerado dia? 3.1.2. Flagrante Delito. 3.1.3. Desastre e Prestação de Socorro. 3.1.4. Determinação Judicial. 4. A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO E O FISCO. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo que irá falar sobre o direito à inviolabilidade do domicílio e sobre as possibilidades da busca e apreensão poder ocorrer nas residências. E também falará sobre um direito fundamental, que é a principal base de todos os direitos e garantias fundamentais atribuídos ao ser humano num todo.

No que lhe observa, no seu artigo 5º, a Constituição Federal de 1988, trata sobre os direitos e as garantias fundamentais; fala sobre os direitos individuais e coletivos; em resumo, no inciso XI, do referido artigo 5º, a redação do mesmo estabelece o seguinte: *"a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial"*. Mesmo podendo conhecer uma proteção à liberdade física e à propriedade, inevitável é reconhecer que o bem jurídico por ela tutelado é o direito a intimidade, previsto no inciso anterior, ou seja, o inciso X, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

Não é absoluta a inviolabilidade do domicilio, até porque a própria constituição ressalva as hipóteses em que a entrada no domicilio de um indivíduo sem o seu consentimento é possível. Uma das hipóteses previstas, por exemplo, é no caso de busca e a apreensão. Medida regulamentada pelo Código de Processo Penal, que, se faz meio de prova, contudo, somente poderá ser cumprida no período diurno com mandado judicial fundamentado por autoridade competente, quando existem razões que a autorizem. Temos ainda que a prova que for obtida sem a apresentação de mandato judicial poderá ser considerada nula, de acordo com o inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal.

É também destaque deste estudo, mostrar o conceito de domicílio, bem como, o conceito e a finalidade da busca e apreensão. A residência ou domicílio em face de sua grandeza, os sujeitos titulares deste direito e, as formas de se adentrar em algum domicilio. A busca e apreensão com o mandato judicial fundamentado, as diferenças entre o que seja busca, e o que seja apreensão e o horário que deverá ocorrer tal diligência.

Devemos, assim, entender que este trabalho terá como propósito, falar sobre o direito a inviolabilidade do domicílio, direito fundamental enraizado mundialmente pelos direitos humanos e, também, incorporado na Constituição Federal do Brasil de 1988.

2. DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

É um direito fundamental distribuído aos indivíduos em consideração a sua dignidade, com a intenção de lhes garantir um espaço elementar para o livre desenvolvimento de sua personalidade. Entretanto, este princípio prevê uma das mais importantes e antiga garantias individuais de uma sociedade civilizada, pois reúne a tutela da intimidade, da vida privada, da honra, bem como a proteção individual e familiar, do sossego e da tranquilidade, garantias que não podem ceder salvo, excepcionalmente à perseguição criminal ou tributaria do Estado.

Essa inviolabilidade é consagrada pelo princípio constitucional, direito fundamental, em respeito à dignidade da pessoa humana, um princípio da constituição brasileira.

Foi reconhecida juntamente com outros direitos pessoais ligados à vida privada e família, a proteção ao domicílio, como fica demonstrado na Constituição Federal de 1988.

É de supra importância desse estudo, o conceito de "domicílio", apesar de que, a Constituição Federal não utilize a expressão domicílio, substituindo por "casa". Os dois termos devem ser vistos como equivalentes, devido a sua amplitude no direito. Esse termo não tem relação direta a propriedade, mas, com a posse para efeitos de residência.

2.1. A definição de domicílio

A casa ou domicílio limita um espaço físico em que a pessoa pode desfrutar da sua privacidade. Dentro desse espaço, não pode sofrer invasão por terceiros, e deverá ter paz na vida íntima.

Para Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco; "A inviolabilidade do domicílio esclarece Dinorá Musetti Grotti- significa a proibição da intrusão material em uma habitação privada". Visa proteger a privacidade do indivíduo, assim como, o seu direito de propriedade, a sua liberdade, a segurança individual e sua personalidade.

O domicílio deve ser interpretado de formas mais ampla possível, para os resultados da proteção constitucional, diferentemente do Código Civil que o faz

restritivamente ao preceitua no artigo 70, (referindo-se à residência como ânimo definitivo).

Prosseguindo, no nosso ordenamento protege a casa por meio da legislação civil e penal. O doutrinador define domicílio como o lugar onde a pessoa reside com ânimo definitivo, por esta definição, pode-se observar que o doutrinador procurou proteger o lar, a casa, no caso seria o lugar onde alguém mora, como por exemplo: barraca de campista, barraco de favela ou rancho de pescador, não importando se a moradia seja de forma permanente, transitória, eventual ou alternada.

Equipara-se o termo “domicílio” a expressão “casa”, os dois refletem ao lugar onde um indivíduo vive ou trabalha, não aberto ao público, protegendo a sua intimidade, sua vida privada, ocupando-se de assuntos particulares ou profissionais. A definição jurídica de casa se encontra no §4º, do artigo 150, do Código Penal, que também dispõe sobre o crime de “violação de domicílio”, e 246 do Código de Processo Penal.

No artigo 150, do Código Penal, prevê o crime de violação de domicílio, expondo as penas para o crime, a definição do conceito “casa”, destaca-se o que não é considerado “casa” para os devidos meios de proteção constitucional, e assim o aumento de pena se o crime for cometido por funcionário público, àqueles casos em que o policial é o sujeito ativo.

Uma forma ampla de domicilio adotado pelo Supremo Tribunal Federal, inclui qualquer compartimento habitado, mesmo que integrando habitação coletiva (pensão, hotel etc.) e, qualquer repartição privada onde alguém exerce profissão ou qualquer outra atividade pessoal, com direito próprio e de maneira exclusiva, ainda que não seja em caráter definitivo ou habitual. Deste modo é sensato atestar que no direito constitucional brasileiro o conceito de domicílio (casa) tem duas finalidades de proteção: a primeira é como lugar da esfera privada o domicílio abrange não apenas habitações permanentes, mais espaços moveis que servem como recolhimento a privacidade, como barracas, um barco ou um trailer; e a segunda como noção de domicílio protege um espaço livre de intervenção estatal, para exercer atividades profissionais lícitas.

A casa ou domicílio, entretanto, é o espaço isolado do ambiente externo utilizado para desenvolver as atividades da vida e do qual a pessoa ou pessoas titulares pretendem normalmente excluir de terceiros. Agora, não pode ser considerado domicílio a parte aberta às pessoas em geral, como de um bar ou de um restaurante.

2.2. Titulares do direito

É importante frisar que quem tem este direito a inviolabilidade do domicílio não tem nada a ver com a condição de proprietário, de ser o dono do objeto de proteção, normalmente basta obter a posse provisória como no caso de quarto de hotel. Normalmente quem tem a posse do imóvel é o titular do direito, assim, podendo não autorizar até mesmo que o dono do imóvel entre em sua casa, como no caso do locatário não permitir que o locador entre na casa. Por direito a pessoa titular é quem tem a posse do imóvel, não precisando ser o proprietário do imóvel.

As pessoas que tem a garantia da inviolabilidade do domicílio são as físicas e as jurídicas, tanto os nacionais como os estrangeiros. No caso das pessoas físicas a titularidade abrange todos os membros da família que residem no local, assim todos os residentes podem tomar decisões, como autorizar o ingresso de alguém na casa. Por outro lado, caso haja conflito entre os titulares a palavra final cabe ao respectivo chefe da casa (tanto o homem quanto a mulher).

Agora a respeito das pessoas jurídicas, cabe um registro adicional. Observa-se que a proteção do domicílio tem como objetivo certificar o direito à privacidade, no caso das pessoas jurídicas a inviolabilidade alcança apenas os espaços físicos indispensáveis ao desenvolvimento das atividades essenciais da pessoa jurídica sem estar sujeita a entradas de terceiros, contudo apenas os espaços físicos onde se situam os centros de direção da sociedade e onde são guardados documentos e bens afastados do conhecimento de outras pessoas físicas e jurídicas.

2.3. Modo de adentrar ao domicílio

A anuência para a entrada no domicílio pode ser de forma tácita ou expressa, e tem que ser concedido pelo titular do direito, possuidor ou ocupante do lugar, autonomamente de o ingresso ocorrer no período diurno ou noturno. A anuência é algo espontâneo do sujeito titular, após aceita a entrada em domicílio, o fato de sujeito permanecer na casa de outro não significa que está cometendo o crime de permanência, porém, uma vez convidado, e se por ventura expulso da casa, se o sujeito que permanecer nesta, estará cometendo o crime de violação de domicílio.

A inviolabilidade do domicílio não é absoluta, tendo que a nossa constituição ressalva a hipóteses em que é possível o ingresso na casa de uma pessoa sem o seu consentimento. Em qualquer período, tanto de dia como de noite, é possível, independente da exibição do mandato judicial, nas hipóteses: a) com o consentimento do morador; b) flagrante delito; c) em casos de desastre, como incêndio, inundação etc.; e d) para prestar socorro. Agora não sendo uma destas hipóteses, só será possível a entrada de uma pessoa durante o dia, com exibição de

mandato judicial. O direito a inviolabilidade do domicílio é regulamentado pela legislação infraconstitucional penal e processual penal.

A entrada no domicílio, não sendo uma dessas hipóteses, ocorrerá o crime de violação de domicílio. Portanto, apresentamos um recurso ordinário que fundamenta bem sobre este crime, e, sobretudo, ilustra nosso trabalho.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 302, prevê algumas hipóteses em que alguém pode ser preso em flagrante pela prática de uma infração penal.

Exibir o mandato judicial é de grande importância, visto que, durante o período da noite mesmo com autorização judicial a entrada no domicílio depende da autorização do morador. No período diurno, com exibição de mandato judicial fundamentado, a busca pode ser realizada mesmo sem a anuência do morador, arrombando-se a porta se houver necessidade.

Como resultado dessa garantia constitucional, se um indivíduo procurado pela justiça estiver escondido em uma casa ou tiver consigo objeto ilícito que possa servir como prova importante para determinado processo, a regra é clara a polícia não poderá efetuar a prisão ou cumprir com o mandato de prisão ou de busca e apreensão no período noturno, dessa maneira, tendo que aguardar o amanhecer para poder naquela casa ingressar e efetivar a busca e apreensão da pessoa ou do objeto.

Podemos através destes artigos, entender, que o direito à inviolabilidade do domicílio é uma garantia fundamental mundial, que se incorpora na Constituição Federal brasileira, que garante ao indivíduo o respeito a seu espaço, privacidade, a intimidade e, sobretudo, a sua dignidade.

Os indivíduos que são titulares desse direito são os nacionais e os estrangeiros residentes no Brasil, são todas as pessoas, sendo elas físicas ou jurídicas. Esse título independe de o sujeito ser o proprietário da "casa", o simples fato de o indivíduo ter a posse do objeto de proteção constitucional, lhe garante o direito à inviolabilidade.

Se caracteriza crime a violação do domicílio, previsto no artigo 150, do Código Penal. Contudo, mesmo sendo um direito do indivíduo, nossa constituição estabelece hipóteses em que é possível a violação do domicílio sem que o morador tenha consentido, em situações excepcionais, como por exemplo: flagrante delito; desastre; prestar socorro, etc. Uma vez que, esse direito não é absoluto.

3. DA BUSCA E APREENSÃO

Podemos dizer que a busca e apreensão é uma forma de medida cautelar, mesmo que as duas sejam ditas como se fosse uma coisa só, não se pode confundir a busca e apreensão, ou seja, tem como haver apenas a busca, assim como pode haver somente a apreensão, eventualmente, na maioria das diligências, ambas estão sempre acompanhadas.

O artigo 240, do Código de Processo Penal, explica o procedimento da busca e apreensão:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.

Isto está inserido no Código de Processo Penal, sua natureza jurídica consiste como meio de obtenção de prova (ou de investigação da prova), conforme o artigo 242. (A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento das partes). Agora

aqui já há o que distinguir entre a busca pessoal da busca domiciliar. A busca de natureza pessoal pode ser estabelecida por alguma autoridade, podendo ser policial ou judiciária, ou na ausência de mandado, poderá ser inserida na suspeita de alguma pessoa carregar consigo objetos ilícitos, como porte de arma ou outros objetos não permitidos pela lei. Agora a busca de natureza domiciliar apenas pode ser determinada pela autoridade judiciária.

Para que a garantia constitucional de inviolabilidade de domicílio se torne efetiva é preciso fixar os períodos entre diurno e noturno. Desse modo, seria mais longo no inverno e bem mais curto no verão, o período variará de acordo com a época do ano.

No entanto com a fundada apresentação do mandado judicial a violação ao domicílio, só pode ocorrer no período diurno, cabe destacar que, iniciada a execução de mandato de busca durante o dia, haja vista que "é possível que a diligência se prolongue durante a noite, quando o adiamento do ato puder prejudicar a eficácia da medida".

Por outro lado, a asserção fixada pelo Supremo Tribunal Federal, que foi citada anteriormente, discorre sobre a possibilidade da entrada da polícia na casa da pessoa, deste que fundadas razões expliquem ou provem que no lugar a ser violado esteja ocorrendo crime ou a iminência de ocorrer, ficando como limite a esta asserção pena responsabilidade dos agentes da polícia que ingressarem desta maneira sem que na verdade tenha ocorrido crime, ou esteja acontecendo ou mesmo o perigo do ocorrer. No tocante, o ministro Gilmar Mendes expõe em seu voto:

Mediante novos entendimentos, a autoridade policial ingressara na residência sem a certeza de que a situação de flagrante delito, de fato, ocorre. Se concretizar a prisão, poderá dar seu dever por cumprido. Em contrapartida, pelo menos em tese terá incorrido no crime de violação de domicílio, majorado pela sua qualidade de funcionário público, agindo fora dos casos legais – art. 150, §2º, do CP.

Claramente, podemos analisar a amplitude no qual se pode interpretar a lei e em especial o inciso XI, do artigo 5º, da Constituição Federal 1988, que trata da inviolabilidade do domicílio. O doutrinador da lei pode encontrar várias interpretações no texto da lei para encontrar meios que possam ao mesmo tempo manter a garantia fundamental como também de violar a mesma.

3.1. Das Exceções a Inviolabilidade Domiciliar

Normalmente, nenhum indivíduo pode entrar em uma casa (nem mesmo o proprietário) sem a permissão do respectivo morador que tem a posse.

Podemos dizer também, que qualquer indivíduo, que tanto no período diurno ou noturno, pode adentrar em um domicílio apenas com a **permissão** do seu respectivo morador.

Mas, não é um direito absoluto o direito à inviolabilidade do domicílio, pois apresenta algumas exceções dispostas na própria Constituição Federal.

A violação do domicílio é permitida, **sem morador de permissão**, nas seguintes situações:

Flagrante delito;

Desastre;

Prestação de socorro;

Por determinação judicial.

A violação do domicílio nas situações de flagrante, desastre e socorro podem ocorrer no período diurno ou noturno, sem necessidade de determinação judicial. Isso porque são situações que possuem caráter emergencial.

Agora a violação domiciliar por ordem judicial apenas pode ocorrer no período diurno e, claro com o mandato judicial.

3.1.1 O que é considerado dia?

Alguns mestres entendem que o termo "dia", segue o critério físico-astronômico, correspondendo a todas as horas compreendidas entre o nascer do sol e o pôr do sol.

Já outros consideram como "dia" o período de 06:00 às 18:00 horas - critério cronológico e que traz mais igualdade para todo o território nacional.

3.1.2. Flagrante Delito

Independente do sujeito, integrante ou não da força policial, pode realizar a prisão de um cidadão encontrado em uma das situações de flagrância dispostas no art.302 do Código de Processo Penal (CPP).

Como previsto no referido artigo, considera-se em flagrante delito quem:

Está cometendo a infração penal (**Flagrante Próprio ou Real**);

Acaba de cometer a infração penal (**Flagrante Próprio Real**);

Se o indivíduo for perseguido, em seguida, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração (**Flagrante Impróprio ou Quase Flagrante**);

É encontrado, em seguida, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (**Flagrante Ficto ou Presumido**).

Segue abaixo o Recurso Extraordinário (RE) 603616.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) em 2015, concluiu o entendimento de que "a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, **mesmo em período noturno**, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posterior, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de **flagrante delito**, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.

3.1.3. Desastre e Prestação de Socorro

Qualquer indivíduo pode adentrar no domicílio de outra pessoa, em situação de desastre e prestação de socorro.

Exemplo: pessoa passando mal, presa dentro de algum lugar, que tenha sofrido uma queda, desmaio, casa pegando fogo...

O Código Penal prevê uma excludente de ilicitude chamada **estado de necessidade** (art.24, CP).

De acordo com o **art.24**, *considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se."*

Deste modo, se algum indivíduo ver que uma casa está pegando fogo, pode ingressar nela (quebrando a janela), e sem que o morador tenha dado seu consentimento, para salvar alguém.

Portanto, o indivíduo que entrou na casa não será punido, nem por dano e nem por violação de domicílio, observando-se os requisitos legais.

3.1.4. Determinação Judicial

Exigir o **mandado judicial**, para adentrar em uma casa sem que o morador tenha consentido, é uma cláusula de reserva jurisdicional.

Isto é, **apenas o juiz** poderá dar a ordem para que a autoridade competente entre na residência.

Como dito anteriormente, a autoridade só vai poder cumprir a ordem judicial e entrar no domicílio respectivo, durante o dia.

Porém, vale mencionar que já foi considerado pelo Supremo uma ordem judicial que autorizou a entrada de autoridade policial, em recinto profissional, durante a noite, para fins de instalação equipamentos de escuta ambiental.

No caso em tela, o STF entendeu que a instalação de escuta ambiental em escritórios vazios, não se sujeitaria aos mesmos limites da busca em domicílio habitados com ânimo de estabelecimento definitivo.

4. A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO E O FISCO

Será bem sucinto o que vamos analisar, nos artigos 194 a 200 do Código Tributário Nacional (CTN), sendo este último o alvo da presente análise.

Pode-se falar que alguns Estados pioneiros no que tange ao ramo do Direito Tributário, entre outros, como Paraná (Lei Complementar 107/05) e São Paulo (Lei Complementar nº 939/03) buscaram legitimar muitos desses conflitos, criando seus *Códigos de Defesa do Contribuinte*.

Essa iniciativa se dá para evitar que haja mais de um entendimento com relação aos limites de atividade de atuação de fiscalização, coibindo abusos, tendo do fisco, quanto do contribuinte.

Em uma fiscalização, deve se observar determinadas regras, quer pelo agente de fiscalização, quer pelo empresário fiscalizado.

Ressalta-se, em respeito o privilégio do interesse público sobre o privado, não incube ao contribuinte se opor à fiscalização, desde que seja de forma regular e legal. Nesse seguimento, não pode o Estado (entende-se "fisco") exceder no poder e passar o limite daquilo que se entende por fiscalização.

O Código Tributário Nacional, através de seu artigo 200 dá permissão às autoridades administrativas para pleitearem a ajuda das forças públicas para cumprir o seu dever, **desde que tenham sofrido embaraços ou desacato**. Precisamos

diferenciar duas situações: aquelas em que a própria autoridade administrativa pode requerer o auxílio da força pública e aquelas em que somente por autorização judicial poderá se valer de tal auxílio, assim, evitando-se, que o dispositivo legal referente não cumpra as garantias constitucionais como a *inviolabilidade do domicílio*, a inviolabilidade de correspondências, comunicações telegráficas e telefônicas e de quaisquer dados.

Tais garantias constitucionais impõem limitações ao alcance do art. 200 do Código Tributário Nacional, que há e ser então interpretado de conformidade com a Constituição. Assim, a autorização de requisição da força pública diretamente pela autoridade administrativa fica restrita às hipóteses na quais o mesmo pode ser validamente aplicado. Nos casos em que o uso da força pública possa estar em conflito com as garantias constitucionais do contribuinte deve este ser objeto de prévia autorização judicial, (...). (MACHADO, 2003).

O STF se posiciona de modo que, não basta a prerrogativa do Fisco de solicitar e analisar documentos, os agentes fiscais só podem ingressar em escritório de empresa quando autorizados (pelo proprietário, gerente ou preposto). Quando houver recusa, não podem os agentes simplesmente requerer auxílio de força policial, eis que, forte na garantia da inviolabilidade do domicílio, se opõe também ao Fisco, a medida dependerá de autorização judicial.

Observa-se, portanto, que a força policial para ser utilizada, vetando ou não a saída de bens e pessoas no estabelecimento fiscalizado, além de macular a imagem do local perante o público, não tendo havido qualquer recusa, embaraço ou desacato, fere princípios constitucionais como o da razoabilidade e da proporcionalidade, o direito à honra e à imagem, fazendo inclusive nascer o direito de reparação pelos danos.

Os contribuintes submetidos à fiscalização não podem ser tratados como se tivessem cometido alguma infração ou delito sem que realmente o tenha feito. A imagem que se passa quando o fisco faz as coisas sem motivo fundado tendo auxílio de força policial. Pode e deve ser resguardado o interesse público, tendo o fisco o direito de realizar a fiscalização e o contribuinte o dever de a ela se submeter, mas é claro que tudo tem que estar dentro dos parâmetros instituídos pelo ordenamento jurídico, nesse caso, a Constituição Federal.

5. CONCLUSÃO

É de grande importância o tema escolhido, a inviolabilidade do domicílio, posto que, a violação do domicílio em circunstâncias não previstas na lei, expressa

um desrespeito a proteção constitucional, e, principalmente, constitui crime, nas formas previstas no artigo 150, do Código Penal. É um direito fundamental fundado mundialmente, deste modo, percebemos que o assunto discutido é uma problemática que atravessa várias gerações e sofre modificações no seu entender, e na sua interpretação.

Também com esse direito constitucional referido, englobamos o instituto da busca e apreensão elencando as possibilidades de sua aplicação. Esta é uma medida cautelar que está regulamentada pelo Direito Processual Penal. Tal medida é uma das perspectivas que permite a entrada na casa sem que o morador tenha consentido, tendo que ocorrer durante o dia, e sendo necessária a autoridade competente ter razões para sua execução.

Apesar da temática do trabalho foi feito um breve relato no início do estudo sobre, a dignidade da pessoa humana, princípio que da efetividade a interpretação dos direitos e garantias fundamentais presentes no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa é como uma capa para a nossa Constituição Federal, pois através deste, que se interpretam com efetividade os demais direitos.

Além disso, surge para ilustrar o presente estudo, assim como também, para que se possa compreender melhor essa temática, a questão dos períodos “diurno e noturno”. O que legisladores nos mostram de acordo com suas interpretações. Vez que, a medida da busca e apreensão deve ocorrer, em regra, durante o dia. Já em outras ocasiões excepcionais prevista na lei, as outras possibilidades de entrada no domicílio de alguém não dependem de horário, na ocorrência do desastre, flagrante delito, prestar socorro e o principal, o consentimento do titular do direito.

Em resumo, podemos interpretar de forma bastante ordenada sobre a pesquisa, tanto sobre a violação do domicílio como nas possibilidades da busca e apreensão. E o caso do período diurno ou noturno. O artigo 5º, da Constituição Federal fala sobre os direitos e garantias individuais e coletivos, este é o maior objeto da pesquisa, daí, partiu a interpretações, as razões para a evolução desse estudo, os principais, sem dúvidas são a inviolabilidade, a intimidade e o respeito aos meios de provas obtidas de forma a repudiar as ilícitas em um processo.

Contudo, o que podemos entender no decorrer deste estudo é que o direito à inviolabilidade do domicílio é um tema que abrange muitos assuntos, e que se coincide com muitas outras garantias e direitos, como a inviolabilidade da intimidade, a liberdade entre outros que possam afetar de certa forma a personalidade do indivíduo de se desenvolver. Enfim, embora, o domicílio ser inviolável, o mesmo dispositivo que o protege é o mesmo que o impõe limites, pois vimos que não é absoluto este direito, e que sempre haverá exceções as regras.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Vander Ferreira. **A dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Cautela. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5649/O-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em 13 de out. de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da constituição brasileira**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 09 de out. de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 603.616/RO** – Rondônia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2015/11/re-603616.pdf>>. Acesso em 09 de out. de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos tribunais. 2013.

A QUESTÃO DA VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO DE MENORES DE 14 ANOS

JADERSON LEMES DE ASSIS:

Graduando em Direito no Centro Universitário São Lucas, da cidade de Ji-Paraná, estado de Rondônia.

LEANDRO GIMENES DA SILVA^[1]

(Coautor)

RESUMO: Este artigo aborda aspectos da Lei n.º 12.015/2009 (Crimes contra a Dignidade Sexual), quanto ao estupro de vulnerável, com foco na vítima menor de 14 anos e nas concepções do termo 'vulnerabilidade', a partir das questões: quais são as principais mudanças advindas da Lei? O que a mudança do paradigma legal "Dos crimes contra os costumes" para "Dos crimes contra a dignidade sexual" nos diz? A vulnerabilidade é uma presunção absoluta ou relativa? Quanto à vulnerabilidade tratada como critério interpretativo, quais são as consequências nas medidas protetivas para o menor? Para tanto, efetuou-se revisão de literatura na legislação, jurisprudências, livros etc., com aporte nos teóricos: Capez (2012); Filó (2012); Greco (2013, 2017); Masson (2014); Nucci (2009, 2010), destacando as principais concepções do estupro de vulnerável e a relatividade aplicada ao termo 'vulnerabilidade', justificando a importância do estudo e contribuindo com as discussões que levam à melhoria do ordenamento jurídico nacional.

Palavras-chave: Dignidade Sexual; Estupro de vulnerável; Vulnerabilidade; Presunção; Relativização.

ABSTRACT: This article addresses aspects of Crimes against Sexual Dignity Law (12.015/2009), regarding the rape of the vulnerable, with a focus on the victim under the age of 14 and the concepts of the term 'vulnerability', based on the questions: what are the main changes resulting from the Law? What does the change in the legal paradigm "From crimes against customs" to "From crimes against sexual dignity" tell us? Is vulnerability an absolute or relative presumption? As for the vulnerability treated as an interpretive criterion, what are the consequences on protective measures for minors? To this end, there was a literature review on legislation, jurisprudence, books, etc., with input from theorists: Capez (2012); Filó (2012); Greco (2013, 2017); Masson (2014); Nucci (2009, 2010), highlighting the main concepts of the rape of the vulnerable and the relativity applied to the term 'vulnerability', justifying the importance of the study and contributing to the discussions that lead to the improvement of the national legal system.

Keywords: Sexual dignity; Rape of vulnerable; Vulnerability; Presumption; Relativization.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ESTUPRO DE VULNERÁVEL: PRINCIPAIS CONCEPÇÕES. 3. VULNERABILIDADE: RELATIVIZAÇÃO, É POSSÍVEL? 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A edição da Lei n.º 12.015, de 07 de agosto de 2009, também conhecida como *Lei dos Crimes contra a Dignidade Sexual*, trouxe alterações significativas no Código Penal Brasileiro (CP), desde a alteração do título de sua seção, “Dos crimes contra a dignidade sexual”, em substituição ao “Dos crimes contra os costumes”, bem como com a criação de novos tipos penais incriminadores e a unificação de outros já existentes, buscando ajustá-los ao desenvolvimento sociocultural brasileiro e dirimir divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Embora decorridos mais de dez anos de sua edição, o tema ainda se faz atual, uma vez que inúmeras interpretações e jurisprudências surgiram nesse interstício. Assim, a pesquisa decorre da premissa de que a introdução feita pela supracitada Lei do tipo ‘estupro de vulnerável’, em seu art. 217-A do Código Penal (CP), partiu do estabelecimento, em um único tipo, do que anteriormente estava descrito como ‘estupro’ e ‘atentado violento ao pudor de vulneráveis’ à figura da ‘presunção de violência’, fundindo o disposto nos artigos 213, 214 e 224 do CP e aumentando a pena.

Outro destaque importante desta pesquisa refere-se ao termo ‘vulnerabilidade’, que substituiu a redação anterior da norma, que discorria sobre ‘presunção de violência’. Com isso, diante da mudança do tipo penal, da categoria de punição, para uma tipificação penal própria, justifica-se a relevância de ampliar e fomentar o debate sobre tema ainda circundado de lacunas e entendimentos diversos no ordenamento jurídico nacional.

A partir de questões norteadoras como: quais são as principais mudanças advindas da Lei? O que a mudança do paradigma legal “Dos crimes contra os costumes” para “Dos crimes contra a dignidade sexual” nos diz? A vulnerabilidade é uma presunção absoluta ou relativa? Quanto à vulnerabilidade tratada como critério interpretativo, quais são as consequências nas medidas protetivas para o menor?, apresenta-se uma breve abordagem histórica sobre o estupro de vulnerável e as alterações trazidas pela nova legislação, apontando, contextual e paralelamente, as mudanças ocorridas na sociedade brasileira, em especial, no que concerne aos menores de 14 anos, que estão iniciando precocemente a vida sexual, promovendo

lacunas no entendimento jurídico quanto à relativização da natureza da vulnerabilidade em determinados casos/situações.

Em seguida, abre-se espaço para uma reflexão sobre a Lei n.º 12.015/2009 e a problemática decorrente do caráter absoluto ou relativo da vulnerabilidade, em especial, daqueles menores de 14 anos, por meio de uma revisão de literatura na legislação, publicações em jurisprudências, periódicos e livros, bem como com aporte em teóricos e estudiosos que têm se debruçado sobre a matéria e embasado os entendimentos jurisprudenciais sobre a temática, dentre os quais destacam-se: Capez (2012); Couto (2015); Filó (2012); Greco (2013, 2017); Masson (2014) e Nucci (2009, 2010).

Busca-se, assim, apresentar os principais pontos pertinentes ao tópico 'estupro de vulnerável' e a relatividade aplicada ao termo 'vulnerabilidade', bem como a importância do debate dentro do meio acadêmico-jurídico, de forma a contribuir com os processos de discussões que levem à melhoria do ordenamento e entendimento jurídico nacional.

2. ESTUPRO DE VULNERÁVEL: PRINCIPAIS CONCEPÇÕES

No Brasil, foi a partir de 1940 que a legislação penal buscou se adequar às necessidades vigentes da sociedade, com a edição do Código Penal (CP), vigente até os dias atuais. Assim, o crime de estupro de vulnerável, objeto de análise desta pesquisa, foi definido àquela época como a conduta de "ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos", cuja pena estabelecida era a de "reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos" (BRASIL, 1940).

Inúmeras foram as emendas as quais o CP se sujeitou desde a sua edição, sendo as trazidas pela Lei n.º 12.015/2009 uma das mais significativas. Dentre as principais alterações implementadas pela Lei supracitada, inicia-se pela mudança do título do capítulo sobre os crimes sexuais, substituindo a expressão 'crimes contra os costumes' para 'crimes contra a dignidade sexual', uma vez que aquele já não representava a realidade dos tipos expressos no Título VI do Código Penal, posto que não se trata mais de tutelar o comportamento sexual, mas sim a dignidade sexual da vítima. E dentre os 'Crimes Contra a Dignidade Sexual', destaca-se, para fins deste estudo, o crime de estupro, devido à sua gravidade e reprovação, uma vez que, para além do ataque físico sofrido pela vítima, tem-se o abalo do seu bem-estar psicológico.

Filó (2012, p.52, grifo do autor) ainda destaca que: "Da mesma forma, o crime que tipificava o ato de realização de ato sexual contra menor que estava localizado nas disposições gerais dos crimes contra a liberdade sexual foi tipificado em capítulo inédito em nossa legislação, batizado de "Crimes contra vulnerável"".

Outra importante inovação a ser destacada, sendo também objeto de análise deste estudo, refere-se às mudanças dos dispositivos vinculados ao 'estupro de vulnerável'. A partir da implementação da supracitada lei, em especial, do artigo 217-A, revogou-se o antigo regime da presunção de violência, nos crimes sexuais contido no 224 do Código Penal, tendo, a partir de então, como foco, o menor de 14 anos de idade (BRASIL, 2009).

Nesse sentido, o ordenamento jurídico penal entende que o crime contra o vulnerável é aquele que decorre do infrator: "Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos" e aquele "que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência", conforme se verifica no caput e no §1º do art. 217-A (BRASIL, 2009).

Para Capez (2012), o "ato libidinoso", de que trata a lei, compreende as outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal, identificadas pelo autor como coitos anormais (cópula oral e anal, por exemplo).

No texto originário do Código Penal (1940), encontravam-se tipificados os crimes de estupro (art. 213) e de atentado violento ao pudor (art. 214), que, com o advento da Lei n.º 12.015/2009, foram unificados no mesmo tipo penal, como 'estupro'. Também se alterou a concepção quanto a diferenciar entre as questões de estupro com violência real ou grave ameaça e o estupro com violência ficta, que integravam um único tipo penal, com penas idênticas. Assim, atualmente, referidos crimes são vistos e entendidos de forma distinta, a depender do perfil subjetivo do ofendido, de forma que, se a vítima for pessoa vulnerável, deverá ser aplicado o disposto no artigo 217-A e, nas demais incidências, usar-se-á o artigo 213, ambos do Código Penal (MASSON, 2014).

De acordo com Masson (2014), é exatamente o caráter da fragilidade e vulnerabilidade da vítima, bem como a abrangência que os efeitos negativos causam aos menores de 14 anos que fazem do crime estupro de vulnerável um tipo ainda mais grave, justificando-se, assim, a maior repreensibilidade do agressor (MASSON, 2014).

Greco (2017) vai para além do entendimento de Masson (2014), ao inferir que a prática do estupro de vulnerável atinge tanto a liberdade quanto a dignidade sexual do vulnerável, o que permite, incluir, ainda, nesse contexto, o desenvolvimento sexual do menor, como bem juridicamente a ser tutelado pelo tipo penal em questão. Para o autor, "o estupro de vulnerável, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, presumivelmente incapaz de

consentir para o ato, como também seu desenvolvimento mental”. (GRECO, 2017, p.748).

Nesse sentido, importante ainda destacar que outro implemento trazido pela Lei n.º 12.015/2009 foi a inserção do crime “estupro de vulnerável” ao rol de crimes considerados hediondos, seja na sua forma simples ou qualificada, a partir da inclusão do item VI no artigo 1º da Lei n.º 8.072/1990, ficando, ainda os infratores, nesses casos, insuscetíveis de anistia, graça, indulto e fiança, conforme disposto no artigo 2.º, incisos I e II da Lei 8.072/1990, e no inciso XLIII, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (CAPEZ, 2012).

Entender o crime de estupro de vulnerável é de suma importância para a nossa abordagem seguinte, que será sobre a reflexão da vulnerabilidade, prevista no caput do artigo 217-A do CP, a qual, apesar de ser concebida a partir de um caráter absoluto, vem, no entanto, apresentando desde a sua implantação, questões e apontamentos que abordam sobre a possibilidade de uma relativização da culpabilidade do autor do delito, o que para alguns teóricos se deu pelo deslocamento do foco da ‘presunção de violência’ para a questão de ‘vulnerabilidade’ (NUCCI, 2010).

3. VULNERABILIDADE: RELATIVIZAÇÃO, É POSSÍVEL?

Conforme apontado por Oliveira Júnior (2010), vulnerável refere-se a um termo de origem latina — *vulnerabilis* —, que significa a lesão, corte ou ferida exposta, sem cicatrização, com riscos de infecção. Já de acordo com o dicionário Houaiss (2001), vulnerável é aquele “que pode ser fisicamente ferido; sujeito a ser atacado, derrotado, prejudicado ou ofendido”. Assim, diante da fragilidade humana, compete ao Estado prestar-lhe a devida tutela.

A partir do entendimento do disposto no artigo 217-A do Código Penal, verifica-se que a regra prevê, desde a intitulação do seu Capítulo II — Dos Crimes Sexuais contra Vulneráveis —, que os sujeitos passivos a serem tutelados (vítimas) são aqueles com grau de ‘vulnerabilidade’ que os impeçam de praticar atos de natureza sexual, mesmo com consentimento, visto que este será considerado inválido. Aduz-se então, a partir do supracitado artigo, que vulnerável é a pessoa que não possui capacidade suficiente para decidir sobre a prática sexual, de forma que aqueles que mantiverem conjunção carnal ou ato libidinoso com vulnerável deverão responder por crime.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem se posicionado desde a edição da Lei n.º 12.015/2009, conforme se verifica em alguns julgados (HC 101.456, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-3-2010, Segunda Turma, DJE de 30-4-2010 e

HC 102.473, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 12-4-2011, Segunda Turma, DJE de 2-5-2011):

A violência presumida foi eliminada pela Lei n.º 12.015/2009. A simples conjunção carnal com menor de quatorze anos consubstancia crime de estupro. Não se há mais de perquirir se houve ou não violência. A lei Crimes em Espécie - Crimes Contra a Dignidade Sexual consolidou de vez a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou, a partir da Súmula 593, o seguinte entendimento:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. (BRASIL, 2017).

Assim, verifica-se ser, nos tribunais superiores, a jurisprudência majoritária quanto à impossibilidade de flexibilização nos casos de crime de estupro de vulnerável. Outro fator importante a ser destacado refere-se à inclusão, em 2018, do § 5º ao artigo 217-A, pela Lei n.º 13.718, que assim dispôs: “As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.”, ratificando a proibição expressa de interpretação que afaste a incidência do caput, em razão de circunstâncias subjetivas relativas à vítima.

No entanto, o que tem se verificado em alguns julgamentos estaduais é a adoção da negação do critério da vulnerabilidade do menor de 14 anos como absoluta. Para tanto, os seus defensores o fazem analisando o artigo 217-A, em conjunto com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) — Lei n.º 8.069/1990, isso porque o referido estatuto traz em seu bojo a distinção entre ‘criança’ (com até 12 anos) e ‘adolescente’ (entre 12 e 18 anos). Assim, ao se analisar conjuntamente com o artigo do CP, verifica-se que o intervalo entre 12 e 14 anos figura em uma área que dá margem para interpretações variadas.

Isso ocorre pois, de um lado (ECA, 1990), os menores que se encontram nessa faixa — 12 a 14 anos — podem responder e ser enquadrados em medidas restritivas e socioeducativas, enquanto que, pela atual regra do CP (art. 217-A), não possuem liberdade sexual. Tal lacuna fez com que inúmeros casos em que são envolvidos menores, cuja idade tenha extrapolado o limite de 12 anos (para os quais não se

discute a intervenção do Estado) até os 14 anos, a questão da vulnerabilidade passasse a ser discutida processualmente.

Nesse sentido, ainda que o tipo penal implementado com a edição do artigo 217-A tenha alterado o termo “presunção” pela “vulnerabilidade”, verifica-se que alguns doutrinadores têm entendido tal alteração apenas como um deslocamento do foco, como é o caso de Nucci (2010), para quem deve ocorrer inserção da relativização da vulnerabilidade, nos casos em que a vítima tenha entre 12 e 14 anos de idade, a depender das características do caso, dentre os quais o autor aponta o grau de maturidade sexual da vítima menor, evitando-se, assim, o que para ele trata-se de um conflito de normas.

As correntes que coadunam com a relativização da vulnerabilidade sexual para os casos em que o menor estiver entre os 12 e 14 anos de idade pautam-se no preceito de que, se existe para esses sujeitos passivos um mínimo grau de maturidade para receber uma medida socioeducativa e responder por ato infracional, deve existir a possibilidade de que se produza prova do contraditório, em relação à vulnerabilidade, para os casos de atos sexuais. Importante aqui destacar que não se pretende defender um posicionamento ou outro, mas sim ampliar o debate sobre um tema controverso no ordenamento jurídico brasileiro, contribuindo para sua elucidação.

Todavia, conforme já apontado, nem todos concordam com a relativização da vulnerabilidade do menor de 14 anos, como é o caso de Greco (2013), cujo entendimento retomamos a partir de sua fala:

A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro de vulnerável, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sexual. (GRECO, 2013, p. 692).

Diante dessa perspectiva, para os doutrinadores como Greco (2013, 2017) e Capez (2012), a Lei n.º 12.015/2009 não trata da maturidade sexual da vítima ou da sua capacidade de consentir com o ato, mas, sim, da fragilidade e vulnerabilidade da vítima nas esferas de ordem moral, social, biológica, cultural e fisiológica, sendo, para esses autores, inquestionável a tutela protetional do Estado aos tutelados indicados na lei, quando se encontrarem em situação de perigo ou fragilidade.

Para Capez (2012), mesmo que não seja possível indicar se a vítima tenha ou não consciência para consentir com o ato, ou ainda, se possui maturidade sexual prematura, ela — na condição de menor de 14 anos — deve ser vista e considerada

como vulnerável, devido à sua condição, que se encontra estabelecida no artigo 217-A do Código Penal. O autor ainda destaca que não há que se efetuar um movimento para alargar o entendimento legal, deslocando-se do conceito de vítima vulnerável para o da presunção de violência da normativa anterior, uma vez que, na sua concepção:

São vulneráveis os menores de 18 anos, mesmo que tenham maturidade prematura. Não se trata de presumir incapacidade ou violência. A vulnerabilidade é um conceito muito mais abrangente, que leva em conta a necessidade de proteção do Estado em relação a certas pessoas e situações. (CAPEZ, 2012, p. 99).

Ainda de acordo com Capez (2012), com os apontamentos de Greco (2013, 2017) e com base nas decisões dos Tribunais Superiores, a redação do artigo 217-A do Código Penal e a consequente revogação do artigo 224 do referido Código, a partir da Lei n.º 12.015/2009, extinguiu por completo a possibilidade de se alegar a presunção de violência nos casos de estupro de vulnerável, inviabilizando, assim, falar sobre a possibilidade de relativizar a vulnerabilidade expressa pela lei.

Contrariando essa concepção, Nucci (2009) defende que, mesmo com a inserção do novo tipo penal, este não pode encerrar a discussão sobre a questão da presunção de violência e a relatividade que ela trouxe, inerentes ao novo conceito aplicado à vulnerabilidade normativa. Sobre isso, ele aponta que:

A proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura de vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. (NUCCI, 2009, p. 37).

Assim, de um lado, tem-se os doutrinadores, que comungam do entendimento que integraram desde as exposições de motivos que levou à edição da Lei n.º 12.015/2009, para quem, independentemente da existência de uma concepção sobre a possibilidade de liberdade sexual a adolescentes, com idade entre 14 e 18 anos, não se aceita, em relação aos menores de 14 anos, qualquer tipo de inferência sobre a possibilidade de compatibilidade para com a prática sexual, considerando que esses (menores vulneráveis), se submetidos à relação sexual, sob qualquer circunstância, sempre serão vítimas de estupro, não havendo qualquer tipo de extinção de punibilidade para com o indivíduo que praticou o ato — estupro de vulnerável.

De outra sorte, tem-se a corrente que não admite se falar em presunção de violência em crimes de estupro praticados contra menor de 14 anos, uma vez que, devido à idade, independentemente do comportamento da vítima, o ato sexual sempre será uma violação da sua liberdade e dignidade sexual, até porque esse entendimento encontra guarida no rol de justificativas apresentado no projeto da lei em estudo, senão vejamos:

*O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, [...]; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. **Trata-se de objetividade fática.** Esclareça-se que, em se tratando de crianças e adolescentes na faixa etária referida, sujeitos da proteção especial prevista na Constituição Federal e na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, não há situação admitida de compatibilidade entre o desenvolvimento sexual e o início da prática sexual. Afastar ou minimizar tal situação seria exacerbar a vulnerabilidade, numa negativa de seus direitos fundamentais. (SENADO FEDERAL, PLS n.º 253, 2004, p. 5, grifo nosso).[2]*

Assim, para doutrinadores, como Greco (2013, 2017), e aqueles que participaram da construção da Lei n.º 12.015/2009, não se trata aqui de trazer à tona a questão da presunção de violência, nem relativa, nem absoluta, extinta desde 2009, mas sim da 'objetividade fática', verificando se a vítima é menor de 14 anos e se, com isso, já se configura o crime.

Conforme aponta Couto (2015, p.2), a edição da Lei n.º 12.015/2009, ao trazer a questão da vulnerabilidade, foi feita a partir de uma visão de:

[...] um dever geral, objetivo e absoluto de abstenção de relações sexuais com menores de 14 anos, visando evitar a precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes. Em outras palavras, a vulnerabilidade não admite relativizações, não importando o consentimento da vítima (que no caso não é válido), a experiência sexual anterior (ou que é pior, a prostituição infantil, que deve ser combatida de forma implacável) ou o relacionamento amoroso entre autor e vítima (incapaz de afastar o tipo penal).

Essa divergência de entendimento demonstra, por si só, a necessidade urgente de ampliar o debate sobre o tema e rever os dispositivos legais, de forma que o judiciário não fique passando por constantes reanálises de julgados sobre o tema. Isso porque, atualmente, o magistrado é muito cobrado para não se prender apenas à “letra fria da lei”, sem analisar o caso concreto, ainda que a normativa possua, em seu âmago, regras objetivas e taxativas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo nos mostra que, em que pese existirem normas claramente estritas e diretas, o judiciário brasileiro, por meio do seu ordenamento jurídico, ainda passa grande tempo revendo suas decisões diante dos embates emblemáticos decorrentes das diferenças de entendimentos e concepções.

Buscou-se, neste artigo, apresentar um tema atual e de suma importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, trazendo, de forma sucinta, informações pertinentes quanto ao crime de estupro, mais especificamente, estupro de vulnerável, em relação aos menores de 14 anos de idade. Assim, verificou-se que, com a edição da Lei n.º 12.015/2009, várias alterações foram introduzidas ao Código Penal de 1940, dentre as quais destacam-se: a tipificação do crime de estupro de vulnerável e a concepção da vulnerabilidade, constantes no artigo 217-A do CP.

Verificou-se também que, em relação à questão do estupro de vulnerável, ainda que a supracitada Lei tenha sido expressa e linear sobre a objetividade fática a ser verificada — crime praticado contra o menor de 14 anos (*in casus*) —, vários são os doutrinadores que entendem que tal dispositivo deve levar em conta o contexto social e a análise de caso a caso (concreto), não podendo o causídico e o julgador ficarem presos à norma taxativa.

Conforme já apontado no início deste artigo, não se pretende aqui comungar com um ou outro pensamento, visto que esse não é o cerne dos estudos realizados, buscou-se, pois, apresentar de forma sintética as principais concepções sobre o tema e abrir um campo para debate, com a intenção de apontar que, mais do que verificar

qual corrente 'está correta', o que se faz urgente é a revisão das regras aqui estudadas, de forma que sua aplicação garanta a sua efetividade quanto à proteção da vítima e auxilie a desafogar o judiciário dos inúmeros recursos e revisões processuais.

Se o ideal defendido por uns é o da preservação do menor de 14 anos de forma taxativa e imexível, cabe efetuar, então, a adequação das demais normas vigentes que possibilitam a discussão sobre, por exemplo, excluir dessa natureza aqueles que estiverem entre 12 e 14 anos, relativizando a questão da vulnerabilidade à luz da análise do caso concreto, a partir do que preceitua o ECA, alterando-se, assim, o Estatuto. Ou, para os defensores da necessidade de se acompanhar a evolução social e da precocidade sexual dos adolescentes, buscar adequar os ditames do Código Penal para a inclusão da relativização, ainda não garantida pelo referido regulamento.

Diante desse cenário, o bem jurídico protegido pela Lei n.º 12.015/2009 refere-se à posição de vulnerabilidade da vítima, não inferindo sobre as questões de sua liberdade sexual, mas sim sobre a sua dignidade enquanto indivíduo, em especial, a dignidade sexual. Tal entendimento contraria o que alguns doutrinadores e juristas defendem sobre a necessidade de se verificar as relações presentes na atualidade, dentre as quais o termo 'vulnerabilidade' que deve acompanhar o processo de transformação contínua da sociedade, e, com isso, ter cada situação analisada de acordo com o caso que se apresenta, tornando-se, nessa esteira, relativizada.

Fomentar esse tipo de discussão demonstra que, a despeito de mudanças legislativas, os debates sobre questões importantes sempre trazem à tona os mais variados argumentos sobre a inviabilidade de não se considerar a realidade social, em paralelo ao escopo da norma penal, buscando não só a proteção do indivíduo, mas a luz da evolução que o acompanha. Assim, se a intenção do legislador foi a de impedir que para a vulnerabilidade não coubesse a discussão sobre a possibilidade de relativização, imperioso se faz coadunar tal entendimento com a premissa existente de que toda lei está sujeita à interpretação no momento de sua aplicação, diante do contexto em que este se realizou e a partir da análise dos elementos inerentes ao caso.

Para os defensores da necessidade de adequar a regra ao caso concreto, não implica em afastar a necessidade da tutela do Estado para os menores de 14 anos ou, ainda, da família e da própria sociedade, ao contrário, tais entidades continuam responsáveis por desestimular a prática sexual prematura e educar os menores sobre os riscos, prevenção e sua condição vulnerável garantida por lei. Todavia, de outra sorte, percebe-se, na intenção do Legislador, com a Lei n.º 12.015/2009 Lei 12.015/09 a preocupação primordial em proteger as vítimas quanto ao ingresso precoce às

práticas sexuais, para que não caiba a questão da análise quanto à possibilidade de uma suposta precocidade sexual.

Com isso, buscou-se com o presente artigo ampliar o debate sobre os aspectos que permeiam o tema no nosso ordenamento jurídico, destacando a importância de se refletir sobre as concepções de vulnerabilidade apresentadas pelas diversas correntes, permitindo um espaço para o constante diálogo e questionamento, possibilitando aos acadêmicos e profissionais do direito ampliar os saberes, bem como buscar por decisões justas e condizentes com as normas vigentes.

Em que pese não se buscar a apresentação de um juízo de valor sobre o tema, restou evidenciado, quanto à questão da vulnerabilidade dos menores de 14 anos, que a doutrina não é unânime, de forma que dificulta a defesa de um entendimento predominante, em decorrência da divisão verificada entre os autores. Com isso, entende-se pela urgência sobre uma reflexão quanto ao bem jurídico a ser tutelado, de forma a evitar que essas diferenças se transformem em instrumentos de abuso de poder ou imposição de autoridade.

Necessário é que se busque, ao lutar pelo Direito, garantir a proteção àqueles em situação de vulnerabilidade, inclusive com a implementação de práticas que coíbam a precocidade verificada por um dos segmentos aqui apresentados, de forma que se torne possível excluir a ideia da relatividade, ao invés de debatê-la na seara jurídica. Isso porque, da análise do disposto legal, verifica-se que a intenção do artigo 217-A do Código Penal não é verificar se o menor de 14 anos, vítima de estupro, possui ou não experiência sexual, mas sim apontar que o crime existe a partir da conduta do infrator, buscando-se, com a norma, evitar que este leve o menor de 14 anos a um comportamento sexual precoce.

Nesse sentido, entende-se pela aplicabilidade da Lei n.º 12.015/2009, de forma taxativa, quanto à vulnerabilidade do menor de 14 anos de idade, não obstante ter ficado comprovada a necessidade de se buscar uma solução que se permita chegar a um entendimento, assim como ocorre em relação ao menor de 12 anos, em que não se admite a possibilidade de relativização da sua vulnerabilidade e que ponha fim à controvérsia existente quando a vítima figurar entre 12 a 14 anos de idade, sobre a possibilidade (ou não) de relativizar sua condição de vulnerável.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 2 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 22 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990**. Lei dos Crimes Hediondos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 22 mar. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n.º 253, de 2004. Justificação. **Diário Oficial da União de 14 de setembro de 2004**. Brasília: Senado Federal, 2004. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3638945&ts=1571776545951&disposition=online>. Acesso em: 22 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 2 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Súmula nº 593. Crime de estupro de vulnerável. **DJe**: Brasília, DF, ano 2017, 6 nov. 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf. Acesso em: 23 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Brasília: Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm. Acesso em: 22 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 101.456, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-3-2010, Segunda Turma, **DJE de 30-4-2010**. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/crimescontraadignidadesexual.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 102.473, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 12-4-2011, Segunda Turma, **DJE de 2-5-2011**. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/crimescontraadignidadesexual.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública** (arts. 213 a 359-H). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 736p.

COUTO, Cleber. **Estupro de vulnerável menor de 14 anos**: presunção absoluta ou relativa? **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4411, [n.p.], 30 jul. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41151>. Acesso em: 10 mar. 2020.

FILÓ, Mauro da Cunha Savino. **O desafio da hermenêutica jurídica diante do crime de estupro de menor vulnerável**. Dissertação (Mestre em Direito). 2012. 106f. Universidade Presidente Antônio Carlos. Faculdade de Direito. Juiz de Fora, Minas Gerais. Disponível em: <https://www.unipac.br/site/bb/teses/dir5.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**. 10. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2013. 769p.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 11. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2017. 1312p.

HOUAISS, ANTONIO. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetivo Ltda., 2001 [verbete vulnerável].

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**, vol. 3: parte especial, arts. 213 a 359-H. – 4. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. 1132p.

NUCCI, G. De S. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. 6. ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 574p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009**. 2. Ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 125p.

OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino de. **O conceito de vulnerabilidade no direito penal**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 08 de abril de 2010 [n.p]. Acesso em: 22 mar. 2020.

NOTAS:

[1] Graduando em Direito no Centro Universitário São Lucas, da cidade de Ji-Paraná, estado de Rondônia, estabelecida na Av. Engenheiro Manfredo Barata A. da Fonseca, 542, Bairro Jardim Aurélio Bernardi, Ji-Paraná – RO, CEP 76.907-524. E-mail: leangimenez@hotmail.com.

[2] Para maiores informações sobre o Projeto de Lei que culminou na edição da Lei n.º 12.015/2009, acessar: <https://legis.senado.leg.br/sdleg->

[getter/documento?dm=3638945&ts=1571776545951&disposition=inline](http://www.conteudojuridico.com.br/getter/documento?dm=3638945&ts=1571776545951&disposition=inline). Acesso em: 22 mar. 2020.

PRECEDENTES VINCULANTES: UMA ANÁLISE SOBRE SUA SISTEMÁTICA NO NCPC COMO UM MODELO GARANTIDOR DA SEGURANÇA JURÍDICA

LUMA CAROLINE DA COSTA CARVALHO:

Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA – Teresina-PI.

SANDRA MARIA BARBOSA ANDRADE ^[1]

(Coautora)

ROCHELE JULIANE LIMA FIRMEZA ^[2]

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem por desígnio analisar a sistemática dos precedentes no novo Código de Processo Civil como um modelo garantidor de segurança jurídica nas decisões judiciais, pesquisando se este é um instrumento idôneo para se alcançar a segurança jurídica na prestação jurisdicional. Para que isto ocorresse, foi preciso enunciar desde princípios gerais que norteiam a aplicação dos precedentes, como as doutrinas que trazem correntes dominantes e minoritárias. Nesse diapasão, o presente artigo ocorreu por meio de uma abordagem descritiva, bibliográfica e qualitativa, analisando desde doutrinas ao próprio Código de Processo Civil, cuja análise se fundou no quanto disposto no art. 927, que traz um rol de decisões judiciais vinculantes, que dão origem aos precedentes. Desse modo, foi possível concluir que embora existente o embate entre doutrinas, prevalece a doutrina majoritária a favor da aplicação de precedentes vinculantes por entenderem que sua aplicação traz isonomia e segurança jurídica às partes processuais, além da compreensão do princípio da legalidade que estará em conformidade com o ordenamento jurídico, o que a promoverá decisões que evitem a existência de resoluções diferentes aplicadas a casos análogos, o que privilegiará a necessária segurança jurídica, garantido a previsibilidade das consequências dos atos praticados.

Palavras-chave: precedentes, segurança jurídica, decisões judiciais.

Sumário: 1 Introdução. 2 O Sistema de Precedentes conforme o NCPC. 2.1 Princípios Jurídicos que Norteiam a aplicação dos Precedentes. 2.2 Da Segurança Jurídica nas relações judiciais. 3 Instrumentos de criação e aplicação dos precedentes. 3.1 Da Persuasão à Vinculação. 3.2 Embate Doutrinário sobre Precedentes Vinculantes. 4 Precedentes Vinculantes: Um meio necessário para Garantia da Segurança Jurídica nas Decisões Judiciais. 5 Conclusão. 6 Referências.

1. INTRODUÇÃO

Após observar as modificações mais recentes e mais relevantes rumo à implantação de um sistema de precedentes trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, surgiu à necessidade de se pesquisar sobre tal situação, pois a questão da segurança jurídica no Brasil, em especial no direito processual civil, se mostra por vezes incoerente, tendo em vista o caráter oscilante da jurisprudência e a constante alteração pelos próprios tribunais de seus entendimentos.

A sistemática dos precedentes, já em evolução no ordenamento jurídico brasileiro, ganhou força e relevância no Código de Processo Civil de 2015, e possui como uma das suas finalidades a busca da igualdade nas decisões judiciais a partir da sua aplicação como garantia da segurança jurídica no processo.

No Brasil, desde a Constituição de 1891, apesar de o país ser reconhecido como um sistema miscigenado, foi-lhe conferido adotar um prototipo de controle de constitucionalidade norte-americano, assim como o modo de pensar o direito infraconstitucional que foi determinado largamente pela tradição *civil law*, enaltecendo, cada vez mais, a teoria dos precedentes, percorrendo para o apadrilhamento cultural do *stare decisis*.

A partir da década de 1990 do século passado, diante das variadas reformas legislativas, é evidente o fortalecimento dos precedentes de maneira apreciativa, inclusive, alguns operadores do direito iniciaram a usar o termo “legislação oblíqua” ao abordar essa novel sistemática que existe no direito brasileiro.

No Direito Constitucional, a permissão das consequências vinculantes às decisões nos processos e, sobretudo, a elaboração da súmula vinculante e da repercussão geral resultou de maneira argumentativa nas decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade. Essas decisões foram tomadas tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto no Supremo Tribunal Federal a partir da elaboração da sistemática dos recursos repetitivos.

Há de se evidenciar aproximação recíproca existente entres as tradições de *civil law* e de *common law* no mundo contemporâneo. O novo Código, pautado numa tendência global de aproximação entre as duas tradições, ampliou consideravelmente a observância dos juízes e tribunais brasileiros aos precedentes e enunciados de força vinculante, estabelecendo expressamente o objetivo de que os tribunais mantenham sua jurisprudência estável, íntegra e coerente. As alterações do Código apontam, certamente, para uma valorização do princípio da segurança jurídica, indispensável ao desenvolvimento social, político e econômico da sociedade.

Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2019), o direito à segurança jurídica no processo constitui direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais. A segurança jurídica, a igualdade e a necessidade

de coerência da ordem jurídica impõem respeito aos precedentes. A obrigação do Poder Judiciário de seguir precedentes, apesar de pujante no novel Código, é oriunda da Constituição.

O precedente é a decisão judicial que é tomada à luz do caso concreto, cujas razões de decidir podem servir como modelo para posteriores julgamentos de casos análogos. Sendo assim, é necessário que haja razoável previsibilidade quanto ao resultado da demanda judicial, sem causar estranheza no meio social em que a decisão é proferida, sob pena de se deslegitimar o próprio Poder Judiciário perante os jurisdicionados.

O estudo do precedente judicial obrigatório ganhou importância para os acadêmicos de direito bem como para os profissionais da área jurídica em geral, uma vez que sua observância e aplicação alteraram significativamente todo o cotidiano forense. Considerando ser novidade em nosso sistema processual, achou-se pertinente analisar a questão à luz da realidade jurisdicional e jurisprudencial brasileira.

Desse modo, no presente artigo, buscou-se analisar a sistemática dos precedentes no CPC/15 como um modelo garantidor de segurança jurídica, tendo em vista a promoção da celeridade processual bem como da integralidade, previsibilidade e estabilidade nas decisões dos magistrados através da sua aplicação.

2. O SISTEMA DE PRECEDENTES CONFORME O NCPC

O sistema de precedentes, nos países de tradição cultural *Common Law*, é baseado por variados princípios e regras constitucionais, de maneira que possibilite a provocação dos preceitos. Para tanto, a adoção do *stare decisis* se baseia no respeito à Constituição, tratando o processo civil como entremeio à efetivação de seus mandamentos.

No *Common Law*, o Judiciário é legítimo a elaborar direitos, a partir da atividade judicante. Por outro lado, o *Civil Law*, sistema adotado no Brasil, tem como fundamento a fonte do direito, ou seja, a lei em sentido amplo, composta pela Constituição, leis ordinárias e atos normativos em geral, como decretos, medidas provisórias, etc. A *Civil Law* é estabelecida principalmente com a finalidade de aplicar o direito escrito, ou seja, o direito positivado.

A Lei nº 13.105/2015, que resultou no Novo Código de Processo Civil, teve como influência a constitucionalização do processo, ou seja, sua interpretação deve ser baseada de acordo com a Carta Magna, uma vez que o texto constitucional é uma ferramenta para a concretização dos direitos fundamentais. É possível identificar o

objetivo do Novo Código através da realização plena e efetiva do direito material, consoante à afirmação de Theodoro (2015):

O Novo CPC acha-se estruturado e aparelhado para cumprir a missão de um processo justo capaz de realizar a tutela efetiva dos direitos materiais ameaçados ou lesados, sem apego ao formalismo anacrônico e de acordo com os princípios constitucionais democráticos que regem e asseguram o pleno acesso de todos ao Poder Judiciário (2015, p. 61).

A exposição acima aborda de maneira cristalina os objetivos do Novo Código de Processo Civil, quais sejam, executar os valores constitucionais, de modo a tornar mais célere, mais justas, as necessidades sociais, uma vez que sejam menos complexas e, assim a prestação jurisdicional seja mais efetiva.

É o que dispõe o Art. 1º do Código de Processo Civil, que 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. (BRASIL, 2015).

De outro modo, o Art. 6º do mesmo dispositivo menciona que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. E, o Art. 8º ao aplicar o ordenamento jurídico, dispõe que o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. (BRASIL, 2015).

Dessa forma, aos precedentes judiciais têm se atribuído alguns princípios constitucionais que merecem ser destacados para melhor compreensão teórica do precedente. O novo raciocínio judicial pelos resultados almejados a partir das bases dos precedentes judiciais (igualdade, segurança jurídica), são condições essenciais para as decisões dos magistrados que devem ser fundamentadas em situações vindouras.

A Constituição Federal de 1988, caput do artigo 5º, prevê que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Com base no artigo 5º, caput, da CF/88, fica claro a importância da igualdade e o conceito de Estado Democrático brasileiro, uma vez que se busca estabelecer elementos para tratamento jurídico semelhante às pessoas em variadas situações.

O artigo 7º do CPC, prevê a paridade desse tratamento, onde: É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades

processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. (BRASIL, 2015).

Tratamento diferenciado é regra baseada nas diferenças que sejam aferidas nas decisões que de fato possam justificar algum tratamento diferenciado, tendo por premissas a coerência, a ordem e a unidade do sistema, porém mantendo o respeito ao princípio da igualdade.

A outro tanto, o Novo Código de Processo Civil possui hipóteses em que o juiz tem o dever de, a partir da verificação entre o caso concreto e determinado precedente, aplicar sua *ratio decidendi*, garantindo o princípio da igualdade. No prisma da isonomia, devem ser verificadas as decisões judiciais, de modo que os precedentes exigem noções de igualdade nas soluções dos casos.

Conforme Martins (2017), o princípio da isonomia em sua vertente material e em grande número de hipóteses de sua incidência, não apenas não veda o estabelecimento de desigualdades jurídicas, como, ao revés, impõe o tratamento desigual. A igualdade pressupõe desigualdade e esta inexorabilidade sensibilizou o legislador constituinte originário, do que constitui exemplo a contraposição do artigo 5º, I, com os artigos 40, § 1º, III, e 201, § 7º, da Constituição Federal brasileira de 1988.

Ao destacar “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (Art. 5ª, XXXVI), a Carta Magna oferece a garantia de que nenhum ato normativo do Estado atingirá situações consolidadas no passado, portanto, assegurando o respeito no presente e futuro. (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, o princípio da segurança jurídica pode ser observado sob outro prisma, ou seja, delineada para o futuro. É a noção de segurança jurídica como previsibilidade, estabilidade.

Quando os tribunais proferem as decisões, põem-se em prática as leis e o direito de forma que a sociedade esteja garantida por essa concretização. Dessa maneira, é possibilitado aos indivíduos anteciparem as consequências jurídicas do comportamento próprio ou alheio, prevendo alternativas e efeitos normativos de regras jurídicas. A segurança jurídica demonstra a necessidade de estabelecer a ordem jurídica.

O precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para julgamento posterior de casos semelhantes, conforme os ensinamentos de Didier (2016). Portanto, trata-se de decisões padrões que servem como ponto de partida para uma possível novel apreciação judicial.

Cumpra ressaltar a possibilidade de toda decisão judicial se tornar um precedente, porém, é possível também mencionar que nem toda decisão poderá ser vinculada como um precedente como meio de ser seguida, uma vez que nem todo julgado pode ser alvo de nova apreciação pelo judiciário.

Dessa maneira, nem toda decisão poderá dispor para elaboração ou conceito de uma norma, razão pela qual seria fundamental para utilização dos precedentes. É possível que o precedente judicial signifique a própria norma aplicada pela corte, enquanto ponto a fundamentar decisões vindouras.

O precedente judicial é formado também pelas situações fáticas e pelos fundamentos jurídicos em que o julgador usou para solucionar a controvérsia, pois o magistrado, ao decidir um determinado caso, cria duas normas jurídicas. A primeira de caráter geral, surgida da interpretação dos fatos envolvidos no caso e de suas relações com o direito vigente. A segunda, de caráter individual, onde é a própria decisão sobre aquele litígio específico vinculado à análise jurisdicional.

Tal percepção, de que o juiz ao apreciar uma demanda constrói necessariamente duas normas jurídicas, é fundamental também para que se perceba o efeito vinculante do precedente, bem como o dever de fundamentação do magistrado para que sua decisão possa vir futuramente a ser invocada como precedente a partir da exposição da sua *ratio decidendi*, conforme será tratado mais à frente.

Por outro lado, é necessário apontar a diferença conceitual dos precedentes com outros institutos, com o objetivo de não ocorrer confusão na observação das decisões judiciais. Nesse caso, destacam-se os institutos da jurisprudência, da ementa, das súmulas e da coisa julgada, a fim de demonstrar elementos de distinção.

A jurisprudência, *a priori*, deduz um conjunto de precedentes capaz de apontar interpretação estabelecida por tribunal definida por algum caso concreto. Por outro lado, o precedente retrata apenas uma decisão através de uma norma fortemente declarada. Neste ínterim, importantes são as lições de Câmara (2016) sobre o que vem a ser jurisprudência:

[...] há uma diferença quantitativa fundamental entre precedente e jurisprudência. É que falar sobre precedente é falar de uma decisão judicial, proferida em um determinado caso concreto (e que servirá de base para a prolação de futuras decisões judiciais). Já falar de jurisprudência é falar de um grande número de decisões judiciais, que estabelecem uma linha constante de decisões a respeito de certa matéria, permitindo que se compreenda o modo como os tribunais

interpretam determinada norma jurídica. [...] porém, há ligação entre o conceito de precedente e o de jurisprudência. Afinal, a identificação de uma linha de jurisprudência constante se faz a partir do exame de um conjunto de decisões judiciais, e cada uma destas decisões poderá ser considerada, quando analisada individualmente, um precedente (2016, p. 826).

Conforme o exposto, é possível observar de forma clara a diferença entre jurisprudência e precedente e que ambas são usadas conforme a necessidade de cada caso.

De acordo com Marinoni (2019), embora não goze do mesmo status de fonte primária do direito, a jurisprudência das Cortes de Justiça (dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais) serve como indicativo de como o Poder Judiciário resolve determinados casos levados para sua apreciação.

As ementas se baseiam no elemento facultativo das sentenças, de modo que tentam simplificar o acesso aos posicionamentos dos tribunais, representando brevemente a decisão e possibilitando sua publicidade. Ressalta-se que a ementa é apenas um resumo dos julgados, sendo uma ferramenta essencial para divulgação e organização das decisões proferidas pelos tribunais, todavia se diferencia dos precedentes.

Enquanto as súmulas dos Tribunais, possuem enunciados gerais surgidos de decisões e apresentam um processo de elaboração peculiar. As súmulas existem a partir de um sistema em que a eficácia dos precedentes inexistente, uma vez que os precedentes são como fontes normativas, possibilitando sua fundamentação em uma única decisão.

Segundo Sifuentes (2005), a palavra súmula, do latim *summula*, significa sumário, resumo. No meio jurídico, a súmula refere-se a teses jurídicas solidamente assentes em decisões jurisprudenciais.

Por fim, a coisa julgada se caracteriza por sua vinculação processual concreta, assim como a todos os juízes, sem distinção do grau de hierarquia, determinando a inalterabilidade das decisões, tendo ligação somente entre as partes interessadas na relação.

Em síntese, segundo Marinoni (2019), os precedentes encarnam os significados da Constituição e das leis a partir das razões constantes das decisões judiciais. A jurisprudência, inclusive a jurisprudência uniforme, indica as tendências interpretativas a respeito da Constituição e das leis. As súmulas, por sua vez, ilustram

o conteúdo dos precedentes e da jurisprudência. Todos esses elementos compõem igualmente, porém com diferentes papéis, o sistema jurídico.

É imperioso mencionar, também inicialmente e de modo superficial, que o estudo dos precedentes judiciais no direito brasileiro, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, ganhou maior ênfase, uma vez que foram inseridos no ordenamento os enunciados de súmula vinculante, editadas pelo Supremo Tribunal Federal. Não obstante, há cerca de 20 anos o direito brasileiro vem admitindo a padronização dos precedentes de modo obrigatório.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 se tornou o divisor para o estudo dos precedentes judiciais, sobretudo por ter elevado a conhecida reforma no Poder Judiciário e introduzido no ordenamento às conhecidas súmulas vinculantes, estabelecendo a repercussão geral nas matérias subordinadas a recurso extraordinário (BRASIL, 2004).

É importante salientar, de forma categórica, que as decisões dos Tribunais Superiores estabelecem noções essenciais acerca do tema, principalmente quando se percebe que os precedentes são ferramentas que podem oferecer a efetividade aos princípios previstos no texto constitucional, como o da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI), da isonomia (art. 5º, *caput*) e da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX).

Por sua vez, com o objetivo de aperfeiçoar, o Novo Código de Processo Civil ponderou fundamentais ferramentas relativas ao sistema de precedentes judiciais. A título de exemplo, há os requisitos e efeitos da sentença, uma vez que o novo CPC estabelece criteriosamente a definição fundamental dos atos judiciais, dispondo que:

Art. 499 (...)

§ 1º não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

V – se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Consoante o dispositivo acima, é essencial que se observe os fundamentos determinantes que poderão levar a adoção ao precedente, de modo que cabe a cada magistrado, ao fundamentar sua decisão, evidenciar os motivos pelos quais está aplicando a orientação consolidada no feito.

2.1 Princípios que Norteiam a Aplicação dos Precedentes Vinculantes

A própria segurança jurídica, que é o grande centro desta pesquisa, é um dos princípios que fundamentam a necessidade de respeito aos precedentes judiciais. Conforme Ávila (2012), é princípio que visa a garantir racionalidade e efetividade ao Direito como um todo, pois a uniformidade e estabilidade da jurisprudência geram confiança e segurança nas decisões do Estado.

A segurança jurídica é princípio fundamental à garantia das liberdades individuais, estando previsto no ordenamento jurídico pátrio em diversos dispositivos constitucionais, a exemplo do art. 5^a, inciso XXXVI da Constituição Federal. Embora tal dispositivo vise à proteção de situações consolidadas, quais sejam, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, essa não é a única manifestação da segurança jurídica, que, como já salientado, impõe ainda a previsibilidade das consequências jurídicas atribuídas às ações dos indivíduos (DIDIER, 2016).

Por sua vez, o princípio da igualdade, também importante e expressamente previsto no art. 5^o, *caput*, da Constituição Federal, impõe que seja conferido tratamento igualitário a todos, sem distinção de qualquer natureza. Conforme Rosa (2016), o princípio ora analisado não se refere apenas ao tratamento igualitário no âmbito do Poder Legislativo, mas também no âmbito dos demais poderes do Estado, de modo que os jurisdicionados e administrados devem ser tratados de forma isonômica, respectivamente, pelos poderes Executivo e Judiciário. Observando a máxima desse princípio, que é que os casos iguais sejam decididos da mesma forma, e, por outro lado, que os casos desiguais sejam decididos de formas diferentes, observando sempre o caso concreto.

Outro princípio que se encontra presente na aplicação dos precedentes é o da boa-fé objetiva, por impor a observância do dever de lealdade nas relações jurídicas (MARILIA CARDOSO, 2016). Este princípio, assim como o princípio da segurança jurídica, valoriza a previsibilidade nas decisões judiciais, impondo a coerência na atividade estatal. Conforme é possível se verificar pelo Art. 5^o do CPC, onde aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. Assim, é possível perceber que a boa-fé é um dos princípios que deve estar primeiramente presente em todo e qualquer processo.

Por fim, cabe salientar sobre o princípio da duração razoável e da eficiência na tutela jurisdicional, pois, são princípios que conduzem a uma rápida solução dos conflitos, tendo por objetivo garantir um processo com desfecho.

É o que dispõem os artigos 4º, 6º e 8º do Código de Processo civil, a saber:

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Sendo assim, é possível notar que as partes de um determinado processo são rodeadas de garantias constitucionais e processuais que devem ser rigorosamente respeitadas e observadas.

2.2 Da Segurança Jurídica das relações judiciais

Conforme Oliveira (2015), o precedente pode ser compreendido como uma decisão judicial proferida em determinado caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como parâmetro para o julgamento posterior de casos análogos. Isto se dá porque a diretriz estabelecida com base em determinado caso concreto, quando enfrentadas as questões jurídicas envolvidas, servirá de “modelo” para o julgamento de futuras demandas que passem pelo crivo do Judiciário, garantindo a isonomia, a segurança jurídica, a previsibilidade e a uniformização da jurisprudência.

Considerando esse cenário, o sistema de precedentes obrigatórios instituído pelo Novo Código de Processo Civil se apresenta como importante instrumento em busca da coerência e integridade da jurisprudência, como deixa clara a previsão trazida pelo artigo 926 do Código.

O citado artigo estabelece que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. O preceito também dispõe quanto à edição, pelos tribunais, de súmulas correspondentes a sua jurisprudência dominante.

Nesta linha, ao comentar o dispositivo, aduz Amaral (2015):

Trata-se de verdadeiro imperativo da segurança jurídica, que por sua vez pressupõe, para sua realização, dentre outros fatores, a continuidade da ordem jurídica, a clareza dos textos e o conhecimento das regras jurídicas. Não apenas a lei, mas também a jurisprudência deve ser clara e previsível, sendo ameaçadoras da segurança jurídica as decisões exóticas ou surpreendentes.

A estabilidade e integridade da jurisprudência proporcionam segurança ao cidadão que procura a resposta de um conflito social junto ao Judiciário. Daí a necessidade de que haja uma previsibilidade razoável quanto ao resultado de determinada demanda judicial, afastando a possibilidade de causar desconforto no meio social em que a decisão é proferida. A adoção, pelo novo CPC, de um sistema de precedente mais robusto imprime reflexos de substancial importância no que tange à garantia da segurança jurídica e da estabilidade e integridade das decisões judiciais.

A segurança jurídica é elemento essencial do Estado Democrático de Direito, já que, como leciona Gomes Canotilho (2003), o princípio remete “à durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas”, pelo que é indispensável ao cumprimento das finalidades do Estado, que deve não somente garantir direitos, mas garanti-los com estabilidade, durabilidade e segurança.

O novel Código trouxe a possibilidade de o indivíduo prever, concretamente, os resultados jurídicos decorrentes de fatos ou comportamentos ao introduzir a observância dos precedentes, onde, nessa hipótese, a segurança jurídica está pautada mais no aspecto da previsibilidade das relações.

O sistema de precedentes normativos ou vinculantes justifica-se com base em três princípios: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência. Há a obrigatoriedade de observar as orientações já firmadas pelas cortes, o que aumenta a previsibilidade do direito, torna mais determinadas as normas jurídicas e antecipa a solução que os tribunais darão a determinados conflitos. O respeito aos precedentes constitui um critério objetivo e predeterminado de decisão que incrementa a segurança jurídica. A aplicação das mesmas soluções a casos idênticos reduz a produção de decisões conflitantes pelo Judiciário e assegura àqueles que se encontram em situação semelhante o mesmo tratamento, promovendo a isonomia.

Tais alterações, vão ao encontro da necessidade cada vez mais premente, de se garantir um mínimo de segurança nas relações jurídicas e previsibilidade da atuação do Estado e de seus impactos sobre a vida dos cidadãos. Como se sabe, a

segurança jurídica pressupõe confiabilidade, clareza, transparência e racionalidade das ações do Estado, bem como a confiança dos indivíduos a respeito de suas disposições pessoais e os efeitos jurídicos decorrentes de seus atos. Para isso, exige-se do corpo judicial que suas ações e decisões possam ser minimamente previstas e conhecidas pelos cidadãos.

3. INSTRUMENTOS DE CRIAÇÃO E APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES

Acordante Rosa (2016), para se utilizar a forma correta do *stare decisis* é preciso valer-se de ferramentas hábeis para se aplicar um precedente, tais ferramentas nada mais são do que técnicas de confronto e de superação. E caberá ao julgador identificar a *ratio decidendi* do caso anterior e chegar a uma conclusão sobre sua vinculação ou não à situação em cotejo.

Essas técnicas de aplicação dos precedentes são de duas naturezas, a saber: técnicas de confrontação e técnicas de superação dos precedentes. Quanto as técnicas de confrontação, há os seguintes critérios: *Distinguishing*, *Restrictive Distinguishing* e *Ampliative Distinguishing*. Já quanto as técnicas de superação, os critérios são: *Overruling*, *Antecipatory Overruling* e *Overriding*.

O *Distinguishing* ou distinção trata-se de uma técnica consistente a não aplicação do precedente firmado nos casos em que houver uma dada circunstância particularizada que permita o afastamento da regra criada. A distinção, nesse ponto, é o reconhecimento de uma circunstância específica que torne o precedente inadequado ao caso.

É, pois, um método de comparação pelo qual o julgador faz a confrontação dos elementos objetivos do caso *sub judice* com os elementos dos casos anteriores, balizados pelos precedentes. Noutras palavras, o aplicador do Direito verifica se há ou não identidade entre o caso posto e o caso paradigma.

Esse critério é importante ao sistema de precedentes, porque confere dinâmica ao sistema jurídico, garantindo a segurança jurídica, não permitindo o engessamento do direito.

De outro lado, a doutrina, em geral, estabelece que a distinção se apresenta sob duas formas, sendo a primeira, o próprio método de comparação, como ocorre no *Distinguishing*. A outra forma está relacionada ao produto desse método, que pode sugerir dois resultados: pela não aplicação do precedente ou pela aplicação, que poderá ser restritiva ou ampliativa.

Contudo, à luz do sistema brasileiro, tal situação vai de encontro ao paradigma da lei, pois não se pode esquecer que, com o CPC/2015, nosso ordenamento jurídico

passou a contemplar um sistema misto, congregando elementos das tradições anglo-saxônica e romana. Assim, o uso de tal técnica não pode servir à arbitrariedade pretoriana, vez que não é dado ao Poder Judiciário empreender atividade legiferante, pois, conforme já assentamos, o uso dos precedentes, na realidade brasileira, não se presta a suplantar o princípio da legalidade, mas sim à sua afirmação.

O *Ampliative Distinguishing* define-se como a modalidade técnica de confronto pela qual o juízo ou tribunal externa uma interpretação extensiva do precedente pela verificação de diferenças entre o caso paradigma e o caso sub judice.

Neste aspecto, o entendimento de Lourenço (2011) diz que: "De igual modo, mesmo percebendo que no caso concreto há peculiaridades em relação aos casos anteriores, pode o magistrado estender à hipótese sub judice a mesma solução conferida aos casos anteriores, por lhe entender aplicável. Há, nessa hipótese, *ampliative distinguishing*."

Conforme Peixoto (2016), a técnica de superação, também conhecida como *Overruling*, permite a evolução do sistema em substituir um efeito vinculativo por outro sobre um mesmo de julgamento.

Assim, por ser um sistema misto, conforme já assentamos, o julgador estará vinculado sempre ao princípio constitucional da legalidade, devendo usar a doutrina dos precedentes para afirmá-lo a todos os casos, garantindo, de tal forma segurança jurídica ao jurisdicionado.

3.1 Da Persuasão à Vinculação

Os precedentes judiciais persuasivos são aqueles cuja a *ratio decidendi* não precisa ser obrigatoriamente observada pelo magistrado em casos futuros e similares ao caso sub judice. Nesse caso, o juiz poderá aplicar a *ratio* se entender correta e justa ao caso sob julgamento.

Segundo Macêdo (2017, p. 79), o precedente persuasivo serve apenas como reforço argumentativo para a tomada de decisão em determinado sentido, todavia não a vincula no sentido apontado.

Assim, o precedente persuasivo pode ser considerado no julgamento, porém, também pode ser rejeitado, desde que seja feito de forma justificada. Sobre o efeito persuasivo, Marinoni (2016) leciona:

Registra-se, então, que a natureza persuasiva do precedente deriva da própria estrutura e lógica do sistema de produção de decisões judiciais, ao exigir respeito do órgão que proferiu a

decisão ou do órgão inferior diante das suas próprias decisões e dos tribunais que lhe são superiores. (MARINONI, 2016, p. 95)

O termo vinculação é utilizado para designar a força persuasiva de um determinado precedente jurisprudencial. Trata-se da eficácia tradicional da jurisprudência nos sistemas da *civil law*. Mas não se deve subestimar essa dimensão do precedente. Mesmo em sistemas de *civil law*, como o brasileiro, a segurança jurídica, a isonomia e a certeza do direito impõem que os tribunais decidam de modo harmônico e coerente. (MITIDIERO, 2018).

Em uma segunda acepção, alude-se a “eficácia vinculante” em referência a hipóteses em que, tendo em vista a existência de precedentes ou de uma orientação jurisprudencial consolidada, a lei autoriza aos órgãos judiciais ou da Administração Pública a adotar providências de simplificação do procedimento e consequente abreviação da duração do processo.

Exemplo disso são as regras que autorizam o relator a decidir monocraticamente os recursos respaldados em súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal, em acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos.

Há por outro lado, conforme Talimini (2016), a força vinculante em sentido estrito, que vai além dos dois fenômenos examinados nos itens anteriores. É a própria imposição da adoção do pronunciamento, que se reveste de tal força pelos demais órgãos aplicadores do direito (órgãos judiciais de grau de jurisdição inferior e, eventualmente, órgãos administrativos), na generalidade dos casos em que a mesma questão jurídica se puser sob pena de afronta à autoridade do tribunal emissor daquela decisão.

3.2 Embate Doutrinário sobre Precedentes Vinculantes

Conforme explicita Chaves (2019), há quem defenda pela aplicação do sistema de precedentes trazendo argumentos favoráveis e acentuando suas vantagens, como a celeridade e coerência nas decisões do Poder Judiciário e ainda que aplicar tal sistema é garantir o tratamento isonômico aos jurisdicionados.

Contudo, há também outro lado, que argumenta de maneira desfavorável, defendendo que a aplicação do sistema de precedentes poderá afetar a liberdade do julgador, vez que este não poderá inovar nos casos sob julgamento, mesmo que seja de forma fundamentada, violando, assim, o princípio do livre convencimento motivado e a garantia de independência do juiz.

Sendo assim, em que pese a divergência doutrinária existente, é importante ressaltar que o objetivo do presente artigo é analisar a sistemática dos precedentes no novo Código de Processo Civil como um modelo garantidor de segurança jurídica nas decisões judiciais. Contudo, mesmo existindo por parte de alguns doutrinadores o entendimento de que haja um engessamento no processo, entende-se, conforme a doutrina majoritária, que o sistema de precedente do Código de Processo Civil é o instrumento idôneo para se alcançar a segurança jurídica na prestação jurisdicional.

4. PRECEDENTES VINCULANTES: UM MEIO NECESSÁRIO PARA GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS DECISÕES JUDICIAIS

Conforme bem explicita Ferranice (2017), a segurança jurídica está intrinsecamente ligada à estabilidade, à previsibilidade das consequências jurídicas, segurança de orientação e realização do direito. Cabendo então, ao Poder Público proteger a confiança do cidadão no tocante às consequências de suas ações e dos efeitos dos atos do Estado.

Surge a partir daí a necessidade de estabilidade da ordem jurídica, pois as decisões judiciais devem ser contínuas para que tenha eficácia junto aos jurisdicionados. Marinoni (2016) afirma que: "...a estabilidade não se traduz apenas na continuidade do direito legislado, exigindo, também, a continuidade e o respeito às decisões judiciais, ou melhor, aos precedentes".

Neste sentido, os argumentos favoráveis à aplicação do sistema de precedentes judiciais afirmam que a sua aplicação só será concretizada quando existir estabilidade e confiabilidade das decisões, onde ao utilizar um precedente o magistrado dará tratamento igualitário para casos análogos, garantindo a previsibilidade e segurança jurídica.

Mamede (2017), entende que o uso dos precedentes vinculantes é um método de comparação pelo qual o julgador faz a confrontação dos elementos objetivos do caso *sub judice* com os elementos dos casos anteriores, balizados pelos precedentes. Noutras palavras, o aplicador do Direito verifica se há ou não identidade entre o caso posto e o caso paradigma.

Esse critério é importante ao sistema de precedentes, porque, ao conferir dinâmica ao sistema jurídico, garantindo a segurança jurídica, não permite o engessamento do direito.

À luz do sistema brasileiro, o uso dos precedentes não se presta a suplantiar o princípio da legalidade, mas sim à sua afirmação. Neste aspecto, o entendimento de Lourenço (2011) diz que: "De igual modo, mesmo percebendo que no caso concreto há peculiaridades em relação aos casos anteriores, pode o magistrado estender à

hipótese sub judice a mesma solução conferida aos casos anteriores, por lhe entender aplicável. Há, nessa hipótese, *ampliative distinguishing*."

Para melhor compreensão da temática, o Tribunal Superior do Trabalho, utiliza entendimento já consolidado pelo STJ, ou seja, precedentes vinculantes, conforme é possível perceber:

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. DECISÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA A COBRANÇA DE PRECATÓRIO PROFERIDO EM DATA ANTERIOR À VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. PRECEDENTE OBRIGATÓRIO. NÃO-CONFIGURAÇÃO. I - Na hipótese, a petição inicial da Reclamação foi liminarmente indeferida, por manifestamente incabível a medida eleita. II - O instituto da Reclamação possui natureza jurídica de ação de competência originária dos tribunais, cabível para preservar sua competência, garantir a autoridade de suas decisões e observância de precedente oriundo de julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência, na forma do art. 988, I a IV, do CPC de 2015, sendo aplicável ao Processo do Trabalho nos termos do art. 3º, XXVII, da Instrução Normativa nº 39 desta Corte. III - Admite-se, ainda, de acordo com o CPC de 2015, Reclamação contra decisão que não observe precedente oriundo de julgamento de recurso especial (ou recurso de revista) repetitivo. IV - Conforme abalizada doutrina, "não se devem confundir 'precedente' e 'jurisprudência'. Das decisões proferidas no passado não se extraem, necessariamente, precedentes que influenciarão no julgamento de casos futuros. Precedente não é igual a jurisprudência, nem a Súmula (art. 489, § 1º, V e VI, do CPC de 2015). Do art. 988, IV, do CPC de 2015, extrai-se que o precedente está na decisão, isto é, o precedente é proferido no julgamento de caso repetitivo. Nem toda decisão judicial é um precedente". V - Em tal contexto, o acórdão do Órgão Especial deste Tribunal, indicado pela autora, não configura precedente obrigatório, tampouco é oriundo de decisão em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência, sendo proferido em procedimento administrativo de precatório, portanto sem índole judicial, sob a égide da legislação anterior às alterações promovidas pela Lei

nº 13.015/14 e ao CPC de 2015. Constitui, a rigor, jurisprudência persuasiva, não vinculante, portanto. Agravo regimental a que se nega provimento. PROCESSO Nº TST-AgR-Rcl-6852-59.2016.5.00.0000

Conforme a decisão, restou claro que não é admitida a reclamação quando não esgotadas as instâncias ordinárias, com base no art. 988, §5º, II, do CPC e na linha de jurisprudência do STJ, sendo assim o julgador limita-se a seguir julgados, sem analisar argumentos que não constitui precedente vinculante.

Assim, por ser um sistema misto, conforme já assentamos, o julgador estará vinculado sempre ao princípio constitucional da legalidade, devendo usar a doutrina dos precedentes para afirmá-lo a todos os casos, garantindo segurança jurídica na prestação jurisdicional.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo o estudo do sistema de precedentes vinculantes positivado no ordenamento jurídico, em sendo este o mecanismo pelo qual se organiza a gestão de processos de que tratam da mesma matéria ou de matérias semelhantes. Dessa forma, constatou-se que o sistema brasileiro de precedentes é baseado no efeito vinculante, e que decisões judiciais anteriores podem conter eficácia persuasiva ou vinculante.

Importante é destacar que a redução sobre o número de demandas junto ao Poder Judiciário ocorreu após a positivação dos precedentes, dentre elas, a instituição expressa do modelo cooperativo de processo com ampliação do contraditório, previsão dos deveres da jurisprudência, estipulação de requisitos específicos para a fundamentação das decisões judiciais, inserção do rol de decisões e enunciados de súmulas dotados de efeitos vinculantes e suas gradações, instituição dos recursos repetitivos e dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, de assunção de competência e de arguição de inconstitucionalidade como meios de se obter precedentes obrigatórios.

Sendo assim, para que a implantação do sistema de precedentes seja efetiva, é necessário que seja feita uma mudança na cultura da sociedade jurídica, para que estes passem a observar os precedentes, contribuindo para o funcionamento e operacionalização desse novo sistema que garante a segurança jurídica.

Concluiu-se que a utilização dos precedentes vinculantes se fundamenta nas técnicas de interpretação e não subtrai o trabalho de julgamento e interpretação do juiz diante do caso concreto. Tanto que o artigo 927 do novo Código de Processo Civil, que dispõe sobre o uso dos precedentes, preocupa-se com a uniformidade e a

segurança da decisão judicial, eliminando a insegurança jurídica que se materializa na não preocupação dos Tribunais em manterem a integralidade e coerência em suas decisões. Ressalta-se, igualmente, a relevância do referido artigo, tanto por reduzir o número de demandas, como por ter como garantia a segurança nas decisões já firmadas anteriormente.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 945.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. Revista da AGU, Brasília, ano 15, n. 3, jul.-set. 2016. p. 12.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 de nov. 2019.

BRASIL. (Tribunal Superior do Trabalho TST - AGRAVO REGIMENTAL RECLAMACAO: AgR-Rcl 241523420165000000 - Inteiro Teor. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/750980917/agravo-regimental-reclamacao-agr-rcl-241523420165000000/inteiro-teor-750980939?ref=feed>. Acesso em 02 de Maio de 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 374.

CHAVES. Iara Santos. **Precedentes Vinculantes no NCP**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/precedentes-judiciais-no-novo-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em: 10 de Março de 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil** - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

_____. **Curso de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 2.

FERRANICE. Renato Augusto. **O Sistema de Precedentes vinculantes**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/precedentes-judiciais-no-novo-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em 10 de abril de 2020.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**/ Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga Didier Jr., Fredie. e Rafael Alexandria de Oliveira – 11. Ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. V. 2. p. 383.

GIL, A. C. **Como Elaborar projetos de pesquisa**. 5. Ed. - São Paulo: Atlas, 2010.

JÚNIOR, **Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil** – Volume I. 56ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2015.

LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente Judicial como fonte do direito**: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. In.: Revista Temas Atuais de Processo Civil, v. 01, n. 6, dez. 2011. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v-1-n-6-dezembro-de-2011->>. Acesso em: 15 de novembro de 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2017.

MAMEDE. Nardilane Vieira. **Relevância dos precedentes na tutela jurisdicional**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/precedentes-judiciais-no-novo-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em 10 de abril de 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**, volume 1/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – 4. ed.- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTINS. Benedito. **O princípio da igualdade**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-principio-da-igualdade/>. Acesso em 12 de Março de 2020.

PEIXOTO, Ravi M. **Superação do precedente e segurança jurídica – Conforme Novo CPC**. 2ª ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

ROSA, Fernanda Néri. **Precedentes judiciais**: aspectos controvertidos de sua aplicação no ordenamento jurídico e o risco do discurso de fundamentação

descontextualizado. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia – 2016.

ERRA JÚNIOR, Marcus Vinícius Barreto. **A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica**. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 214, p. 131-152, abr./ jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p131.pdf. Acesso em de outubro de 2019.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo, Saraiva, 2005.

TALIMINI, Eduardo. **O que são precedentes no CPC de 2015**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/236392/o-que-sao-os-precedentes-vinculantes-no-cpc-15>. Acesso em 10 de Abril de 2020

NOTAS

[1] Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA – Teresina-PI. *E-mail*: sandrambs0705@gmail.com

[2] Orientadora professora do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA Teresina-PI. Mestre em Direito pela Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. *E-mail*: rochelefirmeza@hotmail.com

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DE UMA INTERVENÇÃO MILITAR, NO BRASIL, SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

LUANA BISPO DE ASSIS: Doutoranda em Direito Constitucional pela UNB. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Goiás (2015), com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Goiás (FAPEG). Advogada com experiência na área de Direito Público e de Direito Privado. Foi pesquisadora e bolsista pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) em projetos com a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA)².

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar a constitucionalidade de uma intervenção militar diante da base democrática da Constituição Federal de 1988. Toma-se como ponto de partida as manifestações de 19 de abril de 2020, que pediram por intervenção militar, fechamento do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal. A metodologia empregada foi a qualitativa, em uma busca dedutiva da bibliografia da liberdade democrática de forma ampla e, a partir disso, ter como resultado o debate teórico sobre as manifestações por intervenção militar, o perfil das manifestações e as consequências da centralidade de um único poder, tornando o Estado brasileiro em um regime totalitário.

Palavras-chave: Constituição. Democracia. Intervenção militar. Manifestações. Representação.

ABSTRACT: This article aims to analyze the constitutionality of military intervention in view of the democratic basis of the Federal Constitution of 1988. The

²É pesquisadora e Líder do Grupo de Pesquisas Interdisciplinares em Direito (GEPID), registrado no Diretório de Pesquisas do CNPq. É professora na Faculdade Evangélica de Goianésia (FACEG), mantida pela Associação Educativa Evangélica (AEE), onde desempenha as funções de membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE) do curso de graduação em Direito; É coordenadora de estágio do curso de graduação em Direito; coordenadora do projeto de extensão Faculdade Aberta da Terceira Idade (FATI); e coordenadora de monitoria acadêmica do curso de Direito. É, ainda, professora na Faculdade Metropolitana de Anápolis (FAMA) na disciplina de Direito Constitucional.

demonstrations of April 19, 2020, which called for military intervention, the closure of the National Congress and the Federal Court of Justice. The methodology used was qualitative, in a deductive search for the bibliography of democratic freedom in a broad way and, from that, to have as a result the theoretical debate about the demonstrations by military intervention, the profile of the demonstrations and the consequences of the centrality of a single power, turning the Brazilian State into a totalitarian regime.

Keywords: Constitution. Democracy. Military intervention. Manifestations. Representation.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Formação de um Poder Democrático. 3. Conclusão. 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A ideia de democracia significa o povo no poder, ou governo de maioria, demonstrando a distribuição equitativa de poder e de riqueza social. Ao contrário deste modelo constitucional, manifestantes, no dia 19 de abril de 2020, foram às ruas para pedir por intervenção militar. No ato, os manifestantes, também, pediam o fechamento do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal (STF), e a instituição do Ato Institucional n. 5 (AI-5), imposto pela Ditadura Militar. Por uma questão de recorte jurídico, realizou-se a análise somente das manifestações por intervenção militar em um contexto da atual Constituição Federal.

Diante disso, se forma o seguinte problema jurídico: é constitucional a instituição de uma intervenção militar, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988?

Nesse sentido, apresenta-se como hipótese que a liberdade democrática está definida pelos limites constitucionais. Assim, tal medida não está prevista na Constituição e a centralidade de poder nas mãos de um governante tornaria este governo totalitário.

Metodologicamente, desenvolveu-se o presente trabalho por meio de uma análise qualitativa pelo método dedutivo descritivo, considerando conceitos de democracia, intervenção militar e totalitarismo.

Nesse contexto, o trabalho foi dividido da seguinte maneira: em um primeiro momento, uma breve abordagem sobre a liberdade democrática, a identificação das manifestações por intervenção militar demonstrando os sujeitos que assim manifestam e, por fim, evidencia-se que um governo formado por, apenas, um poder se torna um poder totalitário.

2 A FORMAÇÃO DE UM PODER DEMOCRÁTICO

A democracia é sinônimo de auto-organização política da sociedade[1]. Esta organização é realizada pelo povo, por intermédio da representação direta e indireta. De fato, a democracia é o regime político no qual ninguém, nem mesmo o povo que exerce o poder soberano, tem um poder absoluto, sem controles. Assim, o poder soberano do povo só pode ser desempenhado, legitimamente, nos termos da Constituição[2].

Diante disso, em uma análise histórica de O Espírito das leis, de Montesquieu[3], reflete-se sobre as liberdades públicas e suas concernentes constituições. Para o autor, um povo é livre não naquilo que se quer fazer individualmente, mas no que se deve fazer, em um contexto coletivo. Constituição rege a feitura da lei, a legiferação é, em relação à Carta Suprema, aplicação do Direito[4]. Assim, não há liberdade sem a constituição.

Kelsen acrescenta à ideia de Montesquieu, nos seguintes termos:

A idéia de igualdade está conjugada não com o poder mas com a liberdade; se é inevitável que haja livres e não-livres, é razoável que o maior número possível de indivíduos seja livre. “Portanto, a concordância entre vontades individuais e vontade do Estado será tanto mais fácil de obter quanto menor for o número de indivíduos com os quais seja necessário um acordo para decidir uma modificação na vontade do Estado”[5].

A palavra liberdade, sob o prisma da democracia, denota o desígnio de uma sociedade livre e um Estado guiado pelas leis. A liberdade não deriva do ímpeto individual, mas sim da justiça de suas leis[6]. A ideia de justiça para Montesquieu está ligada à concepção humana e, por isso, pensar em um Estado livre deriva do equilíbrio dos poderes, sem qualquer abuso da liberdade do seu exercício[7].

Para Foucault, o poder político tem a função de reinserir perpetuamente essa relação de força, mediante uma espécie de disputa silenciosa[8]. Essa disputa de forças equilibra os poderes e preserva o Estado de possíveis excessos.

Diante disso, as liberdades políticas são atingidas pelas moderações. Assim, não existe liberdade se o poder de legislar não estiver separado do poder de executar as leis[9]. O Estado deve ser regido pelo funcionamento equilibrado de todos os poderes de forma articular e complementar.

Kelsen contribui para esse debate, na obra “A Democracia”:

A transformação do conceito de liberdade, que, da idéia de liberdade do indivíduo em relação ao domínio do Estado, passa a ser participação do indivíduo no poder do Estado, assinala atualmente a separação entre democracia e liberalismo. O ideal democrático, se é considerado satisfeito na medida em que os indivíduos submetidos à ordem do Estado participam da criação dessa mesma ordem, é independente do grau em que essa ordem do Estado abrange os indivíduos que a criam, o que equivale a dizer independente do grau ao qual reduz a 'liberdade' deles. Mesmo que o alcance do poder do Estado sobre o indivíduo fosse ilimitado, caso em que, portanto, a "liberdade" individual seria completamente aniquilada e o ideal liberal negado, ainda assim seria possível a democracia, contanto que tal poder estatal fosse criado pelos indivíduos a ele submetidos. E a história ensina que o poder democrático não tende a expandir-se menos que o autocrático[10].

É diante disso que Motesquieu demonstra que a ideia de um poder solitário corrobora para a instabilidade do sistema político, retira mecanismos institucionais de freios e contrapesos e pessoaliza as instituições políticas[11]. O debate, aqui proposto, se dá em razão de protestos realizados em abril de 2020, cuja reivindicação é, dentre outros pleitos, a intervenção militar.

Em que pese este tipo de intervenção não ser prevista na Constituição Federal de 1988, no dia 19 de abril de 2020 em várias cidades do Brasil, pessoas foram para as ruas para pedir por intervenção militar. No ato, os manifestantes, também, pediam o fechamento do Congresso Nacional e do STF, e a instituição do AI-5, imposto à época da Ditadura Militar. Essa manifestação foi realizada em meio a uma pandemia de coronavírus, que avança cada vez mais no Brasil, com a confirmação de mais de 40.000 casos e, ao menos, 2.500 mortes, até o dia 20 de abril de 2020.

Além disso, o chefe do Poder Executivo, presidente Jair Bolsonaro, participou do ato em Brasília, discursando e criticando as medidas de isolamento social. Apesar da abundância de exames que poderiam ser feitos, por uma questão de recorte científico e jurídico, realiza-se a análise somente das manifestações por intervenção militar em um contexto da atual Constituição Federal de 1988[12].

Em face a essas manifestações, trabalhando a hipótese da possibilidade de uma intervenção militar, essa deve ser analisada com base no modelo constitucional do Estado brasileiro. Assim, deve-se avaliar, em um primeiro momento, o lugar da fala, o sujeito que profere esse discurso e que tipo de intervenção militar se referem esses manifestantes.

Nesse sentido, Foucault, na obra “Em defesa da sociedade”, ensina que: “O discurso da disciplina é alheia ao da lei; é alheia ao a regra como efeito da vontade soberana. Portanto, as disciplinas vão trazer um discurso que será o da regra; não o da regra jurídica derivada da soberania”[13].

Para se realizar essa ponderação, fez-se uma busca via *internet* para compreender o que seria a intervenção militar requerida pelos organizadores das manifestações do dia 19 de abril de 2020. Nota-se que há um número considerável de grupos de Facebook[14], WhatsApp, canais de Youtube[15] e perfis no Instagram que divulgam e propagam os anseios por uma intervenção militar. Em todos eles, tem-se um forte apelo nacionalista[16] e demonstram apoiar incondicionalmente o presidente Jair Bolsonaro, eleito em 2018. Não foi possível verificar o alcance de tantos *sites*, mas foi possível constatar que um razoável aporte financeiro com divulgação[17] e impulsionamentos.

Nota-se, ainda, que os manifestantes se referem à intervenção militar, fazendo lembrança do período que ficou historicamente marcado pela Ditadura Militar brasileira, referindo-se a este como o regime militar dos anos de 1964 e 1985. Denota-se que as publicações nas redes sociais invocam a intervenção militar como única forma de resolver questões referentes à corrupção, economia e segurança pública.

É importante ressaltar que em 1964, o então presidente João Goulart foi deposto e, em seu lugar, vigorou o regime militar[18]. O período foi marcado pela ausência de eleições diretas para presidente, centralização do poder executivo e o esvaziamento dos poderes legislativos e judiciário[19].

Aqui, cabe um aparte para se evidenciar o contexto da implementação da ditadura militar no Brasil, em 1964, e sua relação com as manifestações populares que demandavam intervenção no Estado:

A situação no Brasil continuou extremamente instável e, em março de 1964, tomaram-se as ações que definiram o destino do país. A conspiração dos grupos da extrema-direita estava a pleno vapor, e uma ação de Jango desencadeou de maneira antecipada o golpe no Brasil. Em 13 de março de 1964, foi realizado o Comício da Central do Brasil.

Esse comício mobilizou de 150 mil a 200 mil pessoas. Nele, João Goulart reassumiu seu compromisso com a realização das Reformas de Base. O discurso de Jango deu a entender que o presidente havia abandonado a política de conciliação e que

partiria na defesa das Reformas de Base junto aos movimentos sociais.

A reação conservadora foi imediata e ocorreu nas ruas no dia 19 de março com a Marcha da Família com Deus pela Liberdade. Essa passeata mobilizou mais de 500 mil pessoas em São Paulo contra o comunismo e reivindicando a intervenção dos militares na política brasileira. Essa passeata foi organizada pelo Ipes e deixou bem clara a extensão do poder dos grupos golpistas e o temor da classe média com as reformas e com os movimentos sociais que pipocavam pelo país[20].

Denota-se que os manifestantes buscam essa centralidade e exaltação do poder executivo. É válido ressaltar que, em todas as publicações analisadas, tem-se manifestações em apoio ao atual chefe do Poder Executivo federal e pedidos de fechamento do Congresso Nacional e do STF. Esse anseio de centralidade e de manutenção do atual Poder Executivo, entra em confronto com o modelo de 1964 invocado, tendo em vista que a intervenção militar significa o uso de forças militares para controle de um Estado que não promoveu intervenção[21]. Diante disso, o modelo de intervenção militar aclamado pelos manifestantes controlou todos os poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), derrubando um governo antes legitimado constitucionalmente[22].

Em alguns dos *sítes* visitados, notou-se a expressão “intervenção militar constitucional”, a qual utilizou como argumento basilar o artigo 142 da Constituição Federal de 1988, que aduz:

As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem[23].

Em uma verificação meramente literal no artigo supra citado, não há qualquer menção da possibilidade de uma intervenção militar. Ao contrário, reafirma que as forças armadas se destinam para garantir os poderes constitucionais.

Desse modo, por uma vertente constitucional, não é possível que se realize uma intervenção militar, tanto no modelo de 1964, bem como no atual modelo constitucional, considerando a vedação de fechamento do Congresso Nacional e do STF e a centralização de todos os poderes ao atual presidente.

Além disso, a base de argumentação para o pleito de uma intervenção militar é a maior mazela da atualidade brasileira: a corrupção. Contudo, qual a garantia constitucional, de que a centralização em um só Poder traria o combate à corrupção que tanto se anseia?

Em relação à democracia, Kelsen ensina que:

Neste ponto destaca-se uma nítida diferença entre o tipo real da democracia e o da autocracia, já que, no regime autocrático, não há possibilidade de meio-termo entre direções políticas opostas na formação da vontade do Estado ou, pelo menos, essa possibilidade é bastante rara, visto serem praticamente impossíveis uma corrente e um a contracorrente políticas. Democracia e autocracia distinguem-se, assim, pela diversidade de sua situação espiritual-política[24].

Por outro lado, estes fatores são conjugados com a apatia política, ou seja, busca-se que um poder salvador restabeleça, sozinho, o Estado e defenda os interesses das coletividades. A democracia representativa é árdua, necessita de trabalho, acompanhamento e luta pela sua manutenção. Ter um único Poder seduz, pela sua forma totalitária. O totalitarismo é, em sua essência, a ideia de monopólio de poder[25].

Além disso, as manifestações históricas dessa expressão política determinaram uma sorte tautológica dos fenômenos que traduziram a monopolização de poder[26]. Esse fenômeno é marcado por descaracterizar o todo histórico de estruturação dos poderes e torna, de forma isolada, apenas um poder como autossuficiente. É encaminhar a explicação do político pelo político, do político por ele próprio[27].

Convergir todos os poderes a um único domínio, retira do povo o seu poder e soberania instituída pela Constituição Federal de 1988 e viola o Estado constitucional em sua base democrática participativa e representativa. A democracia é formada pela pluralidade de ideias, pelas diversas facetas de um povo, no pleno exercício da sua liberdade[28].

Referência na discussão jurídica, Kelsen trata dessa situação de monopólio do poder, da seguinte maneira:

Esse é o princípio da democracia, o princípio da democracia radical. Como só quero obedecer à lei para cuja criação contribuí, na formação da vontade do Estado só posso reconhecer como meu representante — se é que devo

reconhecer um — alguém que tenha sido designado como tal por mim e não contra minha vontade[29].

Diante disso, a democracia tem como base a lei, a razão e a liberdade, que são garantidas pela difusão do poder e pela estrutura pluripartidária. Já o estado totalitário é um sistema no qual se impõe a vontade por meio da violência e do terror e a concentração do poder a um único sujeito ou grupo[30]. Nesse sentido, a intervenção militar utiliza as forças armadas instituídas pelo próprio Estado e agindo contra este[31]. Diante disso, o poder concentrado nas mãos de um só poder “é a destruição da linha entre o estado e a sociedade, e a total politização dessa sociedade por meio do partido único”[32].

3 CONCLUSÃO

A análise do presente artigo foi realizada em relação às recentes manifestações por intervenção militar, em atos antidemocráticos, que defenderam o fechamento do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional e que invocaram o AI-5, em referência ao período do regime militar no Brasil, que suspendeu garantias constitucionais.

Tais atos afrontam diretamente a base constitucional vigente, em sua organização política da sociedade. Essa organização é realizada pelo povo, por intermédio da representação direta e indireta, em um alicerce democrático. De fato, a democracia é o regime político no qual ninguém, nem mesmo o povo que exerce o poder soberano, tem um poder absoluto, sem controles. Assim, o poder soberano do povo só pode ser desempenhado, legitimamente, nos termos da Constituição Federal de 1988, ou seja, não há liberdade sem a Constituição.

A palavra liberdade, sob o prisma da democracia, denota o desígnio de uma sociedade livre e de um Estado guiado pelas leis. O ano de 2020 é marcado por uma pandemia de COVID19 e, nesse momento crítico, deve-se reforçar o Estado Democrático de Direito, garantido pelo funcionamento pleno de suas instituições, de maneira harmônica e independente. Diante disso, a instituição de intervenção militar afronta a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua base democracia, em sua busca por uma sociedade justa e igualitária.

4 REFERÊNCIAS

#INTERVENÇÃOMILITAR.

Disponível

em:

<https://www.instagram.com/explore/tags/interven%C3%A7%C3%A3omilitar/>.

Acesso em: 20 abr. 2020.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. **Revista de direito administrativo**, v. 217, p. 55-66, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.

CANAL NAÇÃO PATRIOTA. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=CPx7q6sYq3A>. Acesso em: 20 abr. 2020.

CHASIN, José. Sobre o conceito de totalitarismo. **Verinotio** – Revista on-line de Filosofia e Ciências Humanas, n. 15, p. 7-7, 2013.

COMPARATO, Fábio konder. O Poder Judiciário no regime democrático. **Estudos avançados**, v. 18, p. 151-159, 2004.

DEL VECCHIO, Angelo. Política e potência no regime militar brasileiro. **Projeto História**: Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados de História, v. 29, n. 01, 2004.

SCOREL, Sarah. Exclusão social fenômeno totalitário na democracia brasileira. **Saúde e Sociedade**, v. 2, p. 41-57, 1993.

FICO, Carlos. "Prezada Censura": cartas ao regime militar. **Topoi**, v. 3, n. 5, p. 251-286, Rio de Janeiro, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, n. 36, São Paulo, 1995. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451995000200003. Acesso em: 21 abr. 2020.

INTERVENÇÃO MILITAR JÁ. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/groups/257299714395248/>. Acesso em: 20 abr. 2020.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional). **Direito Público**, v. 1, n. 1, 2003.

KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MERCIER, Daniela. **Bolsonaro endossa ato pró-intervenção militar e provoca reação de Maia, STF e governadores.** Disponível em: <https://brasil.elpais.com/politica/2020-04-19/bolsonaro-endossa-ato-pro-intervencao-militar-e-provoca-reacao-de-maia-stf-e-governadores.html>. Acesso em: 20 abr. 2020.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NAPOLITANO, Marcos. **1964:** história do regime militar brasileiro. São Paulo: Contexto, 2014.

NUNES JR, Flavio Martins Alves. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020.

PINTO, Almir Pazzianotto. **21 anos de regime militar:** balanços e perspectivas. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1994.

SILVA, Daniel Neves. Golpe Militar de 1964 e o início da ditadura no Brasil. **Brasil Escola.** Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiab/golpe-militar.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

STUART-MILL, John. **Sobre a liberdade.** Alfragide: LeYa, 2019.

TERRA BRAZILIS NEWS. **Intervenção Militar Já!** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mHue0b9ufE4>. Acesso em: 20 abr. 2020.

VIZENTINI, Paulo Fagundes. **A política externa do regime militar brasileiro.** Porto Alegre: UFRGS, 1998.

NOTAS:

[1] HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova:** Revista de Cultura e Política, n. 36, São Paulo, 1995. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451995000200003. Acesso em: 21 abr. 2020.

[2] COMPARATO, Fábio konder. O Poder Judiciário no regime democrático. **Estudos avançados**, v. 18, p. 151-159, 2004.

[3] MONTESQUIEU. **O espírito das leis.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

[4] KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional). **Direito Público**, v. 1, n. 1, 2003.

- [5] KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- [6] STUART-MILL, John. **Sobre a liberdade**. Alfragide: LeYa, 2019.
- [7] MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- [8] FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- [9] NUNES JR, Flavio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020.
- [10] KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- [11] MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- [12] MERCIER, Daniela. **Bolsonaro endossa ato pró-intervenção militar e provoca reação de Maia, STF e governadores**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/politica/2020-04-19/bolsonaro-endossa-ato-pro-intervencao-militar-e-provoca-reacao-de-maia-stf-e-governadores.html>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- [13] FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- [14] **INTERVENÇÃO MILITAR JÁ**. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/groups/257299714395248/>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- [15] **#INTERVENÇÃOMILITAR**. Disponível em: <https://www.instagram.com/explore/tags/interven%C3%A7%C3%A3omilitar/>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- [16] **CANAL NAÇÃO PATRIOTA**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=CPx7q6sYq3A>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- [17] TERRA BRAZILIS NEWS. **Intervenção Militar Já!**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mHue0b9ufE4>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- [18] NAPOLITANO, Marcos. **1964**: história do regime militar brasileiro. São Paulo: Contexto, 2014.
- [19] VIZENTINI, Paulo Fagundes. **A política externa do regime militar brasileiro**. Porto Alegre: UFRGS, 1998.
- [20] SILVA, Daniel Neves. Golpe Militar de 1964 e o início da ditadura no Brasil. **Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiab/golpe-militar.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

- [21] FICO, Carlos. "Prezada Censura": cartas ao regime militar. **Topoi**, v. 3, n. 5, p. 251-286, Rio de Janeiro, 2002.
- [22] PINTO, Almir Pazzianotto. **21 anos de regime militar**: balanços e perspectivas. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1994.
- [23] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.
- [24] KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- [25] CHASIN, José. Sobre o conceito de totalitarismo. **Verinotio** – Revista on-line de Filosofia e Ciências Humanas, n. 15, p. 7-7, 2013.
- [26] ESCOREL, Sarah. Exclusão social fenômeno totalitário na democracia brasileira. **Saúde e Sociedade**, v. 2, p. 41-57, 1993.
- [27] CHASIN, José. Sobre o conceito de totalitarismo. **Verinotio** – Revista on-line de Filosofia e Ciências Humanas, n. 15, p. 7-7, 2013.
- [28] ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. **Revista de direito administrativo**, v. 217, p. 55-66, 1999.
- [29] KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- [30] CHASIN, José. Sobre o conceito de totalitarismo. **Verinotio** – Revista on-line de Filosofia e Ciências Humanas, n. 15, p. 7-7, 2013.
- [31] DEL VECCHIO, Angelo. Política e potência no regime militar brasileiro. **Projeto História**: Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados de História, v. 29, n. 01, 2004.
- [32] CHASIN, José. Sobre o conceito de totalitarismo. **Verinotio** – Revista on-line de Filosofia e Ciências Humanas, n. 15, p. 7-7, 2013.

A TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL NO TOCANTE A SUA APLICABILIDADE E CONSTITUCIONALIDADE APÓS A INSTITUIÇÃO DA LEI 13.467/2017

KLOVES ELIOMAR PEREIRA HERRERA:

Graduando em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins – Palmas – TO.

JANAY GARCIA^[1]

(Orientadora)

RESUMO: A presente pesquisa visa expor a aplicabilidade e a constitucionalidade no tocante à tarifação do dano extrapatrimonial no âmbito do Direito do Trabalho, após a instituição da lei 13.467/2017, conhecida como a reforma trabalhista, a qual acrescentou na Consolidação das Leis do Trabalho o Título II-A, que compreende aos artigos 223-A ao 233-G, na qual são nomeados "Do Dano Extrapatrimonial". De forma impositiva estes artigos vem apresentar critérios a serem seguidos pelo julgador, existindo um tabelamento ou também podendo ser chamado de "tarifação" que deverá ser seguido pelo julgador quando for determinar o valor indenizatório, utilizando como base, o salário contratual da vítima ofendida, demonstrando assim a limitação da quantificação do dano a ser buscada pelo magistrado. Para esta pesquisa, utilizaremos conceitos e posicionamentos doutrinários, precedentes judiciais, e pesquisas realizadas por operadores de direito, e conclui-se que a tarifação usada como critério inserido na CLT pela Reforma Trabalhista, não contempla o disposto em nossa Constituição Federal de 1998, na qual, tem a função de embasar as relações sociais e judiciais, bem como garantindo uma indenização mais integral e ampla possível, sempre respeitando os princípios constitucionais, a dignidade da pessoa humana e as garantias fundamentais.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Reforma Trabalhista. Dano Extrapatrimonial. Aplicabilidade. Constitucionalidade do artigo 223-G, da CLT.

ABSTRACT: The present research aim to exposure the applicability and the constitutionality regarding the tarification of off-balance sheet damage in the ambit of Labor's Right, after the law's institution 13.467/2017, known as the labor reform, which added in the consolidation of labor laws the title II-A, that regards to the articles 223-A to 233-G, in which are nominated "off-balance sheet damage". In an imperative way these articles comes to present criteria to be followed by the judge, existing a systematic organization or also might be called of "tarification" that needs to be followed by judge when determine indemnifying value, utilizing as base, the injured victim contractual salary demonstrating therefore the limitation of the

damage quantification to be sought by the magistrate. For this research, we utilized concepts and doctrinal placements, judicial precedents, surveys accomplished by legal operators, and conclude that the tariffication used as a criterion inserted in the CLT by Labor Reform, it does not contemplate the disposal in our federal constitution of 1988, in which, it has the function to support the social and judicial relations, as well as ensuring a indenization more integral and largely possible, always respecting the constitutional principles, the dignity of human being and the fundamental guarantees.

Key-words: Labor's Right. Labor Reform. Off-balance sheet damage. Applicability. Constitutionality of the article 223-G, of CLT.

Sumário: Introdução. 1. Do dano extrapatrimonial: 1.1 Evolução histórica da reparação civil; 1.2 Evolução Conceitual do dano moral no ordenamento jurídico; 1.3 Classificações do dano extrapatrimonial. 2. Aplicabilidade da tarifação do dano extrapatrimonial. 3. Constitucionalidade do dano extrapatrimonial: 3.1 A Constituição Federal de 1988; 3.2 A inconstitucionalidade da tarifação imposta pela lei 13.467/2017; 3.3 Ação direta de inconstitucionalidade; 3.4 Precedente STF: lei de imprensa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A consolidação das leis do Trabalho, na qual é conhecida pela sigla CLT, foi decretada no dia 1º de maio de 1943, sob o regime ditatorial de Getúlio Vargas, com o objetivo de proteger o trabalhador urbano e rural, de forma individual e coletiva, criando um rito processual específico para a Justiça Obreira.

Já a reforma trabalhista, que foi aprovada pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, tinha como objetivo impulsionar a economia e diminuir o desemprego, toda via, tem sido visto com outro viés, sendo questionado como um grave retrocesso às lutas e conquistas que foram adquiridas através dos anos, para os trabalhadores.

A instituição da Lei 13.467/2017, conhecida popularmente como reforma trabalhista, trouxe grandes mudanças no que diz respeito à previsão do dano moral que passou a ser denominada como dano extrapatrimonial, por ser considerado como um termo mais abrangente e adequado.

Dentre as inúmeras alterações abarcadas pela reforma trabalhista, há certa preocupação e discussão em relação ao "Título II-A: Do Dano Extrapatrimonial", representadas pelos artigos 223-A ao 223-G, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), na qual, adotou o Sistema Tarifário de Indenizações, devendo ser seguido um tabelamento para o valor máximo e mínimo da indenização, além de ser usado como valor base o último salário contratual do ofendido para se calcular o valor da

reparação, indo de encontro aos incisos V e X do artigo 5º da CF/88, bem como, os princípios da proporcionalidade, o da razoabilidade, o da isonomia e o da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a existência de uma colocação econômico-social de tratamento na obtenção da reparação por danos extrapatrimoniais.

Por outro lado, já se encontram em tramitação a Ação Direta de Inconstitucionalidade, na qual busca a decretação da inconstitucionalidade em relação aos parâmetros adotados pela reforma trabalhista.

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou anteriormente a respeito da inconstitucionalidade em relação ao tabelamento para indenizações, mediante o julgado da Lei de Imprensa, pois a mesma era incompatível a nossa Carta Magna de 1988.

Este presente trabalho busca expor a aplicabilidade e a constitucionalidade no tocante à tarifação do dano extrapatrimonial após a instituição da lei 13.467/2017 por meio do método dedutivo, conjuntamente com a pesquisa descritivo-explicativa.

Para isso, será exposto à conceituação da responsabilidade civil na reparação do dano não patrimonial e a sua mudança terminológica após a reforma, bem como será explicitado em relação à aplicabilidade da tarifação do dano extrapatrimonial e contrastado a sua constitucionalidade.

1. DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA REPARAÇÃO CIVIL

A reforma trabalhista, Lei 13.467 de 2017 introduziu o Título II-A na CLT objetivando tratar dos denominados “danos extrapatrimoniais”, sendo estes compostos pelos artigos 223-A até o artigo 223-G, demonstrando um interesse por parte do legislador acerca dos danos não patrimoniais e seus efeitos e aplicabilidades na seara trabalhista.

A noção da reparação do dano considerado não patrimonial está diretamente ligada com a antiguidade. Na Babilônia, no território conhecido como Mesopotâmia surgiu à primeira codificação relativa a povos civilizados a trazer previsões de reparação dos danos morais por meio de valores pecuniários.

Hamurabi (1792 – 1750 a. C.) foi rei da Babilônia e quem deu origem ao Código de Hamurabi, que foi gravado em uma estela de basalto negro, que está conservada no Louvre, em Paris. É representada por leis sumérias e acadianas, que foram revistas adaptadas e ampliadas por Hamurabi. Neste código, era geralmente adotada a lei de talião, do “olho por olho, dente por dente”, contudo, havia também

a previsão de indenização com valor monetário quando não fosse devolvida a coisa lesada ao seu estado anterior, geralmente aplicada em casos de danos não patrimoniais. O Código de Hamurabi previa que, se um homem livre ferir a filha de outro homem livre e, em consequência disso, vier um aborto, deveria pagar-lhe dez ciclos de prata pelo aborto.

O código de Manu, posteriormente, consistia na legislação do povo indiano e tinha ligações com a mitologia hinduísta, e também era possível observar a previsão da reparação monetária pelo causador do dano à vítima.

A lei de Moisés também adotou algumas soluções quanto à reparação por danos morais, conforme visto na Bíblia no texto de Deuteronômio, Capítulo 22, versículos de 13 a 19, onde a vítima sofre uma humilhação:

“Se um homem casar com uma mulher e, depois de coabitar com ela, a aborrecer, e lhe fizer atribuir atos vergonhosos, e contra ela divulgar má fama, dizendo: tomei esta mulher, e me cheguei a ela, porém não a achei virgem, os pais da moça tomarão as provas da virgindade dela, e as levarão aos anciãos da cidade, à porta. O pai da moça dirá aos anciãos: Dei minha filha por mulher a este homem, porém ele a aborreceu, e lhe imputou delitos vergonhosos dizendo: Não achei tua filha virgem. Então os pais estenderão a roupa dela diante dos anciãos da cidade, os quais tomarão aquele homem e o castigarão. Condená-lo-ão em cem ciclos de prata, e o entregarão ao pai da moça, porque divulgou má fama sobre uma virgem de Israel. Ela continuará a ser sua mulher e ele não poderá mandá-la embora enquanto viver.”

Em nosso ordenamento jurídico, conforme a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso V, temos descrito o atual sistema da reparação integral, no que concerne ser assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo além da indenização pelo dano material, moral ou à imagem; e o inciso X, onde descreve que, são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, sendo assegurado, o direito a indenização pelo dano material ou moral que seja decorrente desta violação.

A Carta Magna destaca também que a reparação corresponderá proporcionalmente ao prejuízo causado, informação está que se encontra reforçada pelo Código Civil Brasileiro, em seu artigo 944 onde expõe: “a indenização mede-se pela extensão do dano” (BRASIL, 2002).

Em relação ao assunto Sergio Cavalieri Filho (2019, p. 25) dispõe que:

O direito brasileiro, na trilha do direito francês, sempre prestigiou o princípio da reparação integral. O art. 1.059 do CC/16, ao dispor que “as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”, positivou, ainda que implicitamente, o princípio em exame. A Constituição de 1988, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República (art. 1º, III), implicitamente determinou a cabal reparação de todos os danos causados injustamente à pessoa humana. No Código de Defesa do Consumidor, o princípio foi expressamente consagrado em seu art. 6º, VI, ao estabelecer, entre os direitos básicos do consumidor, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. O Código Civil de 2002, por sua vez, foi ainda mais explícito no seu art. 944, caput, ao dispor: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

A responsabilidade configura-se como um dever de reparar, que decorre do princípio *neminem laedere*, buscando então a aplicação de que não se deve ofender a ninguém, sob a pena da responsabilidade de reparar o ofendido. Acerca do assunto cabe trazer o entendimento de Pablo Stolze e Pamplona Filho a respeito da responsabilidade:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada — um dever jurídico sucessivo — de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO 2019, p. 55).

Já a reparação consiste no modo que o agente deverá agir para que possa reparar e indenizar o ofendido. Em relação ao dano extrapatrimonial, busca-se não uma reparação material, mas sim uma compensação, tendo em vista que as lesões são diretamente ligadas aos direitos de personalidade do ofendido.

1.2 EVOLUÇÃO CONCEITUAL DO DANO MORAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O dano extrapatrimonial era reconhecido anteriormente em nosso ordenamento jurídico como dano moral, conforme exemplos que podem ser encontrados nos artigos 114 e 186 do Código Civil, e no artigo 5º, incisos V e X da constituição federal. Contudo, houve sua alteração por parte do legislador tendo em

vista obter uma maior abrangência e precisão dos danos que não tem expressão econômica, mas que são passíveis de se obter a reparação indenizatória.

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

[...]

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; (grifei).

No Código Civil de 2002 também se utiliza da denominação de danos morais:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (grifei)

Com isso é perceptível que existência da expressão “dano moral” está arraigada em nossa doutrina e seus preceitos básicos, levando a alguns questionamentos em relação a sua mudança. Em continuidade, será necessário trazer a respeito da definição de dano. Sergio Cavalieri Filho (2019 p.101) traz o seguinte exposto:

[...] Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, que se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral. [...]

Entende-se que atualmente em nosso ordenamento jurídico brasileiro existem dois tipos de danos: o dano patrimonial, que é que é aquele que será avaliado financeiramente por critérios objetivos, podendo ser definido como lucro cessante, caracterizado por um prejuízo causado pela interrupção de uma atividade que visa o lucro, ou dano emergente. E o dano moral, também podendo ser denominado como dano extrapatrimonial.

Em relação ao dano moral, Silvio de Salvo Venosa (2011, p.955) menciona que o dano moral é “o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, abrangendo também os direitos da personalidade, direito à imagem, ao nome à privacidade etc.”. Também podemos trazer a respeito do tema conforme Sergio Pinto Martins (2018, p. 35), dispõe que: “Consiste o dano moral na lesão sofrida pela pessoa

no tocante à sua personalidade. Compreende, portanto, o dano moral um aspecto não econômico, não patrimonial, mas que atinge a pessoa no seu âmago”. Desta forma, se concebe que o dano moral consiste em uma lesão sofrida por um ataque a moral e a dignidade da pessoa, com características de ofensas diretas e indiretas à reputação da vítima, não tendo ligações diretas com seu patrimônio, mas sim com sua honra.

Com base nisso, percebe-se que está alteração não mudará o conteúdo essencial, tendo em vista, que se trata apenas de uma mudança terminológica e não uma mudança em seu conteúdo diretamente, uma vez que já se encontra pacificada em nossa ciência jurídica. Deste modo observa-se o dano moral tornou-se apenas uma das diversas espécies de danos considerados não patrimoniais, como exemplos, os danos existenciais e os danos estéticos, contudo não houve perda em seu significado de aplicabilidade nas relações trabalhistas e jurídicas.

1.3. CLASSIFICAÇÕES DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Os danos extrapatrimoniais servem para designar um amplo gênero de danos que são considerados imateriais, sendo subdivididos em amplas classificações além do dano moral. Tendo em vista a vasta quantidade, cumpre demonstrar brevemente apenas os tipos que possuem maior relevância além do já tão conhecido dano moral, sendo eles, o dano existencial, o dano estético e o dano morte.

Uma das inovações da reforma trabalhista foi à inserção do “dano existencial”, conforme a redação dada pelo artigo 223-B, contendo o seguinte teor:

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação. (grifei)

O dano existencial consiste em um dano imaterial caracterizado por prejuízos sofridos pelo trabalhador devido a alguma conduta ilícita do empregador, acarretando mudanças no cotidiano da pessoas, que acaba alterando diretamente ou indiretamente a vida profissional e pessoal deste, atingindo sua felicidade e satisfação pessoal, podendo ser estas temporárias ou permanentes.

Observa-se que o dano existencial se caracteriza pela privação injusta do indivíduo de realizar projetos que normalmente faria, como praticar esportes; praticar exercícios físicos, dedicar-se aos estudos; manter uma vida em família; ter uma vida sexual ativa. [...] Por exemplo, não pode ser considerado dano existencial a frustração de um projeto de um indivíduo de ir

morar em Mate ou o impedimento de ele se relacionar com alguém que já morreu. Para aferição do dano é necessário pautar-se princípio da razoabilidade e proporcionalidade. (OLIVEIRA, 2015, p. 18)

O dano existencial se difere do dano moral tendo em vista o dano existencial causar uma paralização no indivíduo para uma atividade concreta. O dano moral propriamente dito afeta negativamente o ânimo da pessoa, estando relacionado a sentimento, ou seja, é um sentir enquanto o dano existencial é um não poder mais fazer, um dever de mudar a rotina (SOARES, 2009).

Cabe ressaltar que pairam questionamentos em relação à aplicação do dano existencial e sua cumulação com os danos morais, criando a existência e aplicação de duas correntes nos tribunais superiores, onde a primeira defende que os danos existenciais, assim como os danos estéticos, devem ser analisados como uma questão autônoma que afeta o indivíduo, sendo possível a sua cumulação com o dano moral, enquanto a outra corrente expõe os danos existenciais como parte íntegra do dano moral, pois entendem que os mesmos não se encontram em uma categoria diferente dos demais danos relacionados aos danos da personalidade de um modo geral, não cabendo a sua cumulação com outros danos que afetam a personalidade do indivíduo, tendo essa segunda corrente uma maior aplicabilidade atualmente no âmbito dos tribunais superiores.

Todavia, mostra-se nitidamente que os danos existências têm características distintas dos demais danos imateriais, devendo para tanto, não serem tratados em nossos tribunais como somente uma categoria dentro do dano moral, mas sim tendo sua autonomia e sua classificação própria.

Outro dano de grande relevância no âmbito extrapatrimonial é o dano estético e teve seu nascimento após a classificação dos danos morais e matérias, conforme elencados no inciso V do artigo 5º da Constituição Federal.

Por muito tempo o dano estético era relacionado com o dano moral, porém com o passar do tempo houve a descoberta de suas características próprias e definidoras, resultando assim em uma definição de um dano a personalidade que traz prejuízo ou alteração de alguma condição favorável, podendo ser este, tanto por situações de força da natureza, bem como através de alguma ação o omissão do homem.

O dano estético tem sua diferença em relação ao dano moral, pois, o dano estético materializa-se no aspecto exterior da vítima, deformando a forma original antigamente existente, acarretando prejuízos, o ser se sente em um momento de inferioridade, tristeza, humilhação, vexame em relação ao seu corpo, ou que por

acaso venha a interromper a sua projeção profissional, enquanto o dano moral tem como características afetando em seu interior em sua parte moral.

O dano morte se assenta no princípio da indenização, no qual, consagra que nenhum dano pode ficar sem indenização. O dano morte é o prejuízo supremo, sendo superior a todos os outros, tendo em vista de se tratar do valor da vida, sendo imensurável e incompatível com qualquer outro bem de valor.

O dano morte vem com o objetivo de compensar aquele que perdeu seu maior bem, a vida. O direito de indenização pode ser requisitado pelos dependentes ou herdeiros, pois, em razão do dever de indenizar e em razão da sucessão, os herdeiros tem este direito.

Cabe ressaltar que o dano morte não surge em virtude dos resultados posteriores a morte, como possíveis despesas de hospital, despesas funerárias entre outras, haja vista que as mesmas têm sua natureza material.

2. APLICABILIDADE DA TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Em nosso ordenamento jurídico brasileiro é possível à aplicação de duas correntes em relação à quantificação e reparação do dano considerado como o extrapatrimonial, sendo elas, o sistema tarifário e o sistema aberto.

O problema da quantificação do dano moral tem preocupado o mundo jurídico, em virtude da proliferação de demandas, sem que existam parâmetros seguros para a sua estimativa. Enquanto o ressarcimento do dano material procura colocar a vítima no estado anterior, recompondo o patrimônio afetado mediante a aplicação da fórmula "danos emergentes-lucro cessantes", a reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, um consolo, sem mensurar a dor. Em todas as demandas que envolvem danos morais, o juiz defronta com o mesmo problema: a perplexidade ante a inexistência de critérios uniformes e definidos para arbitrar um valor adequado (GONÇALVES, 2009 p. 378-379).

O sistema tarifário consiste em admitir que já exista uma indenização anteriormente determinada, ficando somente ao cargo do magistrado analisar segundo o caso concreto e aplicar a reparação adequada, respeitando o limite mínimo e máximo estabelecido em lei. Este sistema foi adotado no Brasil anteriormente a Constituição da República Federativa de 1988 e é defendido por parte da doutrina tendo em vista que com esta tarifação não existiria a insegurança

jurídica, uma vez que não seriam mais baseados na observação e quantificação pelo magistrado.

Portanto, é neste sentido que em nome dos princípios mais elevados emanados da Constituição Federal de 1988, entre eles a isonomia, a segurança jurídica, bem como a previsibilidade das decisões judiciais, de modo a evitar decisões colidentes, conflitantes ou contraditórias consideramos de bom alvitre estabelecer critérios, de modo a parametrizar os valores das reparações por dano extrapatrimonial, mas sempre deixando ao livre arbítrio do magistrado, para que, dentro de seu juízo de ponderação, fixe a justa e devida indenização ao caso concreto que se lhe apresente (SANTOS, 2017, p.69).

Todavia, existem posicionamentos contrários à tarifação, haja vista a possibilidade de uma premeditação por parte do agente que tem a intenção de praticar o ato já sabendo qual o valor indenizatório a ser pago.

Não tem aplicação, em nosso país, o critério da tarifação, pelo qual o quantum das indenizações é prefixado. O inconveniente desse critério é que conhecendo antecipadamente o valor a ser pago, as pessoas podem avaliar as consequências da prática do ato ilícito e confrontá-las com as vantagens que, em contrapartida, poderão obter, como no caso do dano à imagem, e concluir que vale a pena, no caso, infringir a lei. (GONÇALVES, 2009, p 372)

Em relação ao sistema aberto define-se em uma corrente que defende a não tarifação do dano por valores anteriormente determinado em lei. Desta forma, defende que o quantum indenizatório pelos danos extrapatrimoniais seja adotado por um critério subjetivo que ficará atribuído ao juiz responsável, devendo este fixar os valores segundo princípios como o da proporcionalidade, razoabilidade, além de analisar cada caso concreto com equidade. Sendo este o sistema adotado no Brasil para a quantificação para a reparação do dano.

Diante do exposto percebe-se que não há no ordenamento jurídico pátrio, nem mesmo na jurisprudência e na doutrina um critério objetivo e uniforme a ser utilizado pelo juiz no arbitramento do dano moral. Mas é unânime que nessa ponderação, o juiz deve levar em consideração a condição social e econômica do ofendido e do ofensor. Não porque a dor dos economicamente desfavorecidos tenha medos valor,

ou porque tal indenização deva figurar como oportunidade de enriquecimento, mas sim ser suficiente para trazer um consolo ao beneficiário, uma compensação pelo mal que lhe causaram' (GONÇALVES, 2009, p. 385).

Contudo, com o advento da lei 13.467/2017, a denominada reforma trabalhista, ao regulamentar sobre o dano extrapatrimonial criando o Título II-A da CLT fixou, em seu art. 223-G, §1º, a tarifação da reparação extrapatrimonial, prevendo que o valor indenizatório será fixado de acordo com o teto do último salário contratual do ofendido, devendo para tanto, ser analisada a natureza da ofensa, podendo ser a mesma de natureza leve, média, grave ou gravíssima, *in verbis*:

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

[...]

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

Ao analisar o pedido de indenização por danos extrapatrimoniais decorrentes da relação trabalhista, o juiz devesse ainda além da gravidade da ofensa analisar quanto a: I - a natureza do bem jurídico tutelado; II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III - a possibilidade de superação física ou psicológica; IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII - o grau de dolo ou culpa; VIII - a ocorrência de retratação espontânea; IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X - o perdão, tácito ou expresso; XI - a situação social e econômica das partes envolvidas; XII - o grau de publicidade da ofensa (BRASIL, CLT, 2019).

Desta forma, percebe-se um tabelamento que necessitará ser seguido pelo magistrado, onde o mesmo deverá ver o nível da lesão e com base neste tabelamento definir o valor da indenização, não podendo determinar além do já pré-estabelecido conforme outros fatores.

O problema que se afigura e que terá que ser aferido pelo magistrado no caso concreto é que a dignidade humana não é mensurável, não tem preço, possui um valor inestimável em face da natureza insubstituível e única da personalidade humana, que nada tem a ver com as funções ou atribuições que cada um exerce no dia a dia, seja na vida profissional ou privada, daí a imponderabilidade de se usar idênticos parâmetros para todos os indivíduos (OLIVEIRA, 2019, p. 59).

Elucida Barba Filho (2017, p.1) que:

Não existe como definir em caráter objetivo o que seria uma ofensa moral de natureza "leve" e uma ofensa de natureza "média", e, rigorosamente falando, tampouco a norma procura as fixar, sabendo que isso seria inócuo. Se o artigo 223-G já havia definido quais elementos deveriam ser sopeados pelo magistrado, cada um com sua respectiva influência na formação do convencimento do magistrado a respeito dos agravantes, atenuantes e gravidade do caso, parece indene de dúvidas que a fixação do valor (e, por conseguinte, da gravidade da lesão), deveria ser deixada ao razoável arbítrio judicial, não auxiliando em nada a tarifação segundo a suposta natureza da lesão, exceto para estabelecer um limite total que o magistrado deve observar, e criar uma discussão deveras inócua e vazia de conteúdo a respeito do fato da ofensa ser leve ou média, por exemplo.

Assim, tendo em vista que a Lei nº 13.467/2017 foi faltosa em definir o que são as lesões de natureza leve, média, grave ou gravíssima, será necessário tempo para que a jurisprudência e a doutrina possam ter um senso comum a respeito de cada um deles, ficando assim ao cargo do magistrado tentar definir cada um.

A indenização ao dano extrapatrimonial apresenta três funções, sendo elas, a função reparatória que busca a compensação do lesado em detrimento de dano que foi cometido por outrem ao seu direito subjetivo, temos a função punitiva, que busca a aplicação de punições ao agente lesante pelo seu ato ilícito, e, temos a função pedagógica que consiste em uma forma de desmotivar uma nova prática do mesmo

ato ilícito, onde a sociedade vê o ato como algo inaceitável para o seu ambiente, buscando assim a erradicação deste ato, desta forma, caberia ao magistrado, fixar sempre um *quantum* indenizatório com o objetivo de inibir futuras condutas de agentes que busquem a lesão à sociedade e ao próximo.

Assim, neste contexto, tendo em vista as novas aplicações da tarifação buscando uma indenização anteriormente determinada, há uma possibilidade ao agente lesionante observar com antecedência o ônus de sua conduta, sendo assim, o mesmo pode avaliar se vale a pena ou não descumprir determinada regra considera injusta e ilegal perante a sociedade, podendo o mesmo atacar e lesar a outro caso queira, bem como, buscar uma vantagem através de uma conduta injusta.

Outro ponto que gera um grande questionamento e demonstra a incongruência deste tabelamento, pode ser visto através de um simples exemplo. Um empregado que tem a função de pedreiro e recebe a quantia salarial de R\$ 1.000,00 (mil reais) por mês e um gerente que recebe a quantia mensal de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por mês se encontram em uma mesma obra exercendo suas funções, quando são atingidos por uma viga de ferro vindo a resultar no dano mais grave, no caso, o dano morte. Neste ponto, depois de confirmado que a empresa é a culpada e responsável a indenizar pelos danos extrapatrimoniais, o pedreiro e o gerente terão como base de indenização seu último salário contratual, multiplicado por 50 (cinquenta) vezes, por se tratar de um dano considerado gravíssimo, pois teve como resultado a morte.

Com base nisso, percebemos que a vida do pedreiro tem um valor indenizatório de apenas R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), enquanto a vida do gerente tem um valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Mostrando assim, a existência de uma divisão econômica social, onde aquele que tem um salário base maior, tem como maior o valor o da sua vida, demonstrando um princípio da isonomia às avessas, onde os desiguais recebem conforme a sua desigualdade, demonstrando uma total incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, trazendo um afastamento entre classes e cargos, e demonstrando uma total afronta ao princípio da equidade, haja vista a falta de justiça nos parâmetros das indenizações.

3. CONSTITUCIONALIDADE DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Ante o exposto, necessita-se questionar e analisar a constitucionalidade desta presente lei e seu artigo em relação a está tarifação. Assim, é necessário uma análise do referido diploma com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tendo em vista que é dela que se extrai a estrutura e os princípios que devem ser seguidos e que garantem o Estado Democrático de Direito.

3.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Após o fim dos governos militares se nasceu o desejo de uma redemocratização do país, sendo assim necessária uma nova Constituição na qual se obteria um renovo aquele cenário político existente. A Constituição da República Federativa de 1998 buscou adotar um paradigma de Constitucionalismo humanitário, continuando as evoluções alcançadas pelo Constitucionalismo social e rompendo-se com o antigo Constitucionalismo Liberal.

A Constituição Federal de 1988 era embasada em três pilares fundamentais: a arquitetura constitucional de um Estado Democrático de Direito; a arquitetura principiológica humanística e social da Constituição da República; e a concepção constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana. (DELGADO, M.; DELGADO, G., 2017).

O Estado Democrático de Direito é um conceito que vem exercer aos Estados para que se apliquem o respeito às liberdades civis, ou seja, o respeito aos direitos humanos e as garantias fundamentais, através de uma proteção jurídica. Sendo assim, em um estado de direito, as próprias autoridades políticas estão sujeitas a seguir este preceito, para que as vidas dos cidadãos se tornem dignas.

Já em relação ao segundo pilar apontado por Delgado e Delgado (2017), tem-se pela concepção de que os princípios são normas bem como as regras jurídicas, sendo aplicadas em nossa constituição em todos os ramos do direitos, sendo usados pelo intérprete do Direito no desafio de interpretar os novos diplomas e regras jurídicas aprovadas no País.

O terceiro pilar encontrado na Constituição Federal de 1998 é o dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, sendo eles inerentes ao universo da personalidade e do patrimônio moral, estando sempre acompanhados daqueles que são imprescindíveis para que se tenha uma garantia de uma qualidade e garantia a todos os indivíduos sociais, sendo eles no âmbito individual, bem como em sua coletividade.

Cabe ressaltar que a nossa Constituição dá proteção especial a esses direitos ao estabelecê-los como cláusulas pétreas, o art. 60, §4º da CF/88 que veda a proposição de emendas constitucionais tendentes a aboli-los. Ressaltando assim a importância destes pilares para as relações sociais.

3.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO IMPOSTA PELA LEI 13.467/2017

A fixação da indenização com base no salário contratual da vítima é uma medida totalmente descabida, visto que gera situações de injustiça e desigualdade em relação àqueles que buscam pela tutela jurisdicional a reparação do dano extrapatrimonial suportado, bem como se mostram totalmente contrárias a princípios básicos existentes em nossa Constituição Federal de 1998, assim como princípios que são regentes da Consolidação das Leis Trabalhistas.

No Brasil, a fundamentação em relação à reparação por dano extrapatrimonial encontra-se nos artigos 1º, inciso III, 5º V e X da CRFB/88, onde se encontram consagrados o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da reparação integral dos danos extrapatrimoniais no ordenamento jurídico.

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser visto como um valor moral, sendo que todo ser humano é dotado, sendo o princípio máximo do estado democrático de direito, abrangendo uma diversidade de valores que são existentes em nossa sociedade. Já o princípio da reparação integral, vem definindo que a indenização deve ser medida através da extensão dos prejuízos sofridos pelo lesado.

A norma Constitucional prevê que a indenização deverá ser proporcional ao agravo, desta forma tornando-se completamente inconstitucional qualquer tentativa de fixar um teto para esta espécie de reparação.

A tarifação também vai de encontro a outro princípio basilar da constituição, sendo ele o princípio da isonomia, sendo ela base da ordem social e podendo ser encontrada no artigo 5º da nossa constituição onde prevê que: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]" (BRASIL, CRFB, 2019).

E possível se ver claramente que o artigo 223-G, e a sua aplicação, são totalmente inconstitucionais, principalmente, tendo em vista que vai de encontro ao princípio da equidade, pois este princípio busca a adaptação da regra existente a situação concreta, buscando torna-la mais justa às partes, sem a existência de colocações econômicas-sociais como prioridades.

Com base nisso, a aplicação da tarifação tendo como base o teto salarial contratual do ofendido torna-se uma afronta aos princípios constitucionais. Desta forma, percebe-se o quanto a lei está em desencontro ao ordenamento jurídico, destruindo direitos e garantias que foram conquistados ao decorrer dos anos mediante muita luta e evolução, principalmente relacionados aos direitos de igualdade de direitos a todos.

4.3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Cabe aqui ressaltar, que a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (AMANTRA) ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade, reconhecida como ADI 6050, tendo como o objetivo a decretação da inconstitucionalidade das novas regras da CLT relativas às reparações de dano de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho.

Após, outras duas ADIs foram protocoladas perante o Supremo Tribunal Federal, sendo a ADI 6069 protocolada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a ADI 6082 que foi protocolada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI), as quais, foram distribuídas ao ministro Gilmar Mendes, relator encarregado do julgamento da ADI 6050, que adotou o rito do artigo 12 da Lei 9.868/1999 (Lei das ADIs), de modo a permitir que a ação seja julgada diretamente no mérito pelo Plenário, sem prévia análise do pedido de liminar.

As ADIs retro mencionadas tem como principal embasamento de discussão a limitação da fixação judicial para a compensação pecuniária por dano moral, nos quais, deixam de lado o aspecto da sanção na reparação do dano extrapatrimonial, sendo uma questão complexa, não podendo ser transformado em simples pecúnia, devendo sua mensuração ser efetuada por critérios indiretos, cabendo ao magistrado analisar a necessidade em cada caso.

Argumentam que tal limitação se contraria ao princípio da isonomia, tendo em vista que os trabalhadores devem ser visto como iguais quando se trata de um mesmo acidente de trabalho, não cabendo uma decretação de indenização diferente de acordo com sua função e seu salário base. Da mesma forma em que manifestam-se contrários a outros princípios básicos que foram violados mediante tal reforma, tais como o da dignidade da pessoa humana e o do não retrocesso trabalhista.

4.3 PRECEDENTE DO STF: LEI DE IMPRENSA

Outro ponto de suma importância em relação à constitucionalidade deste tabelamento em relação ao valor contratual indenizável conforme o último salário contratual, está relacionado ao julgado de inconstitucionalidade em 2009 da lei de imprensa nº 5.520 de 1.967, na qual, trazia uma limitação de 2 a 20 salários mínimos como um tabelamento que deveria ser seguido pelo magistrado para aplicar ao caso concreto segundo o nível do dano já pré-estabelecido. Vejamos:

Art. 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia:

I - a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV).

II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decôro de alguém;

III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém;

IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º). (sic) (BRASIL, 1967):

A lei de imprensa teve sua elaboração em um momento histórico, tendo em vista se tratar de uma época em que o Brasil era governado pelos militares, desta forma tendo características bem peculiares, sendo uma delas, o autoritarismo. A lei de imprensa surgiu como uma forma de impor uma certa censura.

Após a Constituição da Republica Federativa do Brasil, a nossa Carta Magna foi promulgada estabelecendo a dignidade da pessoa humana como um dos princípios basilares da república. Assim como trouxe o sistema da reparação integral.

A partir de então, a lei de imprensa por promover em seu bojo um sistema tarifário de indenização, a mesma moveu-se em um sentido contrário a Carta Política, gerando assim a necessidade de questionamento em relação a sua aplicabilidade e constitucionalidade.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) que foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), e ao ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal – STF entendeu que a Lei de imprensa não podia permanecer em nosso ordenamento jurídico, uma vez que a mesma estaria em incompatibilidade com a Constituição Federal de 1998, sendo então julgada inconstitucional, Vejamos:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art. 52: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, artigo 5º, incisos V e X. RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS a e b. I. - O acórdão recorrido decidiu que o art. 52 da Lei 5.250, de 1967 - Lei de Imprensa - não foi recebido pela CF/88. RE interposto com base nas alíneas a e b (CF, art. 102, III, a e b). Não-conhecimento do RE com base na alínea b, por isso

que o acórdão não declarou a inconstitucionalidade do art. 52 da Lei 5.250/67. É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis. II. - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - C.F., art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa. IV. - Precedentes do STF relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 1º.6.2004. V. - RE conhecido - alínea a -, mas improvido. RE - alínea b - não conhecido. (RE 396386, Relator: Min. Carlos Velloso, 2ª Ta., DJ 13-08-2004).

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, também manifestou contrária a Lei de Imprensa, principalmente em relação ao tabelamento expresso na lei. A Súmula 281 do STJ diz que “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa” (BRASIL, STJ, Súmula 281, 2004). Barba Filho (2017, p. 1) reforça que:

Pelo entendimento do STF, qualquer tentativa de tarifação ou restrição à reparação por danos morais, prevista em lei ordinária, padeceria de inconstitucionalidade, por ofender o disposto no art. 5º, V e X, sendo bastante contundente a observação contida na ementa no sentido de que “estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição”.

Assim, percebe-se que já se consta uma pacificação no Supremo Tribunal Federal em relação à tarifação do dano moral, tendo em conta a decretação da sua inconstitucionalidade na Lei de imprensa, devendo a mesma ser aplicada em relação ao artigo 223 – G, da lei 13.467/2017 no julgamento da ADI 6050 perante o (STF), para que não ocorra futuramente um caos na justiça do trabalho, acarretando em uma grave insegurança jurídica aos jurisdicionados.

CONCLUSÃO

Com base em tudo que fora exposto na presente pesquisa, constata-se que a tarifação acrescentada pela Reforma Trabalhista através do artigo 223-G, não trará efeitos positivos a seara trabalhista, sendo prejudicial a grande parte de trabalhadores brasileiros, na medida em que tal sistema segue um caminho de princípios e preceitos diversos dos previstos e embasados na Constituição da República Federativa de 1988. E assim, em consequência, resultar na destruição de direitos conquistados pelos trabalhadores, estes que contribuíram de forma incisiva pela evolução do Constitucionalismo, na qual, os direitos e garantias fundamentais constituem o pilar de sustentação mestre da Carta magna, não podendo em momento algum ser ferido ou desrespeitado.

Assim, pode-se observar e concluir, que a tarifação dos danos extrapatrimoniais e seus modos de aplicação são um verdadeiro retrocesso, uma vez que se encontram contrárias a nossa constituição e seu diploma constitucional que adota a dignidade da pessoa humana, e o constitucionalismo humanitário como um norte no Estado Democrático de Direito.

Sob essa ótica, após o estudo referente às mudanças trazidas com a inserção do Título II-A da CLT, conclui-se por sua inconstitucionalidade, principalmente no que se refere a implementação do sistema tarifário das indenizações, ante a sua incompatibilidade com o ordenamento constitucional, ocasião em que afronta direitos fundamentais de nossa Carta Magna e princípios embaixadores que servem de fundamento e sustentação para o ordenamento jurídico e suas relações, tais como, o princípio da isonomia, o da equidade, o da razoabilidade, o da dignidade da pessoa humana entre outros que foram feridos por essa alteração.

Neste caso, em vista da evidente inconstitucionalidade existente no artigo 223-G da CLT, entende-se que o julgamento procedente da Ação Direta de Constitucionalidade que foi proposta primeiramente pela ANAMATRA, bem como também proposta pela OAB e a CNTI, no Supremo Tribunal Federal é o melhor a ser feito, tendo em vista a imensurável importância do tema, assim como a sua não decretação de inconstitucionalidade acarretaria em um maior agravo aos trabalhadores brasileiros que buscam o âmbito judicial para solucionar seus litígios bem como buscam a reparação suficiente a compensar os danos considerados imateriais que sofreram.

Perante o exposto, em que pese ao Sistema Tarifário de Reparação a sua aplicação é inaceitável na esfera trabalhista, visto que uma definição de tabelamento de indenizações anteriormente estabelecidas não serão capazes de trazer uma melhor solução aos litígios que possam vir a existir, devendo o magistrado ter a

autonomia de decretar os valores que entender por direito e certo a amenizar o sofrimento do lesado. Desta forma, conclui-se que o melhor caminho a ser trilhado é pela conservação e a utilização do Sistema Aberto de Reparação, método que se encaixa perfeitamente em nosso ordenamento constitucional vigente, considerando que o mesmo possui uma maior capacidade de proporcionar que a reparação seja a de maior amplitude possível, conforme previsto na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

A BÍBLIA. **As violações do casamento**. 17^a. ed. São Paulo: Vida, 2017. Velho Testamento.

BARBA FILHO, Roberto Dala. A inconstitucionalidade da tarifação da indenização por dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho. **Revista Eletrônica: Reforma Trabalhista III**, Paraná, Tribunal Regional do Trabalho da 9^a Região, v.8, n. 76, p. 92-98, março/2019. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=76&edicao=11042#>. Acesso em: 05/10/2019.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. **Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Brasília: Senado Federal, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em: 20/09/2019.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Decreto-lei nº 5.442, de 01 de maio de 1943**. Brasília: Senado Federal, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 17/09/2019.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição: República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03/09/2019.

BRASIL. Reforma Trabalhista. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Brasília: Senado Federal, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 06/09/2019.

BRASIL. Lei de Imprensa. **Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967**. Brasília: Senado Federal, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm. Acesso em: 25/10/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 281 da jurisprudência dominante**. Publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 13 de maio de 2004, p. 200. Disponível

em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas2011_21_capSumula281.pdf. Acesso em: 05/09/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130**. Relator: Min. Carlos Britto. Arguente: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Publicado no Diário Eletrônico da Justiça em 06 de novembro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 25/10/2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597018790/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 03/10/2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios do Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609529/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 20/10/2019.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo; Atlas, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. vol. IV. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de **A. Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas Editora, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. **Dano Moral Decorrente do Contrato de Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. O dano extrapatrimonial trabalhista após a lei n. 13.467/2017. **Revista Eletrônica: Reforma Trabalhista III**, Paraná, Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, v.8, n. 76, p. 17-52, março/2019. Disponível em:

<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=76&edicao=11042#>. Acesso em: 05/10/2019.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dano extrapatrimonial na lei n. 13.467/2017. **Revista Eletrônica: Reforma Trabalhista III**, Paraná, Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, v.8, n. 76, p. 53-61, março/2019. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=76&edicao=11042#>. Acesso em: 05/10/2019.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VENOSA; Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**, Atlas, São Paulo, 2.011.

NOTAS:

[1] Mestre em Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB (2017). Pós Graduada em Ciência Políticas Pela Universidade Federal do Tocantins – UFT (2007). Pós Graduada em Direito Previdenciário pelo Instituto Nacional de Ensino Superior em Pesquisa - INESP (2014). Graduada em direito pela Universidade Luterana do Brasil (2006). Advogada. Atualmente vice presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, subseção Tocantins. Professora da Universidade Estadual do Tocantins e do Centro Universitário Católica do Tocantins.

PELO DIREITO À MORTE DIGNA: DIRETIVAS ANTECIPADAS DE ÚLTIMA VONTADE

CAROLINA EICHEMBERGER RIUS:

Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestranda em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada.

Resumo: Tem o presente estudo o objetivo de analisar o instituto das diretivas antecipadas de vontade, bem como suas razões e a sua utilização. São abordados os direitos que a elaboração de diretivas antecipadas de vontade objetiva garantir e fundamentos que legitimam o instituto, desejando afastá-lo dos conceitos de eutanásia e distanásia.

Abstract: The objective of this study is to analyze the institute of advance directives of will, their reasons and their use. The rights that the elaboration of advance directives of will aims to guarantee and the foundations that legitimize the institute, wishing to move it away from the concepts of euthanasia and dysthanasia, are addressed.

Palavras chave: Biodireito - Testamento Vital - Bioética - Biodireito. Autodeterminação.

Keywords: Bio-rights - Living Will - Bioethics - Self-determination.

Sumário: 1. Introdução e Delimitação do tema - 2. Histórico - 3. Regramento atual sobre as diretivas antecipadas de vontade - 4. Nomenclatura: Diretivas Antecipadas de Vontade ou testamento vital? - 5. Diretivas Antecipadas de Vontade como gênero - 6. Fundamentos constitucionais e infraconstitucionais para as diretivas antecipadas de vontade - 7. Questões polêmicas - 8. Conclusão - 9. Referências bibliográficas.

Summary: 1. Introduction and Theme delimitation - 2. Historical background - 3. Current regulation apply to the advance directives of will - 4. Nomenclature: advance directives of will or living will? - 5. Advance directives of will as genre - 6. Constitutional foundations and infra-constitutional for advance directives of will - 7. Issues polemics - 8. Conclusion - 9. Bibliographic references.

1. INTRODUÇÃO – DELIMITAÇÃO DO TEMA

O popularmente conhecido *testamento vital*, em síntese, é o documento destinado a orientar a equipe médica do paciente em situações em que esse esteja impossibilitado de expressar sua vontade, seja por sedação necessária, coma, ou estado vegetativo.

O presente estudo objetiva tratar das diretivas antecipadas de vontade como instituto e explorar seus conceitos atuais, analisando a utilização histórica e os limites que esse alcançou pelos países em que é utilizado há mais tempo.

Após explorar o contexto de seu surgimento, volta-se para os primeiros conceitos e considerações sobre o *"direito a morrer"* a partir do artigo *living will*, escrito em 1967 por Louis Kutner.

A partir daí, passa a apresentar a evolução e casos emblemáticos ocorridos nos Estados Unidos da América.

Não obstante, explora-se o surgimento do instituto em países Europeus, para, então, alcançar o histórico e o desenvolvimento chegando no Brasil.

Apesar de o instituto ter sido apresentado nos moldes popularizados, apenas em 1999 a Lei Paulista 10.241 tratou o tema, o que só em 2012 através de Resolução do Conselho Federal de Medicina disciplinou os direitos do usuário dos serviços de saúde do Estado.

Conforme já mencionando o direito à informação, a possibilidade de recusa de procedimentos diagnósticos e terapêuticos, bem como tratamentos que tivessem por objetivo a tentativa de prolongar a vida, eram os temas tratados no aludido dispositivo legal.

Passa-se, então, ao estudo do quanto regulamentado pela Res. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, a partir da análise de suas considerações, conceito adotado e direções adotadas.

A partir de todos os pontos mencionados, se pretende discutir neste estudo o objetivo e o objeto das diretivas antecipadas de vontade, como instituto, suas características e fundamentos.

Ademais, abordada a questão da nomenclatura e o dilema traçado pelo próprio tema: *o direito à morte digna*.

2.HISTÓRICO

Em 1967 foi publicado artigo denominado *"Living Will"* sobre direito de morrer, defendendo a possibilidade de o próprio paciente manifestar-se a respeito do término de sua vida.

Tal defesa seria válida quando feita por documento juridicamente válido, compreendendo disposições sobre tratamentos médicos, garantindo ao paciente o arbítrio na tomada de decisões sobre si, enquanto capaz e consciente.

Louis Kutner, autor do referido artigo, estabeleceu critérios para a efetivação desta autonomia de vontade. Para ele, o paciente deveria deixar em documento escrito assinado por duas testemunhas expressando a manifestação de recusa a determinados tratamentos médicos, tendo esta disposição de vontade validade *quando e se* o paciente viesse a ficar em estado vegetativo ou ainda tivesse a terminalidade comprovada.

O referido documento poderia ser revogado a qualquer tempo pelo paciente.

Os desejos ali expressados pelo paciente estariam acima da vontade médica, de familiares e amigos.

Quando necessária a utilização do documento, o hospital em que o paciente estivesse sob tratamento deveria referendá-lo.

Tal artigo demarca a origem do testamento vital, servindo de base para as seguintes etapas da evolução do instituto e, até hoje, seus parâmetros são utilizados para a elaboração e regulamentação desse.

Como caso importante para a consolidação do instituto, cita-se o caso Karen Quinlan, no ano de 1975 no Estado da Califórnia, onde surgiu o *Natural Death Act*.

O caso emblemático discutia a possibilidade de retirar o respirador artificial da jovem Karen, de 22 anos, que foi internada em Nova Jersey em estado de coma de causa nunca esclarecida, o que fora solicitado por seus pais ao externarem que a filha já havia manifestado a vontade de não se submeter a tratamentos artificiais para manutenção da vida.

O Juiz do caso não autorizou a retirada dos aparelhos por entender que a manifestação de vontade de Karen foi expressada fora de contexto. A família apelou para a Suprema Corte que, após solicitar ao Comitê de Ética do Hospital em que Karen estava internada um prognóstico para o estado de saúde da paciente e esse certificar que Karen não retornaria a um estado cognitivo sapiente, concedeu o direito da família em solicitar o desligamento dos equipamentos de suporte extraordinários.

Mencionado caso foi emblemático pois, do que é conhecido, foi o primeiro a autorizar a cessão de tratamento com a finalidade única e excepcional de manter a vida.

A partir desse caso, o Estado da Califórnia se deparou com a necessidade de legislar sobre o tema, surgindo o *Natural Death Act*.

A lei reconheceu a legalidade do documento, condicionando sua subscrição por pessoa maior e capaz e 2 (duas) testemunhas independentes.

O documento teria seus efeitos plenos apenas após 14 (quatorze) dias da assinatura e sua validade seria por aproximadamente 5 (cinco) anos.

Tendo em vista que a eficácia das disposições de vontade estaria vinculada à condição de terminalidade, essa deveria ser atestada por dois médicos.

Além de ser uma garantia para evitar problemas éticos para o médico em razão da omissão do tratamento contumaz, a regulamentação do documento destinado à manifestação de vontade do paciente determinou que o desrespeito ao conteúdo dessas disposições poderia gerar sanções disciplinares pelo médico.

Em 1985, a Sociedade Médica de Massachusetts reconheceu a autonomia dos pacientes terminais e indivíduos em estado vegetativo que tenham manifestado previamente sua vontade de recusar tratamentos.

A fim de dar validade ao dispositivo, também restou determinado que o cumprimento da disposição de vontade não seria prática contrária à ética médica.

Os Estados Unidos da América, no ano de 1991, foram pioneiros ao aprovarem a primeira lei federal a reconhecer o direito à autodeterminação do paciente, chamada de "*The Patient Self-Determination Act*", que, em suma, reconheceu o direito à tomada de decisões referentes ao cuidado da saúde, aceitando ou recusando tratamentos médicos.

Esse aceite ou recusa deveria ser realizado por documento escrito ("*Advance directives*") e teria eficácia para eventual futura incapacidade para o livre exercício da própria vontade.

Como política pública, a lei determinou a obrigatoriedade dos hospitais e centros de saúde conveniados, públicos e particulares informarem seus pacientes sobre a possibilidade de realização do documento.

As chamadas "*Advance directives*" são conceituadas como a possibilidade de o paciente decidir sobre si quanto a uma possível situação de doença terminal como garantia de sua autodeterminação e participação nas decisões sobre a sua saúde.

São previstas 3 (três) espécies de manifestações de vontade: manifestação explícita sobre os tratamentos médicos que deseja ou não receber, chamado de "*living will*"; outorga de poderes especificamente para o cuidado da saúde; e, a decisão antecipada para cuidado médico.

Na Europa, destaca-se a Declaração sobre a promoção dos Direitos do Pacientes da Holanda de 1994, a qual reconheceu o direito de o paciente consentir com a prática de procedimentos médicos e a necessidade de serem prestadas informações e esclarecimentos sobre os procedimentos a que o paciente é submetido.

A legislação desse país reconhece a validade das denominadas *Nontreatment Directives*, preceituando que a forma deve ser escrita e o conteúdo deve ser a indicação de quais tratamentos o outorgante deseja ou não se submeter, desde que tais tratamentos não contribuam para a cura da doença, devendo ser afastada da prática da eutanásia, a qual é permitida no país.

No Brasil, interessante ressaltar que em 1999 entrou em vigor a Lei Paulista 10.241/1999, conferindo ao paciente o direito de consentir ou recusar procedimentos médicos após os esclarecimentos sobre os riscos e benefícios do tratamento. Não se trata de uma regulamentação ou reconhecimento das diretivas antecipadas de vontade, mas sim importante marco para o reconhecimento da autonomia de vontade e autodeterminação do paciente.

Apenas em 2012, através da Res. 1.995/2012, o Conselho Federal de Medicina dispôs efetivamente sobre as chamadas diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, adotando em seu art. 1º o seguinte conceito para o instituto: "conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade", a qual é atualmente o único instrumento que aponta diretrizes para o instituto objeto de estudo desse artigo.

3. REGRAMENTO ATUAL SOBRE AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Conforme exposto, a Res. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina dispõe sobre o testamento vital e teve como motivação a necessidade de regulamentação da conduta dos médicos em face das diretivas e o avanço tecnológico da medicina que permite a utilização de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal sem trazer qualquer perspectiva de tratamento para a doença que o acomete, além da lacuna legislativa sobre o tema e a necessidade de regulamentá-lo.

Assim, a partir de todas estas considerações e ante a inércia do Poder Legislativo, o Conselho Federal de Medicina decidiu regulamentar o instituto.

Atualmente, as diretivas antecipadas de vontade são definidas como o conjunto de desejos manifestados pelo paciente, de forma prévia e expressa, sobre os

cuidados e tratamentos médicos que aceita ou rejeita na situação de estar incapaz de manifestar sua vontade de forma expressa, livre e autônoma.

Conclui-se, então, que tais declarações de vontade têm lugar quando o paciente estiver incapaz de comunicar-se ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, conforme depreende-se do art. 2.º da referida Resolução.

O objeto das diretivas antecipadas de vontade é a aceitação ou recusa a tratamentos médicos, encontrando óbice apenas no Código de Ética Médica.

A autodeterminação e autonomia do paciente são elevadas em máxima importância, tendo em vista que as diretivas de vontade, se não estiverem em desacordo com o Código de Ética Médica – situação na qual seriam desconsideradas – prevalecem sobre qualquer outro parecer não médico, incluindo vontade de familiares.

Uma dificuldade para o uso do instituto é realmente essa, chegar ao conhecimento dos hospitais e equipes médicas. Não há qualquer exigência formal para a realização das diretivas antecipadas de vontade. Feito esse documento através de documento particular, a entrega deste fica condicionada a vontade do terceiro de confiança do paciente.

Por outro lado, as *Diretivas Antecipadas de Vontade* realizadas através de Escritura Pública, perante os Tabelionatos de Notas, as informações são disponibilizadas na plataforma CENSEC – Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados, uma base de dados administrada pelo Colégio Notarial do Brasil ou, para o Estado de São Paulo, a CANP – Central de Atos Notariais Paulista, através da “Consulta DAV”, por meio do qual é possível consultar a existência de DAV e a localização desta – tabelionato, livro, folhas, data do ato – a partir do nome do paciente. Assim, garante-se maior segurança e publicidade à vontade do paciente.

Se não houver diretivas antecipadas de vontade ou não for de conhecimento dos familiares disponíveis e não havendo consenso entre eles, o médico deve recorrer ao Comitê da Bioética da instituição hospitalar e se este inexistir, à Comissão de Ética Médica do hospital ou Conselho Regional de Medicina e Conselho Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender necessário e conveniente.

Prevista também a possibilidade de o paciente comunicar suas vontades quanto aos tratamentos que deseja ou não receber diretamente ao médico, as quais devem ser anotadas em prontuários médicos.

Questão importante sobre essa possibilidade é a aferição da capacidade e discernimento do paciente, as quais devem estar presentes, não podendo o paciente já estar em situação de incapacidade.

O paciente também pode designar representante para a finalidade de tomar decisões acerca dos cuidados e tratamentos médicos que receberá caso fique em situação de incapacidade de comunicação ou expressão livre e independente de suas vontades, documento chamado pela doutrina de procuração de cuidado de saúde e prevista pelo § 1º do art. 2º da Res. 1.995/2012.

4. NOMENCLATURA: DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE OU TESTAMENTO VITAL?

Grande questão sobre o tema é a sua nomenclatura. O instituto ficou popularizado como “testamento vital”, em tradução livre ao “*living will*” americano. Ocorre que, o instituto aqui tratado não guarda próxima relação com o instituto do direito sucessório, seja em efeitos, forma ou conteúdo.

O testamento é um ato pelo qual a vontade do testador é declarada para o caso de morte, com a eficácia para após a morte de criar, transmitir ou extinguir direitos, de conteúdo patrimonial direto ou indireto.

Trata-se de negócio jurídico essencialmente solene, com suas formas admitidas expressamente previstas em lei. Seu objetivo primordial é orientar a sucessão de acordo com a vontade de seu autor, tendo caráter normativo para após a morte.

Por sua vez, o chamado testamento vital, apesar de também ser ato revogável e unilateral, tem sua eficácia para quando o paciente está em situação de incapacidade de expressar livre e autonomamente sua vontade, para situações de terminalidade, coma, dentre outros. Ou seja, tem efeitos quando o autor ainda está vivo.

Seu objetivo é expressar a vontade do paciente, ou definir quem a expresse, quanto aos tratamentos médicos que deseja ou não receber.

Além disso, o instituto aqui estudado não tem forma prevista em lei e nem mesmo exigência legais, podendo ser feito por documento particular ou público, com ou sem a presença de testemunhas.

Nota-se, então, as divergências entre os “testamentos” – sucessório e “vital” – sendo mais técnica a expressão “diretivas antecipadas de vontade”, a qual não por acaso foi a utilizada na Res. 1.995/2012.

5. DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS PARA AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Conforme todo o exposto ao longo do texto, nota-se que o negócio jurídico destinado a garantir ao paciente o cumprimento de suas vontades relacionadas a tratamentos médicos, está diretamente ligada ao princípio da autonomia, o qual legitima à liberdade de escolha.

Tem-se por claro que a autonomia da vontade deve estar associada ao consentimento livre e informado do paciente. Ou seja, necessário frisar o dever médico de informação sobre as implicações e consequências dos tratamentos médicos.

Para Dworkin, a autonomia “estimula e protege a capacidade geral das pessoas de conduzir suas vidas de acordo com uma percepção individual de seu próprio caráter, uma percepção do que é importante para elas” (DWORKIN, 2009, p. 319)[1].

O instituto também encontra fundamento no direito à integridade existencial e dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, sempre é necessário visar o bem-estar do paciente, mas não a qualquer custo.

Não se pode ignorar que a inviolabilidade do direito à vida encontra guarida no *caput* do art. 5.º da CF e é apresentado como absoluto, não podendo ser violado nem pelo seu próprio titular. Entretanto, apesar de ser apresentado como um direito, por vezes isso serve como uma obrigação-dever.

Analisando a disposição da Constituição Federal, tem-se que o direito à vida não é destacado em relação aos demais, sendo previsto por primeiro, no inc. III do art. 1º da Carta Maior, a dignidade da pessoa humana. Isto implica dizer que o direito à vida não se dá como absoluto em nossa realidade, colidindo com outros direitos fundamentais:

“Assim, nem a liberdade, nem a vida, nem qualquer dos direitos individuais recebe proteção absoluta. São protegidos apenas enquanto e na medida em que se dirigem à promoção da dignidade humana”. [2]

O reconhecimento do direito à vida não ser absoluto é essencial para validar o instituto do testamento vital, para a possibilidade de recusar tratamentos médicos, suspensão de esforço terapêutico. Por outro lado, o reconhecimento da indispensabilidade de uma vida digna proíbe que cuidados paliativos sejam afastados.

Quanto à necessidade de os cuidados paliativos serem mantidos cita-se a Res. 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina, em especial seu art. 2.º, o qual anuncia a obrigatoriedade da administração dos cuidados médicos paliativos e impossibilidade desses serem afastados.

Cuidados paliativos são os cuidados que se destinam a melhorar a qualidade de vida dos pacientes e não a tratar propriamente a doença com o objetivo de cura, busca-se tão somente o bem-estar do paciente.

Aliás, no âmbito infraconstitucional, o art. 15 do CCC dispõe que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamentos médicos ou intervenção cirúrgica”.

Por tratar de documento relacionado com disposições de saúde, as diretivas antecipadas de vontade esbarram na questão da ortotanásia, eutanásia e distanásia.

A fim de contextualizar, necessário destinar as próximas linhas a estes conceitos.

A ortotanásia tem sua origem no grego e etimologicamente a palavra significa “morte no tempo certo”.

Refere-se a aceitação da morte com um fato natural e ao não prolongamento artificial da vida. Sua função não é acelerar a morte, mas tão somente aceitá-la e tolerá-la.

Maria Celeste Cordeiro Leite do Santos e Lucia Pereira V. Lombardi, em artigo publicado na *Revista Internacional CONSISTER de Direito*, assim conceituaram:

“A Ortotanásia é o termo utilizado para definir a morte natural, ou seja, é a permissão ao paciente de uma morte natural, com a eliminação de qualquer tratamento desproporcional que mantenha a vida sobre qualquer circunstância, não significando, portanto, que o enfermo não possa receber medicamento para diminuir a dor.”[3]

A eutanásia, por sua vez, significa boa morte e é o ato pelo qual se traz um alívio ao sofrimento do paciente com doença grave, incurável e terminal.

Neste sentido expõe Roxana Cardoso Brasileiro Borges:

“Etimologicamente a palavra eutanásia significa boa morte ou morte sem dor, tranquila, sem sofrimento. Deriva dos vocábulos gregos *eu*, que pode significar bem, bom, e *thanos*, morte. (...) O primeiro sentido de *euthanos* fazia referência a facilitar o processo de morte, sem, entretanto, interferência neste. (...) Ou seja, a eutanásia não visava à morte, mas a deixar que esta ocorresse da forma menos dolorosa

possível. (...) Atualmente, porém, tem se falado em eutanásia como uma morte provocada pelo sentimento de piedade à pessoa que sofre. Em vez de deixar a morte acontecer, a eutanásia, no sentido atual, age sobre a morte, antecipando-a.”[4]

Por sua vez, a distanásia consiste no prolongamento artificial da vida, realizando procedimentos e tratamentos médicos inúteis para a cura da doença no estágio atual da medicina.

Nas palavras de Roxana Cardoso Brasileiro Borges:

“É uma ocasião em que se prolonga a agonia, artificialmente, mesmo que os conhecimentos médicos, no momento, não prevejam possibilidade de cura ou de melhora. É a expressão da obstinação terapêutica pelo tratamento e pela tecnologia, sem a devida atenção em relação ao ser humano.”[5]

O testamento vital está mais relacionado com a ortotanásia do que os demais, em que pese seja possível a opção pela eutanásia e até o suicídio assistido em países que admitem tais situações, como na Bélgica e Suíça, respectivamente.

No Brasil, tendo em vista que o ordenamento tipifica como crime o suicídio e homicídio, disposições sobre eutanásia, suicídio assistido e até recusa de cuidados paliativos devem ser nulas.

Quanto aos tratamentos fúteis ou inúteis, a distanásia, é possível a previsão de sua não aplicação, pois não haveria ilicitude na conduta. Entretanto, deve-se analisar que a não aplicação desta prática é contrária ao Código de Ética Médica e deve não ser considerada válida em razão do art. 2.º, § 2.º, da Res. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina.

6. QUESTÕES POLÊMICAS

A complexidade do tema, seu envolvimento com a morte – ainda um tabu para nossa cultura – e a seriedade de suas implicações incitam questões polêmicas.

Merece destaque a questão da vontade manifestada *versus* o tempo *versus* o avanço da medicina.

No Brasil, ante a escassa regulamentação do instituto e a ausência de normatização, deixaram algumas questões pendentes, dentre elas o tempo de validade das diretivas antecipadas de vontade (espécie) feitas por um paciente e isto faz ocorrer o conflito aqui exposto.

Isto porque, a manifestação exarada hoje pode não ser a mesma desejada de amanhã e justamente por esta razão, tem-se a revogabilidade como característica própria das disposições de cunho de saúde.

Por outro lado, é fato que certa manifestação de vontade está de acordo com o avanço da medicina daquele marco temporal, assim como chances conhecidas e estudos sobre certa doença.

E se houver este avanço, as disposições não forem revistas e o vier a ocorrer a incapacidade do paciente? Será que para chances maiores, a vontade do paciente seria mesmo a obstinação de certo tratamento?

A fim de evitar a situação, países como Portugal designaram um tempo de validade para estas disposições – 5 (cinco) anos. Assim, se em 5 (cinco) anos não forem utilizadas, o testamento vital não terá mais validade, devendo o paciente realizar nova disposição se assim for seu desejo, situação não prevista pela Resolução destinada ao instituto no Brasil.

Outra questão relevante para o instituto é a forma de anúncio da existência de diretivas antecipadas de vontade, seja na espécie testamento vital ou procuração de cuidados de saúde.

A dificuldade, por primeiro, está na inexistência de forma específica exigida por lei. Se realizada por documento particular, imprescindível que seja entregue para pessoa de confiança e que respeite a vontade do autor. Já mencionado nesse artigo o risco de ser confiada à pessoa da família, tendo em vista o envolvimento psicológico com a situação de saúde.

Caso realizada por instrumento público, a possibilidade de ser conhecida é maior. Isto porque, como mencionado, pelos notários é alimentado banco de dados da Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados – CENSEC, onde está disponível consulta sobre existência de diretivas antecipadas de vontade (“Consulta DAV”) a partir apenas do nome do paciente. Com a consulta positiva, é informado o cartório de lavratura, o livro e a folha onde está lavrada a escritura pública.

Em que pese o referido banco de dados seja promissor, não há qualquer obrigatoriedade dos hospitais, clínicas, médicos realizarem a consulta quando se depararem com situação de incapacidade do paciente.

7.CONCLUSÃO

Partindo do pressuposto que o próprio paciente, de forma livre e informada, é a melhor pessoa para definir quais os tratamentos que pretende suportar ou não em

situação de incapacidade, nada mais razoável do que reconhecer a sua autonomia para dispor sobre cuidados de saúde que aceita ou recusa para situações futuras em que não consiga manifestar sua vontade.

O contexto visualizado é propiciado pelas diretivas antecipadas de vontade, podendo o autor realizar disposições relacionadas à sua saúde ou designar, através de procurador para cuidados de saúde.

Desde o artigo "Living Will" escrito por Louis Kutner e publicado no ano de 1967, não houve mudança substancial no instituto, sendo as características apontadas no referido artigo as marcantes para o tema até atualmente.

Aliás, a falta de legislação sobre o tema deixa lacunas importantes sobre o instituto, como possível prazo de validade para as disposições de vontade feitas e a forma de publicar a opção do paciente perante os médicos e hospitais.

O que regulamenta o instituto é a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.995/2012, que na verdade tem caráter meramente regulatório e não força de lei, o que não contribui para a popularização das diretivas antecipadas de vontade e nem mesmo para sua credibilidade à sociedade.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Brasil. (05 de out de 1988). Constituição Federal de 1988 (CON/1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de maio de 2019.

Brasil. (10 de jan. de 2002). Lei 10.406/2002. Institui o Código Civil 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 20 de outubro de 2019

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. In: Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (org.). São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 285.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade de pacientes. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31.08.2012. Seção 1. p. 269-270. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2012.

DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DADALTO, Luciana. *Testamento Vital na prática jurídica brasileira. Família e Sucessões: polêmicas, tendências e inovações*. In: Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias (coords.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins de Fontes, 2009.

LOMBARDI, Lucia Pereira V; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Testamento vital: o instrumento jurídico para uma morte digna. *Revista Internacional Consister de Direito*, ano V – número VIII, 2019. Disponível em: <<https://revistaconsinter.com/revistas/ano-v-numero-viii/direito-privado/testamento-vital-o-instrumento-juridico-para-uma-morte-digna/>>. Acessado em: 12/10/2019.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. A morte assistida e o testamento vital. *Revista As Especialistas*. Celeste Leite dos Santos (coord.). São Paulo: APMMP, 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/Publicacoes_MP/Todas_publicacoes/As_Especialistas.pdf>. Acessado em: 11/11/2019.

SÃO PAULO (Estado). São Paulo. *Lei 10.241, de 17 de março de 1999*. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado*, São Paulo, 18.03.1999. p. 32. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/suad_elei10241.htm>. Acesso em: 25 jun. 2018.

NOTAS:

[1] DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins de Fontes, 2009.

[2] SCHREIBER, A. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011., p. 52.

[3] LOMBARDI, Lucia Pereira V; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Testamento vital: o instrumento jurídico para uma morte digna. *in Revista Internacional Consister de Direito*, ano V – número VIII, 2019. Disponível em: <<https://revistaconsinter.com/revistas/ano-v-numero-viii/direito-privado/testamento-vital-o-instrumento-juridico-para-uma-morte-digna/>>. Acessado em: 12/10/2019.

[4] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. *In* Biodireito: ciência da vida, os novos desafios / organizadora Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. – Ed. RT, 2001, p. 285.

[5] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. *In* Biodireito: ciência da vida, os novos desafios / organizadora Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. – Ed. RT, 2001, p. 286/287.

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO ÂMBITO DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE: A UTILIZAÇÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

EDIVAN SAMPAIO RIBEIRO:

Bacharelado Direito Centro Universitário
Santo Agostinho .

DANIEL VIEIRA DO NASCIMENTO ^[1]

(coautor)

Me. **GILBERTO ANTÔNIA NEVES PEREIRA DA SILVA** ^[2]

(orientador)

RESUMO: O presente estudo tem como objeto de pesquisa a utilização dos instrumentos de tutela provisória, como ferramentas de proteção do consumidor no âmbito dos Contratos de Plano de Saúde. Objetivo da pesquisa é identificar de que forma os instrumentos de tutela provisória podem ser utilizados para efetivar a proteção do consumidor nos Contratos de Plano de Saúde. Analisar como os instrumentos de tutela provisória trazidos no novo Código de Processo Civil podem ser utilizados no âmbito dos Contratos e Plano de Saúde, para garantir a proteção contratual do consumidor garantida pela legislação do CDC e pela Lei dos Planos de Saúde. O estudo foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica com abordagem dedutiva, partindo da análise e revisão de vários autores e materiais referentes aos temas de Proteção Contratual do Consumidor, Legislação de Planos, Tutelas Provisórias no CPC, buscando investigar de que forma as tutelas previstas no CPC, podem ser utilizados para efetivar a proteção do consumidor de plano de Saúde. Realizada a pesquisa, concluiu-se que, no âmbito dos contratos de plano de Saúde, podem-se utilizar tais ferramentas, com o objetivo manter o equilíbrio contratual e resguardar a função social do contrato uma vez que a função social representa o destaque que merece a coletividade nas relações com as partes que a constituem.

Palavras-chave: **direito** do consumidor, plano de saúde, tutela antecipada,

ABSTRACT: The present study has as its research object the use of provisional guardianship instruments, as consumer protection tools within the scope of Health Plan Contracts. The objective of the research is to identify how the instruments of advance protection can be used to effect the consumer protection in Health Plan Contracts. Analyze how the instruments of provisional protection brought in the new Code of Civil Procedure can be used within the scope of Contracts and Health Plan, to guarantee consumer contractual protection guaranteed by the CDC legislation and by Health Plans Law. The study was developed through bibliographic research with a deductive approach, starting from the analysis and review of various authors and materials referring to the subjects of Consumer Contract Protection, Plan Legislation,

Advance Protection in the civil procedure code civil procedure code (CPC), seeking to investigate what form the tutelage provided for in the civil procedure code(CPC), can be used to effect the protection of the health plan consumer. After the research, it was concluded that, within the scope of health plan contracts, such tools can be used, with the objective of maintaining the contractual balance and safeguarding the social function of the contract since the social function represents the prominence that the collectivity deserves in its relations with the constituent parts.

Keywords: consumer law, health insurance, early protection

Sumário: 1 Introdução 2. A proteção contratual do consumidor nos planos de saúde 2.1 A proteção do Consumidor na Constituição 88 2.2 A proteção contratual do consumidor no CDC 2.3 A regulação das relações de consumo de Planos de Saúde 2.4 As situações de urgência e emergência nos contratos de Plano de Saúde 3. A utilização das tutelas de urgência nos contratos de plano de saúde. 3.1 As tutelas Antecipadas no CPC 2015 3.2 Conceituação e cabimento da tutela de Urgência no CPC 2015 3.3 Conceituação e cabimento da Tutela Antecedente no CPC 2015 3.4 A aplicação das tutelas antecipadas no âmbito dos contratos de plano de Saúde 4. Conclusão 5. Referências

1 INTRODUÇÃO

Tendo em vista o tema a ser abordado na pesquisa, o direito material e processual referentes à proteção contratual do consumidor no âmbito dos contratos de plano de saúde em situação de urgência, através das tutelas provisórias previstas no CPC, o referencial teórico a ser utilizado se baseia principalmente na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor, Código de Processo Civil e livros de doutrinadores e artigos científicos relacionados ao tema.

O Direito à saúde depois do direito à vida vem com o bem jurídico mais importante protegido pela constituição de 1988. O mesmo diploma legal elegeu ainda a dignidade humana com seu princípio fundamental.

Por seu turno a incapacidade do Estado em promover a saúde de forma gratuita na escala necessária em um país de dimensões continentais como o Brasil, fez com que fosse necessária a utilização de um sistema complementar de saúde que foi delegado ao setor privado através de concessões.

Ocorre, entretanto, que a natureza econômica das empresas privadas que visam à obtenção de resultados financeiros cada vez maiores para remunerar acionista e o próprio capital investido, acaba por se chocar com os interesses dos consumidores finais dos planos de saúde.

Diante desse conflito de interesses a força econômica das empresas prestadoras de serviços de saúde suplementar na maioria das vezes se sobrepõe ao do consumidor sendo em muitos casos necessária a via judicial para garantir seus direitos.

O presente trabalho vem investigar de que forma as ferramentas de tutela provisória de Urgência e Evidência trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, podem ser utilizadas de forma a garantir o equilíbrio e proteção contratual dos consumidores.

2.A PROTEÇÃO CONTRATUAL DO CONSUMIDOR NOS PLANOS DE SAÚDE

2.1 A proteção do consumidor na Constituição 88

De acordo com Silva (2019), na Constituição Federal de 1988, a defesa do consumidor foi introduzida como um direito e uma garantia fundamental (art. 5º, XXXII). Dessa forma, podemos entender, pois, que a Constituição Federal de 1988 elevou o consumidor ao status de direitos fundamentais assim como instituiu a obrigação pelo Estado na implementação de políticas públicas na defesa do direito desses sujeitos.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 ainda confere proteção aos consumidores no art. 24, VIII, ao prever competência legislativa concorrente à União, Estados e Distrito Federal sobre a responsabilidade por dano ao consumidor; no art. 150, parágrafo 5, quando dispõe que "*a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços*"; no art.48 das Disposições Transitórias – determinação de que o Congresso Nacional elaborasse, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90; e o parágrafo único, II, do art. 175, que introduz entre as matérias sobre as quais deverá dispor a lei que trate da concessão ou permissão de serviço público os direitos dos usuários.

Para Tadeu Jr.(2010), o princípio constitucional de proteção ao consumidor, previsto no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988, impõe ao Estado o dever de proteção e promoção eficiente dos direitos e interesses dos consumidores através dos direitos fundamentais.

Portanto a Constituição de 1988 elevou a proteção do consumidor a um nível máximo na hierarquia jurídica, trazendo ao estado o dever de implementar políticas que materializasse essa diretriz no âmbito do ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido manifestou-se o STF na ADI 4512MS:

*Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 3.885, de 20/4/2010, de mato grosso do sul. Direito à informação do consumidor. Operadoras de plano ou seguro de assistência à saúde. Obrigatoriedade de entrega de comprovante escrito em caso de negativa, total ou parcial, de cobertura de procedimento médico, cirúrgico ou de diagnóstico, bem como de tratamento e internação. Competência legislativa concorrente. Norma estadual suplementar. Art. 24, inc. V e § 2º, da constituição da república. Obrigação extracontratual. **Defesa do consumidor. Ausência de contrariedade aos arts. 5º inc. Xxxvi, 22, incs. I e vii, e 170 da constituição da república.** Ação julgada improcedente. 1. **A abertura do setor de assistência à saúde à iniciativa privada não obsta a regulação dessa atividade pelo estado, indispensável para resguardar outros direitos garantidos pela constituição, em especial a dignidade da pessoa humana, a defesa do consumidor e os direitos à saúde, à integridade física e à vida.** 2. Nos termos do art. 24, inc. V e § 2º, da constituição da república, os estados e o distrito federal dispõem de competência legislativa suplementar para editar normas de defesa do consumidor. 3. A lei n. 3.885/2010, de mato grosso do sul, é ato normativo instrumentalizador do consumidor com meios necessários para sua defesa, além de densificar o direito à informação, prefacialmente posto no inc. Xiv do art. 5º da constituição da república e seguido pelo código de defesa do consumidor (arts. 4º, inc. Iv, 6º, inc. Iii, e 55, § 4º, da lei n. 8.078/1990). 4. Mais se revela pertinente a norma de proteção do consumidor quanto maior for a hipossuficiência ou déficit de informação daquele que, transitória ou permanentemente debilitado, esteja em estado de especial vulnerabilidade em face do fornecedor do serviço. 5. O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.(stf - adi: 4512 ms - mato grosso do sul 9944882-28.2010.1.00.0000, relator: min. Cármen lúcia, data de julgamento: 07/02/2018, tribunal pleno, data de publicação: dje-130 17-06-2019)*

2.2 A proteção contratual do consumidor no CDC

Nessa perspectiva, o Código de Defesa do Consumidor veio concretizar a determinação constitucional, ao elencar no capítulo III, do Título I, os direitos básicos do consumidor. Tais direitos são considerados as bases, ou, em outros termos, são os fundamentos da tutela jurídica do consumidor, pois servem de embasamento a toda legislação consumerista.

Segundo Leonardo de Medeiros Garcia (2011, p. 63), "ao elencar os direitos do consumidor, o legislador fez questão de ressaltar que se trata de direitos básicos, ou seja, aqueles que irão servir de base na orientação e instrumentalização das relações de consumo".

Segundo, Ribeiro Kamila Martins Solon, Ferreira Lyzia Menna Barreto (2016) este rol de direitos básicos trazidos no artigo 6º do CDC busca a proteção do consumidor, sujeito vulnerável da relação de consumo. Diante da desigualdade evidenciada entre os sujeitos dessa relação, na qual o consumidor é presumidamente vulnerável, coube ao Estado intervir e dispor tais direitos, a fim de equalizar os interesses contrapostos no mercado de consumo.

É importante destacar que este rol de direitos básicos é meramente exemplificativo, porque se existirem violações a princípios do direito do consumidor não especificados neste artigo 6º do CDC, o consumidor poderá buscar ampla proteção jurídica, com fundamento nas normas constitucionais de defesa do consumidor.

Ainda segundo os Autores, diante da velocidade com que as relações de consumo se estabelecem na sociedade moderna, influenciada por avanços tecnológicos contínuos, as relações de consumo, demandam soluções de acordos e negócios cada vez mais dinâmicos, trazendo também uma grande preocupação quanto ao desequilíbrio entre as partes contraentes. Principalmente em um ambiente econômico onde predominam grandes grupos empresariais e muitas vezes empresas transnacionais com elevado poder econômico.

Um dos efeitos mais notáveis desse fenômeno é a proliferação dos contratos de adesão, ou seja, contratos unilaterais elaborados, por grandes grupos empresariais, fornecedores de serviços, no qual o consumidor apenas concorda ou discorda das cláusulas, possuindo a mesma vinculação contratual existente nas demais modalidades.

Conforme SÁ, Dayana Mendes de Albuquerque *et al* (2015), no sentido de garantir a proteção prevista na constituição, surge então a lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), estabelecendo meios para limitar a posição de superioridade contratual dada ao fornecedor em

decorrência da unilateralidade, especialmente em virtude da hipossuficiência do consumidor frente às grandes empresas.

Segundo os mesmos Autores, com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor houve avanços ao tratamento da proteção contratual do consumidor, destacando-se o artigo 51, o qual traz uma lista exemplificativa de cláusulas abusivas.

O referido diploma legal traz normas cogentes, as quais proíbem a utilização de qualquer cláusula abusiva, definidas como as que assegurem vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor de bens e serviços, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade, segundo o art. 51, IV, do CDC.

Assim de acordo com o Código de Defesas do Consumidor, cláusulas abusivas são as que apresentam obrigações excessivas, onde o fornecedor ao redigir as cláusulas contratuais, em contrato de adesão, comete abuso, se, limita o direito do consumidor, colocando, o consumidor em desvantagem, e desequilibrando a relação contratual entre as partes.

Ainda de acordo com SÁ, Dayana Mendes de Albuquerque *et al* (2015), o contrato é um negócio jurídico bilateral, que visa criar, modificar ou extinguir direitos, caracterizando-se pelo pacto entre duas ou mais pessoas, que acordam algo sobre determinada coisa. O contrato de adesão é uma modalidade muito utilizada nas relações de consumo. São elaborados, geralmente por uma das partes e são usados no dia a dia das relações de consumo, pois já estão em modelos prontos para garantir a agilidade e execução dos negócios.

Assim, a ocorrência dessa modalidade de contrato se dá mediante a concordância por parte do consumidor, de cláusulas elaboradas pelo fornecedor. O tema em questão é tratado no art. 54 do Código de Defesa do Consumidor. Os dispositivos legais trazidos no CDC abrangem a proteção ao consumidor, determinando que as cláusulas contratuais devam ser interpretadas da maneira mais favorável para consumidores.

Os contratos de adesão possibilitam a existência de cláusulas que podem ser consideradas abusivas, por serem estabelecidos apenas por uma das partes som, contribuindo para a existência de cláusulas onerosas e excessivas para o contratante.

Nesse sentido manifestou-se o TJ-MG no seguinte julgado:

*"Apelação cível. Plano de saúde. **Cláusula abusiva. Consumidor em desvantagem exagerada.** Dificuldade de compreensão do sentido e alcance da previsão. Indenização por danos morais. Valor. 1. **Deve ser***

reconhecida a abusividade de cláusula de exclusão constante em contrato de plano de saúde quando referida cláusula coloca o consumidor em desvantagem exagerada, dificultando sua compreensão sobre o sentido e alcance da previsão.

2. A recusa injusta de cobertura de tratamento necessário à preservação da saúde do paciente se afigura manifestamente abusiva. 3. É devida a indenização por danos morais nas hipóteses de recusa injusta do plano de saúde à cobertura de tratamento de quimioterapia e radioterapia, uma vez que referida conduta agrava a situação de angústia do segurado, que já se encontra com a saúde debilitada. 4. O valor da indenização por danos morais deve ser fixado em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.”(tj-mg - ac: 10024095104113001 mg, relator: wagner wilson data de julgamento: 02/10/2013, câmaras cíveis / 16ª câmara cível, data de publicação: 11/10/2013).

Conclui-se, portanto que a abusividade ocorre com o descumprimento dos direitos do contratante aderente, bem como pela ausência dos princípios contratuais e não pelo fato de um dos contratantes já ter formulado previamente o contrato, justamente porque a cláusula abusiva representa o exercício abusivo da faculdade que tem um dos contratantes de predispor o conteúdo contratual.

Com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, essa situação foi reduzida, pois a aplicação da norma vem limitando a autonomia de vontade dos contratantes numa relação negocial.

Importante destacar que o código de Defesa do consumidor em seu art. 6º traz uma importante norma na proteção contratual do consumidor. Em seu inciso V, o referido artigo permite que o Poder Judiciário modifique as cláusulas referentes ao preço, ou qualquer outra prestação a cargo do consumidor, se forem desproporcionais, causando o desequilíbrio do contrato, garantindo dessa forma uma efetiva proteção nas relações consumeristas.

Nesse sentido colaciona-se o seguinte julgado do TJ-DF:

*Direito do consumidor. Contrato de arrendamento mercantil. **Resolução por onerosidade excessiva** em razão do elevado valor da prestação a título de vrg.*

Improcedência. Sentença mantida. 1. A resolução contratual se dá pelo inadimplemento da obrigação ou por onerosidade excessiva, a qual, por seu turno, nas relações de consumo, ocorre em virtude de fatos supervenientes imprevisíveis ou não (artigo 6º, inciso v, do cdc). 2. A insurgência do consumidor quanto ao elevado valor da parcela do vrg não tem o condão, por si só, de autorizar a resolução do contrato por onerosidade excessiva, já que, além de não se tratar de fato superveniente, foi livremente pactuado pelas partes. 3. Apelação improvida.(tj-df - apl: 1049998820078070001 df 0104999-88.2007.807.0001, relator: arlindo mares, data de julgamento: 08/07/2009, 4ª turma cível, data de publicação: 19/10/2009, dj-e pág. 157).

2.3 A regulação das relações de consumo de planos de saúde.

Segundo Martins (2014), dentre os contratos de adesão um dos tipos mais encontrados trata-se dos contratos de plano de saúde. O crescimento da demanda das famílias por serviços de saúde de melhor qualidade levou ao surgimento de grandes conglomerados especializados na administração e fornecimento de serviços de saúde suplementar, os planos de Saúde.

De acordo com Bottesini e Machado (2015), o controle que Legislador pretendeu estabelecer em matéria de assistência à saúde, incluindo os seguros-saúde, se estende sobre toda e qualquer entidade, sociedade, cooperativa que mantenha sistema suplementar de saúde, sob a forma de autogestão ou de administração, segundo o disposto no Art. 1º, 2º da Lei 9.656/1998.

Ainda segundo os autores a Lei 9.961/2000, em seu Art. 1º estabelece a criação da ANS como autarquia responsável pela regulamentação das entidades de saúde suplementar disciplinadas pela lei dos planos de Saúde. Já em seu Art. 4º a referida lei traz as competências da ANS para regulamentar o setor de saúde suplementar em seus mais variados aspectos.

Como visto os dois diplomas legais têm como objetivo regular esse segmento garantindo o equilíbrio da relação contratual entre empresas e consumidores, mediante a regulamentação das entidades compreendidas no âmbito das operadoras de Saúde, e através de regulamentações específicas editadas pela ANS.

Ainda conforme Bottesini e Machado (2015), a responsabilidade civil das operadoras dos planos de saúde não está disciplinada pela Lei 9.656/98, mas pela Lei

8.078/90, a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor, tem como propósito fazer expressa a incidência dos dispositivos do CDC às relações das operadoras e seguradoras com os usuários e segurados.

Em seu Art. 35-G, a Lei 9.656/98 faz com que os dispositivos do CD integrem a Lei 9.565/98, de forma subsidiária, o que gera complementaridade entre esses diplomas legais.

Desta forma, as relações de consumo no âmbito dos planos de saúde, consubstanciadas nos contratos realizados entre clientes e operadoras, encontram-se regulamentadas principalmente pela Lei 9.656/98, Lei dos Planos de Saúde, pelas normas regulamentares da ANS e pelo Código de Defesa do Consumidor subsidiariamente.

2.4As situações de urgência e emergência nos contratos de plano de saúde

A lei 9.656/98 traz em seu Art.35-C as hipóteses de cobertura para os eventos de urgência e emergência. Sendo considerada situação de emergência aquela que implique risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o segurado, e a urgência aquelas que sejam resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional.

O mesmo diploma legal traz em seu parágrafo único, que a Agência Nacional de Saúde terá competência para editar normas que regulamentem as situações de Urgência e Emergência.

De acordo com Bottesini e Machado (2015), "A urgência traz consigo a ideia daquilo que deve ser feito com rapidez, imediatamente, enquanto a emergência traz a ideia de imprevisto", demonstrando assim a diferença entre as situações trazidas na legislação.

Por sua vez a ANS através da Resolução CONSU 13 de 03.11.1998, dispõem sobre a cobertura do atendimento nos casos de urgência e emergência e fixa os parâmetros pelos quais as operadoras de plano de Saúde ficam obrigadas a prestar a cobertura de Urgência e Emergência. Devendo as operadoras atentar para o conjunto de regras que dispõe sobre os critérios para a cobertura desses eventos.

Do exposto conclui-se que havendo situações onde estejam presentes risco imediatos a vida ou lesões irreparáveis terá as situações de emergência e acidentes pessoais ou processo gestacional situações de urgência. Em tais ocasiões o segurado estará amparado nos termos da resolução CONSU 13, mesmo em período de carência.

A aplicação do referido dispositivo e da resolução podem ser observados no seguinte julgado:

Apelação cível plano de saúde obrigação de fazer Emergência durante período de carência que requer internação O atendimento emergencial ou de urgência devem ser cobertos em sua integralidade até a alta do paciente, ainda que em período de carência, sobpena de violar a função social do contrato Resolução 13/98 do CONSU não se sobrepõe à legislação e nem tampouco aos princípios gerais de Direito Apelo desprovido.(TJ-SP - APL: 01496174520118260100 SP 0149617-45.2011.8.26.0100, Relator: José Carlos Ferreira Alves, Data de Julgamento: 05/03/2013, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/03/2013)

3.A UTILIZAÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

3.1 As tutelas antecipadas no CPC 2015

O novo Código de Processo Civil trouxe importantes mudanças nos mecanismos de Tutela antecipada que podem resguardar o Direito do consumidor prejudicado. De acordo com Marinoni, Arenhart, Mitidiero (2019), "o tempo é inerente ao processo e fonte de dano ao autor", assim torna-se necessário distribuir a carga da espera entre as partes de forma que não recaia apenas sobre o autor, causando risco de resultado útil do processo para obtenção do Direito pretendido.

No dizer de Donizete (2019, p445), "Dá-se o nome de tutela provisória ao provimento jurisdicional que visa adiantar os efeitos da decisão final no processo ou assegurar o seu resultado prático".

A referida técnica da tutela antecipatória tem justamente a função de distribuir de forma mais equilibrando custo do tempo no processo. Podendo ter como fundamento ora a situação de urgência envolvida na demanda ora na evidência do direito pleiteado em juízo.

De acordo com o mesmo autor, a tutela provisória, cautelar ou antecipada exige dois requisitos, sendo a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco do resultado do processo, sendo ambos necessários para a concessão da tutela urgência.

O Novo Código apresenta uma nítida tentativa de equilibrar a tutela provisória, tanto que trata dela exclusivamente em sua parte geral. A estrutura trazida pelo Novo Código tem a tutela provisória como categoria. De acordo com Ratz e Anchieta, (2015), o conceito de tutela provisória não tem nenhuma relação com o conteúdo material do provimento jurisdicional vale dizer, com o fato de ele ser satisfativo ou cautelar, mas, sim, com a característica de não ser proferido com base em cognição exauriente e, por conseguinte, ter aptidão para ser a qualquer tempo revogado ou modificado, conforme preceitua textualmente o artigo 296 do Novo Código.

Segundo, Direito (2016), dentro do gênero “tutela provisória” insere-se, conforme o Novo CPC, duas espécies que se diferenciam pelo fundamento para a sua concessão, e não pelo seu conteúdo, quais sejam: a tutela de urgência e a tutela da evidência.

Do exposto percebe-se que a tutela de urgência será aplicada quando houver uma situação contemporânea que requeira uma decisão que resguarde o objeto do processo e esteja embasada em direito provável, ao passo que a tutela de evidência está relacionada à existência de elementos que por si demonstrem a existência do Direito do autor.

Nesse sentido tem entendido os tribunais conforme julgado a seguir do TJ-SC:

*Agravo de instrumento. Ação de internação compulsória ajuizada pela genitora em desfavor da filha, visando a internação da adolescente para tratamento de saúde, sob a alegação de se tratar de usuária de drogas. Tutela de urgência deferida, com determinação de internação da adolescente, às custas do município de criciúma, no qual residiam as partes à época da prolação da decisão. Superveniente mudança de domicílio do núcleo familiar para são josé. Decisão agravada que impõe o custeio do tratamento ao agravante, município de são josé. Informações conflitantes quanto ao atual domicílio das partes: autora que declara, perante o oficial de justiça, que reside com a filha em são josé e, perante a defensoria pública que a assiste, que se mudou para florianópolis. **Tutela provisória deferida há mais de um ano. Inexistência de informações quanto à situação fática recente. Cenário de incerteza no que toca ao paradeiro contemporâneo da ré e quanto à atual necessidade da internação.** Impossibilidade de manutenção da ordem de custeio da internação.*

Recurso conhecido e provido. (tj-sc - ai: 40198523520198240000 são José 4019852-35.2019.8.24.0000, relator: Vera Lúcia Ferreira Copetti, data de julgamento: 03/10/2019, quarta câmara de direito público).

3.2. Conceituação e cabimento da tutela de urgência no CPC 2015

Para Theodor Júnior (2016), a primeira espécie de tutela provisória, a Tutela de Urgência, divide-se em tutela cautelar e tutela antecipada, ao passo que a segunda não possui outras espécies, mas apenas diferentes pressupostos para a sua concessão. Por sua vez, a tutela de urgência subdivide-se, conforme o momento da sua concessão, em antecedente ou incidente.

De acordo com Ratz e Anchieta (2015) o novo CPC reserva um capítulo específico para as disposições gerais da tutela provisória de urgência. Importante destacar que a urgência é fundamento para a tutela provisória, a qual, nos termos do Código, poderá ser cautelar ou antecipada. Abrange situações nas quais a urgência se apresenta como um risco ao direito afirmado pelo autor, o processo reserva uma tutela provisória cujo objetivo é que seja assegurando a futura satisfação do direito buscado pelo autor, através da sua satisfação antes do final do processo.

Conforme preceitua o Art.300 do CPC 2015, para a concessão da medida liminar na tutela de urgência, o autor deverá demonstrar a simultaneamente a probabilidade do Direito o perigo de dano e a reversibilidade da medida sob pena de não ter seu deferimento, caso não sejam comprovadas as três condições.

3.3 Conceituação e cabimento da tutela antecedente no CPC 2015

No entendimento de Sousa (2007), uma das grandes inovações do Novo CPC no tocante à tutela provisória é a tutela antecipada antecedente. Até então, o direito brasileiro somente admitia que a tutela antecipada satisfativa fosse proferida de maneira incidental, no curso do processo de conhecimento, em face de pedido formulado pelo autor na petição inicial.

Nos termos do art. 303, CPC, admite-se que o autor se limite, na petição inicial, a formular o pedido de tutela antecipada e apenas indique o pedido de tutela final, devendo, para tanto, fazer a exposição da lide, do direito que se busca realizar e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, vale dizer, o perigo na demora, caracterizando a tutela Cautelar antecedente.

Ainda conforme o Autor, com o advento das inovações processuais, os tribunais brasileiros têm recebido grande volume de pedidos liminares de beneficiários dos

planos de saúde privados. Procuram a obtenção do cumprimento dentro do processo, obrigações que seriam dever destes planos quando do atendimento aos seus beneficiários e estariam sendo negadas por estas entidades.

Portanto, cabe, uma identificação das situações e dispositivos legais que permitem aos magistrados deferirem essa pretensão de antecipação de algum direito postulado pelos beneficiários dos planos de saúde, bem como uma análise da visão de como as referidas tutelas podem ser utilizadas para garantir o equilíbrio e a proteção do consumidor nos contratos de plano de saúde.

3.4 A aplicação das tutelas antecipadas no âmbito dos contratos de plano de saúde.

Conforme Sousa (2007), na busca da tutela antecipada de seu direito contratual, frente às condutas de entidades de saúde suplementar, que julga serem desfavoráveis dentro da relação contratual de cobertura dos riscos financeiros em saúde que estabeleceu com este, o segurado de um plano necessita, em juízo, demonstrar a presença dos pressupostos para o fornecimento destas liminares, quais sejam, podendo se dizer que variam, sem perderem o seu significado, nas diversas normas pertinentes ao tema, às denominações que lhes são dadas: o perigo da demora e a probabilidade do Direito conforme expresso no Art. 300 do CPC 2015.

Importante resaltar que as situações nas quais o consumidor de plano de saúde poderá utilizar das ferramentas processuais de tutela provisória, são bastante variadas, no entanto em todos os casos deverão estar presentes as condições, trazidas pelo Art.300 do CPC 2015.

Vale ressaltar ainda, que apesar da Lei dos Planos de Saúde, trazer a previsão dos casos de urgência e emergência posteriormente reguladas pela resolução CONSU 13 para situações de atendimento hospital e internações, o escopo das situações onde o consumidor pode ter que se utilizar das tutelas provisórias não se limita a esses casos.

Situações igualmente urgentes podem envolver questões relacionadas ao cancelamento de planos por atraso, inscrições indevidas em órgãos de proteção de crédito, descumprimento de outras cláusulas contratuais e a política de reajuste dos valores pagos como contraprestação do serviço prestado.

Conforme demonstra a jurisprudência a seguir:

Agravo de instrumento. Consumidor. Tutela de urgência cancelamento do plano de saúde por falta de pagamento. Faturas quitadas pela autora.

Provável equívoco no cancelamento e negativação. Reforma da decisão. Verifica-se dos autos que a parte autora efetivou o pagamento das faturas de agosto e setembro de 2017, as quais teriam dado ensejo ao cancelamento do plano de saúde e a inclusão do nome da autora nos cadastros de restrição ao crédito. Por sua vez a mensalidade de outubro aparenta ter sido quitada conforme demonstrativo para fins de ir constante de pág. 10. Por certo que não houve pagamento das mensalidades de novembro e dezembro de 2017, uma vez que o plano foi cancelado e as faturas, portanto, não foram enviadas à parte autora para quitação. O cancelamento do plano mostrou-se equivocado por parte da operadora ré, sendo medida razoável o seu restabelecimento, bem como a retirada do nome da autora dos cadastros de restrição ao crédito. A urgência da medida requerida por sua vez mostra inequívoca, já que o cancelamento do plano de saúde da autora, idosa, poderia pôr em risco o seu estado de saúde e até mesmo a sua vida. A tutela antecipada concedida não constitui medida irreversível, pois, caso venha a ser revogada, o nome da autora poderá ser novamente incluído no cadastro restritivo e o eventual cancelamento do plano não irá comprometer financeiramente à operadora ré, já que as faturas continuarão sendo pagas pela autora enquanto perdurar esta decisão liminar. Provimento do recurso.(TJ-RJ - AI: 00176339220188190000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 39 VARA CÍVEL, Relator: WILSON DO NASCIMENTO REIS, Data de Julgamento: 19/04/2018, VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR, Data de Publicação: 24/04/2018)

Em todas essas situações, a urgência na resolução da demanda pode ser caracterizada, ficando muitas vezes comprometido o resultado do processo para o consumidor, caso tenha que aguardar o trâmite regular da ação.

Conforme destaca Ratz e Anchieta (2015), no que tange aos aspectos processuais das liminares que postulam os direitos dos beneficiários dos planos de saúde, cabe inicialmente citar o artigo 814 do Código de Processo Civil brasileiro, referindo-se às obrigações de fazer, que, são aquelas pelas quais os planos de saúde se obrigam. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou

mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Segundo Sousa (2007), a utilização das tutelas provisórias nesses casos se torna uma ferramenta de grande importância, e seu correto uso e aplicação ao caso concreto, possibilitando a preservação do direito que se pretende auferir. Podendo ser revogada caso no curso da instrução o juízo não se convença do fundamento do direito pleiteado.

Importante destacar ainda quanto o uso das tutelas provisórias, a fixação de multa pelo juiz, buscando o cumprimento da obrigação contratual, também se mostra ferramenta importante, devendo o operador do direito fazer bom uso dessa ferramenta em sua petição inicial, no sentido de evitar que mesmo tendo deferida a tutela, a mesma não seja eficazmente cumprida.

Cabe destacar ainda que a tutela antecedente ferramenta que também poderá ser utilizada dependendo do caso concreto, o que vai determinar a escolha entre as espécies de provimento será em que situação esse modalidade poderá ser usada de forma mais eficaz.

Por fim traz ainda o CPC as tutelas de evidência, mecanismos que se fundam na demonstração cabal da existência do direito. Tais fundamentos precisam ser claramente demonstrados pelo autor, sob pena de não ter sua pretensão reconhecida.

Apelação cível – consumidor - ação condenatória com pedido de tutela de evidência – plano de saúde – recusa de realização de exame fora da lista da ans – violação do direito à saúde – aplicação do cdc – abusividade na interpretação restritiva das cláusulas contratuais - interpretação favorável ao consumidor – cobertura devida - precedentes–manutenção da sentença- honorários majorados. 1- incidência da legislação consumerista sobre o caso dos autos, segundo a qual as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor; 2- o rol de procedimentos, editado pela ans - agência nacional de saúde, no caso rn n 428/2017, não é taxativo, porquanto, não se pode limitar procedimentos e tratamentos médicos, sob o risco de se comprometer também a eficácia do art. 196 da constituição da república, que prevê como dever do estado promover

medidas que reduzam o risco da doença e de outros agravos; 3- cabe ao profissional da medicina indicar o tipo de tratamento a ser seguido, e não à operadora do plano, nos termos do entendimento do stj; 4- recurso conhecido e improvido. Por unanimidade. (apelação cível nº 201900814751 nº único0008237-03.2018.8.25.0040 - 2ª câmara cível, tribunal de justiça de sergipe - relator (a): luiz antônio araujo mendonça - julgado em 16/07/2019).(tj-se - ac: 00082370320188250040 relator: luiz antônio araujo mendonça, data de julgamento: 16/07/2019, 2ª câmara cível)

Conclui-se, portanto que, no âmbito dos contratos de plano de Saúde, podem-se utilizar tais ferramentas, o presente estudo buscou verificar em que situações tais institutos podem ser aplicados nesse tipo de contato. Procurando manter o equilíbrio contratual e resguardar a função social do contrato uma vez que a função social representa o destaque que merece a coletividade nas relações com as partes que a constituem.

Assim, o contrato de plano de saúde cumpre a sua função social quando os contratantes, operadoras e usuários, realizam a gestão e a utilização do plano, respectivamente, com foco nas necessidades presentes e futuras de toda a população, observando a equidade e preservando o equilíbrio entre as partes, sendo a tutela antecipada de urgência um elemento que possibilita a manutenção desse equilíbrio impedindo abusos por parte das operadoras.

4 CONCLUSÃO

Portanto diante dos casos em que disposições contratuais são violadas prejudicando o consumidor nos contratos de planos de Saúde, e da existência da proteção contratual prevista no Código de Defesa do Consumidor, o presente estudo investigou como as tutelas provisórias trazidas com o Código de Processo Civil podem ser utilizadas para efetivar a proteção que é garantida.

Considerando a da função social do contrato de planos de saúde é indiscutível que por ser indispensável, e necessário, que o instituto da tutela de urgência seja mais claramente compreendido para beneficiar cada indivíduo no momento da sua necessidade em conjunto com a da garantia de assistência à coletividade.

Assim após investigar a aplicabilidade da tutela de urgência no âmbito dos contratos de planos de saúde, pode-se concluir que o tais institutos jurídicos desempenham papel de grande importância na proteção dos consumidores e em

última instância garantem uma efetiva proteção à vida, tendo em vista as circunstâncias nas quais são utilizadas, sendo de fundamental o seu conhecimento por parte dos operadores do Direito.

5. REFERÊNCIA

BOTTESINI, Maury ângelo; MACHADO, Mauro conti. Lei dos Planos e Seguros de Saúde: Comentado artigo por artigo. 3. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 531 p.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição. Brasil: [s. n.], 2019. Disponível em: Planalto. gov.br. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil 2015. [S. l.], 16 mar. 2015. Disponível em: Planalto. gov.br. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 9656, de três de junho de 1998. Lei dos Planos de Saúde. [S. l.], três jun. 1998. Disponível em: Planalto. gov.br. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. LEI nº 8078, de 15 de maio de 202. Código de defesa do consumidor , [S. l.], 11 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 15 jan. 2020.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. O CONSUMIDOR E OS PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE. BDJUR. STJ.GOV.BR, Brasil, 30 dez. 2016

DONIZETTI, Elpidio. Curso Didático de Direito Processual Civil. 22. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2019.

MARTINS, Mayara Pinto. A proteção contratual do consumidor de plano de saúde: Uma análise à luz da jurisprudência. Orientador: Dr. Cristiano Heineck Shimidt. 2014. Monografia (Pós-Graduação) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo Civil. 2º. ed. [S. l.]: Revista dos Tribunais, 2016. 624 p. v. 1. ISBN 978-8520367049.

OCKÉ-REIS, Carlos Otávio; DE ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky; SILVEIRA, Fernando Gaiger. O MERCADO DE PLANOS DE SAÚDE NO BRASIL: UMA CRIAÇÃO DO ESTADO. Revista de Economia Contemporânea, Rio de Janeiro, ano 2006, 31 jan. 2006.

RATZ, Igor; ANCHIETA, Natacha. TUTELA ANTECIPADA, TUTELA CAUTELAR E TUTELA DA EVIDÊNCIA COMO ESPÉCIES DE TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, ano 2015, 30 jun. 2015.

RIBEIRO, Kamila Martins Solon; FERREIRA, Lyzia Menna Barreto. DIREITO CONSUMERISTA: A PROTEÇÃO CONTRATUAL PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 2018. 12 f. TCC 2018 (Bacharelado) - Faculdade de Direito do Centro Universitário de Várzea Grande, Resultados da pesquisa Resultados da Web DIREITO CONSUMERISTA: A PROTEÇÃO CONTRATUAL ... www.repositoriodigital.univag.com.br, 2018. Disponível em: Resultados da pesquisa Resultados da Web DIREITO CONSUMERISTA: A PROTEÇÃO CONTRATUAL ... www.repositoriodigital.univag.com.br. Acesso em: 18 set. 2019.

SÁ, Dayana Mendes de Albuquerque *et al.* PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE ADESÃO. Revistafaculdadersa, [s. /], 10 jun. 2015. Disponível em: <https://www.faculdadersa.edu.br/artigo-2015-direito>. Acesso em: 18 set. 2019.

SILVA, Altino Conceição da. A proteção constitucional do consumidor e sua densificação normativa. Conteudojuridico, BrasíliaDF:20out2019. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/43677/a-protecao-constitucional-do-consumidor-e-sua-densi_cacao-normativa. Acesso em: 20 out 2019. (SILVA, 2019)

SOUSA, Neri Tadeu Camara. Plano de saúde e tutela antecipada. Âmbito Jurídico, Brasil, 31 maio 2007

TADEU JR, Ricardo. A proteção do consumidor no sistema jurídico brasileiro. Âmbito Jurídico, Brasil, 1 dez. 2010

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 60. ed. [S. /]: Forense, 2019. 1328 p. v. 1. ISBN 978-8530983505.

NOTAS:

[1] Daniel Vieira do Nascimento, Bacharelado em Direito, Centro Universitário Santo Agostinho *E-mail*: Daniel.arieiv@hotmail.com.

[2] Me. Gilberto Antônia Neves Pereira da Silva, professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho *E-mail*: ganpds@uol.com.br

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE SEGUNDO OS ARTIGOS 443, §3º E 452-A E DEMAIS PARÁGRAFOS DA LEI Nº 13.467/17

STEPHANE RODRIGUES GOMES CARNEIRO:
estudante de Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins

FLÁVIA MALACHIAS SANTOS SCHADONG^[1]

(Orientadora)

RESUMO: Em razão do atual cenário brasileiro, o qual se encontra com acentuado índice de desemprego, e com o argumento de solucionar tal problema, o Poder Legislativo sentiu a necessidade de romper esse paradigma, sancionando a Lei nº 13.467/17, e assim, trazendo alterações significantes no corpo do texto da legislação trabalhista. Entre todas as mudanças trazidas pela reforma, os pontos mais importantes alterados na CLT foram: parcelas salariais e indenizatórias da remuneração, jornada a tempo parcial, banco de horas individual, fim das horas de trajeto, fracionamento das férias em até 03 (três) períodos, trabalho das gestantes em ambiente insalubre, acordo legal na extinção do contrato e fim da obrigatoriedade da contribuição sindical. Dentre todas as inovações, a reforma da legislação trabalhista também criou novas regras, como o trabalho intermitente, uma espécie contratual inédita, que está previsto nos artigos 443, §3º e 452-A e demais parágrafos da Lei nº 13.467/17, o qual permite a contratação individual de um empregado, podendo este ser verbalmente ou escrito, o prazo pode ser fixado de forma determinada ou até indeterminado para a prestação de trabalho sem horário fixo e ganhando apenas pelas horas trabalhadas. A possibilidade de ganhar menos do que um salário mínimo mensal torna latente a discussão em torno da nova modalidade, como uma medida inconstitucional. Uma vez que a Constituição é clara quanto ao direito do trabalhador de receber um salário mínimo fixado em lei, nacionalmente unificado e que seja capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família. Diante de tamanhas discussões sobre essa nova modalidade empregatícia, deu-se a necessidade do presente estudo, destacando os princípios trabalhistas, tanto quanto às normas positivadas buscando alcançar um entendimento das posições doutrinárias e jurídicas e Propor um estudo quanto à constitucionalidade do contrato de trabalho intermitente segundo a Lei nº 13.467/17, nos artigos 443, §3º e 452-A e demais parágrafos, visando assim, uma contribuição acadêmica sobre o tema.

Palavras-chave: Intermitente; Inconstitucional; Princípios; Reforma trabalhista.

ABSTRACT: Due to the current Brazilian scenario, which has a marked unemployment rate, and with the argument of solving such a problem, the Legislative Power felt the need to break this paradigm, sanctioning Law No. 13,467 / 17, and thus bringing changes significant in the body of the text of labor legislation. Among all the changes brought about by the reform, the most important points changed in the CLT were: wage and compensation payments, part-time work hours, individual hours bank, end of commuting hours, holiday break up to 03 (three) periods, work by pregnant women in an unhealthy environment, legal agreement to terminate the contract and end the mandatory union contribution. Among all the innovations, the reform of labor legislation also created new rules, such as intermittent work, an unprecedented type of contract, which is provided for in articles 443, §3 and 452-A and other paragraphs of Law No. 13,467 / 17, which it allows the individual hiring of an employee, which can be verbally or written, the term can be fixed in a determined or even indeterminate way for the provision of work without fixed hours and earning only for the hours worked. The possibility of earning less than a monthly minimum wage makes the discussion about the new modality latent, as an unconstitutional measure. Since the Constitution is clear about the worker's right to receive a minimum wage fixed by law, nationally unified and able to meet his basic vital needs and those of his family. Faced with such discussions about this new type of employment, the need for the present study occurred, highlighting the labor principles, as much as the positive norms seeking to reach an understanding of the doctrinal and legal positions and Propose a study on the constitutionality of the intermittent employment contract according to Law No. 13,467 / 17, in articles 443, §3 and 452-A and other paragraphs, thus seeking an academic contribution on the topic.

Keywords: Intermittent; Unconstitutional; Principles; Labor reform.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 2 REFORMA TRABALHISTA; 3 PRINCIPAIS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA PASSÍVEIS DE INCONSTITUCIONALIDADE; 3.1 A inconstitucionalidade do trabalho intermitente; 3.2. Fundamentação legal e doutrinária; 4 – PRINCÍPIOS PRÓPRIOS DO DIREITO DO TRABALHO, 4.1 - Princípio da Irrenunciabilidade das garantias legais do trabalhador, 4.2 - Princípio da Irrenunciabilidade, 4.3 - Princípio da primazia da realidade, 4.4 - Princípio da inalterabilidade contratual lesiva, 4.5 - Princípio da continuidade da relação de emprego; 5 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO; 6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS; 7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

As relações de trabalho são de extrema relevância para o crescimento e desenvolvimento de qualquer país. Há bastante tempo o Brasil precisava fazer uma “modernização” da legislação trabalhista, pois o principal instrumento legal trabalhista brasileiro, a CLT, foi criada na década de 1940, ou seja, há mais de 70 anos, de modo que não mais reflete tampouco regulamenta os atuais anseios de trabalhadores e empregadores, deixando de amparar diversos aspectos relevantes que surgiram no âmbito das relações de emprego ao passar de todos estes anos

Em julho de 2017, o Presidente da República sancionou a Lei nº 13.467/2017, conhecida como a Reforma Trabalhista, que alterou diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, este foi um grande marco no Direito do Trabalho no Brasil. A primeira e grande mudança ocorreu com a aprovação da Lei de Terceirização (Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017), seguida posteriormente da Lei da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467, de 14 de julho de 2017).

Uma dessas inovações é o contrato de trabalho intermitente, nova categoria de trabalho trazida pela reforma, sancionada no dia 13 de julho e teve sua vigência no dia 11 de novembro de 2017, o qual inaugurou com essa modalidade que até então inexistia nas leis de trabalhistas.

Antes da reforma esse tipo de trabalho era presente, porém não amparado legalmente, onde apenas, era permitido o contrato de trabalho semanal, desta forma flexibilizava para o empregador o contrato de trabalho ocasional, pagando para o trabalhador apenas pelo período de trabalho prestado.

Uma das principais características desse tipo de contrato é de que o empregado será convocado de acordo à demanda do empregador, e desta forma, a remuneração se faça apenas com base, nestas horas que efetivamente serão trabalhadas. Contribuindo assim, para que os direitos trabalhistas sejam desregulamentados.

Com a referida reforma, o ramo do direito do trabalho recepcionou uma nova categoria de emprego, ao qual até então era presente na sociedade com os chamados “bicos”, mas que, entretanto não possuía amparo legal.

A Lei define o Contrato de Trabalho Intermitente como aquele que pode ser celebrado por prazo indeterminado ou determinado, com subordinação, eventual, ou seja, podendo ocorrer alternância dos períodos da prestação de serviço e de inatividade

Na redação da reforma também prevê, o trabalho intermitente como forma de um contrato em que a prestação de serviços, com subordinação ocasional, ocorrendo de maneira alternada e em períodos de prestação de serviços e de inatividade, este determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador.

Ocorre que a nova regulamentação dada ao texto trabalhista, possui características peculiares e, com isso surgiu uma grande discussão sobre sua constitucionalidade, dessa forma busca-se analisar o texto normativo a fim de compreender a compatibilidade das inovações trazidas com a reforma e os princípios constitucionais e trabalhistas, levantando alguns questionamentos acerca do tema.

O instrumento de coletas de dados para a realização desta análise foi a partir do estudo documental descritivo, uma vez que possui a preocupação de analisar e correlacionar fatores variáveis, envolvendo o Contrato de Trabalho Intermitente e os reflexos sobre os direitos trabalhistas bem como nas relações empregatícias no cenário brasileiro, em Leis, livros, monografias, dissertações, artigos científicos, processos judiciais de controle direto de inconstitucionalidade e matérias jornalísticas, todos direcionados ao tema.

O método escolhido, sem descartar os demais, foi o dedutivo, tendo em vista que a dedução organiza e especifica o conhecimento que já se tem. Foram analisadas as informações para obter um detalhado estudo a respeito da constitucionalidade do Contrato de Trabalho Intermitente previsto na Lei nº 13.467/17.

O cenário da pesquisa se deu no âmbito do Direito Constitucional e Direito do Trabalho a fim de compreender as diretrizes do Contrato de Trabalho Intermitente, no direito do trabalho, descrever suas peculiaridades e os elementos caracterizadores dessa nova modalidade empregatícia.

2 – REFORMA TRABALHISTA

A reforma trabalhista foi um dos assuntos mais comentados da atualidade no Brasil, a redação dos artigos 443, §3º e 452-A e demais parágrafos da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 prevê entre outras mudanças, o “Contrato de trabalho Intermitente”, como aquele que a prestação de serviços, com subordinação, eventual e que independe de atividade do emprego e do empregador, visando, sobretudo, flexibilizar a legislação, incentivar a negociação entre os integrantes da relação laboral e reduzir a judicialização de conflitos.

Inicialmente uma ênfase constitucional na perspectiva subjetiva dos trabalhadores,

quando a Constituição de 1988 arrola os direitos fundamentais de sua titularidade no artigo 7º, cujo *caput* instaura o princípio proteção suficiente na perspectiva do trabalho humano, uma proteção nem excessiva nem deficiente, com direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.

A Reforma Trabalhista foi aprovada com o argumento de que seria uma forma de flexibilizar o mercado de trabalho e ainda simplificar e modernizar as relações entre trabalhadores e empregadores, mudando as regras relativas à remuneração, plano de carreira, jornada de trabalho entre outras.

Os favoráveis às mudanças trazidas pela reforma argumentavam que ela seria a maior esperança de gerar mais empregos. Porém, passado três anos, verifica-se que tais expectativas ainda não se confirmaram, pois a reforma trabalhista, sozinha, não teria a capacidade de melhorar o mercado de trabalho, já que isso deveria estar associado a outros aspectos da economia, que, desde 2014, atravessa um período de baixo crescimento.

Muitas foram as mudanças na vida dos trabalhadores e também dos empregadores, entre elas, o tempo da jornada de trabalho, o descanso, ou seja, o intervalo dentro da jornada laboral, a divisão das férias, a desobrigação da contribuição sindical, a desburocratização do banco de horas, as negociações e acordos coletivos poderão sobrepor a legislação, a possibilidade de perda do seguro desemprego, caso opte por movimentar parte do FGTS, a permissão de homologar a extinção do contrato de trabalho na própria empresa, a permissão de praticar o Home Office (Trabalho em casa), a possibilidade da gestante ou lactante laborar em ambiente insalubre.

Entre todas, uma das inovações que mais chamaram a atenção do mundo jurídico foi

a permissão ao trabalho intermitente, onde o empregador realiza contrato em que o trabalhador recebe por horas válidas. A discussão pelos operadores do direito, gira no sentido de que, neste caso não há relação de emprego em que não é garantido o recebimento mensal do salário mínimo. Cortar o direito fundamental ao salário mínimo como se fosse algo a ser medido em horas ou dias é afrontar a máxima efetividade como princípio inerente,

Para todos entenderem e se acostumarem com o que muda na relação de trabalho entre trabalhadores e empregadores após a Reforma Trabalhista, vai levar algum tempo. Este é um tema que traz muitas dúvidas e conflitos ideológicos e até mesmo jurídicos, o que acaba gerando variadas interpretações e por consequência, estimula o ingresso de várias ações judiciais questionando a sua constitucionalidade e até mesmo sua legalidade. Isso poderá provocar o surgimento de novas jurisprudências e também alterações na já denominada Reforma Trabalhista.

3 – PRINCIPAIS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA PASSÍVEIS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Inúmeros direitos trabalhistas foram profundamente alterados pela Lei 13.467/17, a famosa “Reforma Trabalhista”. A nova lei que entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017 alterou muitas normas legitimadas na CLT. Todavia, já houve alterações adotadas pela Medida Provisória 808, publicada pelo presidente Michel Temer no dia 14.11.2017.

Para os empresários, as mudanças são um avanço e modernizam as relações do trabalho no país, argumentos estes que conforme já descrito, serviram de base para a referida reforma. Para a Confederação Nacional da Indústria (CNI), a reforma valoriza a negociação coletiva e prestigia empresas e trabalhadores, que, poderão dialogar e encontrar soluções pactuadas para suas divergências.

Na contra mão dos empresários, os operadores do direito e as classes representativas dos trabalhadores, não viram as inovações trazidas pela reforma e algumas sem previsão na CLT, com os mesmos olhos, o trabalho intermitente, por exemplo, é uma dessas inovações, a perplexidade causada é que a “nova” modalidade permite que o trabalhador seja pago por período trabalhado (horas ou diária), e mesmo sendo garantido o direito a férias, FGTS, previdência e 13º salário, fica nítido que esta formalização foi concebida para o enfraquecimento dos meios de contratação de trabalhadores com a clara intenção de recheiar as estatísticas, justificar a reforma e assim, fornecer dados para as várias propagandas de aumento do emprego no Brasil.

3.1. A inconstitucionalidade do trabalho intermitente

Posições doutrinárias, jurisprudenciais bem como outros operadores do direito vêm apontando diversas inconstitucionalidades inerentes ao contrato intermitente, modalidade de contrato de trabalho trazida pela Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017).

As críticas gravitam, em geral, nos aspectos de inexistência de jornada de trabalho (violando o art. 7º, inciso XIII, da Constituição Federal); violação da garantia de salário mínimo, inclusive nas formas de remuneração variável (violação ao art. 7º, inciso VII, do Texto Constitucional) e cabimento apenas para as ocasiões em que a própria atividade econômica desenvolvida pelo empregador é intermitente (violação ao artigo 170, *caput* e incisos III, VII e VIII, dispositivos constitucionais relacionados à ordem econômica).

Também importante fazer a abordagem constitucional na ordem econômica, que cuja finalidade é assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social com a busca do pleno emprego (art. 170, CF), bem como na ordem social, cuja base é o primado do trabalho com objetivo de bem-estar social e justiça social (art. 193, CF).

À luz da Constituição Federal de 1988, não há relação de emprego em qualquer hipótese infraconstitucional em que não é garantido o recebimento mensal do salário mínimo. Cortar o direito fundamental ao salário mínimo como se fosse algo a ser medido em horas ou dias é afrontar a máxima efetividade como princípio inerente, afronta à dignidade da pessoa humana porque lhe atribuindo os riscos diários de garantia de um mínimo de subsistência.

Quando o artigo 7º da CF dispõe sobre salário mínimo, ele o faz numa perspectiva de periodicidade mensal para dar previsibilidade à vida dos trabalhadores na realização de suas diferentes atividades diárias (não apenas trabalho, mas também lazer, convivência social e familiar, etc.). Tanto é assim que nenhum benefício que substitua o salário-de-contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado da Previdência Social terá valor mensal inferior ao do salário mínimo (Constituição de 1988, artigo 201, §2º).

Diante do exposto, verifica-se que o contrato intermitente não consagra uma relação de emprego em sua plenitude, ou melhor, não percebe-se uma relação de emprego quando se fala em contrato intermitente.

A Medida Provisória 880/17 chegou à máxima de que, em caso de extinção do contrato intermitente, prever o pagamento pela metade da indenização do período de aviso-prévio e do acréscimo de 40% do FGTS, de ainda limitar o levantamento dos depósitos de FGTS em até 80% e de excluir o direito fundamental ao seguro-desemprego previsto no artigo 452-E da CLT.

Trata-se de direitos fundamentais dos trabalhadores (Constituição de 1988, artigo 7º, incisos I, II e III) que devem ser garantidos e realizados com máxima efetividade e em total consonância com o princípio da igualdade material (Constituição de 1988, artigo 5º, caput, e artigo 7º, incisos XXX a XXXII). Mas a Medida Provisória 880/17 apenas seguiu a mesma lógica inconstitucional da Lei 13.467/17.

Assim, após as polêmicas em torno dos dispositivos da Reforma Trabalhista, que trata do trabalho intermitente, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria questionou junto ao Supremo Tribunal Federal através de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade tais previsões legais, impostas pela Reforma Trabalhista.

No dia 19 de junho, o ministro Edson Fachin, do STF, aplicou à tramitação da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6154 o rito abreviado previsto no artigo 12 da Lei 9.868/1999 (Lei das ADIs), que autoriza o julgamento do caso pelo Plenário do Supremo diretamente no mérito, sem prévia análise do pedido de liminar.

A ADI proposta questiona os artigos 443, *caput* e parágrafo 3º, 452-A e 611-A, inciso VIII, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), introduzidos pela Reforma

Trabalhista. Na ação, a entidade sindical sustenta que a criação de regimes flexíveis desse tipo viola princípios constitucionais como o da dignidade humana e do valor social do trabalho. Em parte do documento inicial, a entidade diz:

O direito do trabalho, pautado nesses princípios, busca delimitar um mínimo existencial que se integra ao patrimônio jurídico do empregado e serve de limite para os avanços e flexibilizações das leis trabalhistas. Há desrespeito ao princípio da igualdade, pois, uma vez que a contratação do trabalho intermitente pode ser utilizada como forma de obter mão de obra a custo muito menor, insere o cidadão em uma relação de trabalho precária. A ausência de garantia de remuneração mínima ao trabalhador quando este não estiver prestando serviços afronta ainda os dispositivos constitucionais que tratam do salário mínimo.

As pessoas precisam trabalhar com dignidade e ter dignidade no trabalho, precisam ser respeitadas por seus patrões com a mesma dignidade que nos garante nossa Carta Magna, uma proteção nem excessiva e nem tão pouco deficiente, com os direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores, garantindo nada mais que seus direitos fundamentais, como a melhoria de condição de vida.

3.2. Fundamentação legal e doutrinária

No Brasil, com essa nova modalidade empregatícia trazida pela reforma trabalhista, os trabalhadores terão a possibilidade de trabalhar, por prazo indeterminado e com vínculo empregatício, realizando trabalhos intermitentes, por tempo curto ou prolongado com um nível de proteção alto.

Segundo os ensinamentos dos doutrinadores Rodolfo Carlos Weigand Neto e Gleice Domingues de Souza (2018, 75):

Contrato de trabalho Intermitente é aquele prestado com periodicidade variável,

compreendendo um período de atividade e um período de inatividade, independentemente do ramo de atuação do empregador.

Os empregos em tempo integral muitas vezes não se adéquam as condições de muitas pessoas, buscando assim o trabalho informal, com a reforma essas pessoas passarão a trabalhar de forma eventual de modo formal, em lojas, shopping centers,

supermercados, clínicas médicas e outras atividades que necessitam de serviços eventuais se adequando a sua condição de vida.

Para os empregadores, que precisam de prestações de serviços casuais, não compensa manter um empregado em tempo integral, durante o período em que não há demanda. Para esses empregadores o contrato de trabalho intermitente permite contratar vários empregados com jornadas de trabalho flexíveis pagando apenas pelo período em que estes trabalham.

Essa modalidade empregatícia, na visão do professor doutor José Pastore (2017), "é a solução para as empresas e pessoas em diferentes situações". Quando por exemplo, idosos que precisam continuar trabalhando, e na falta de trabalho em tempo integral ou em atividades que possam ser feitas a distância são alguns desses casos.

Desta forma as relações de trabalho, onde o trabalhador deve ficar à disposição do empregador durante o tempo determinado, passará a ser circunstancial, havendo da mesma forma a relação de emprego recebendo a remuneração correspondente e adicional legal.

Nessa seara, foi recepcionado pela CLT os artigos 452A e parágrafos e o 443, que trazem alguns requisitos necessários à sua caracterização. O Art. 452-A passou regular a forma de trabalho intermitente e as características específicas para a contratação nesta modalidade, como o contrato de forma escrita especificando o valor da hora trabalhada e que este não pode ser inferior ao valor do salário mínimo.

Assim, verifica-se que no contrato de trabalho intermitente deve seguir alguns preceitos, deverá ser escrito e conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não poderá ser inferior ao valor-horário do salário mínimo ou aquele pago aos demais empregados que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

No parágrafo primeiro deste artigo *in verbis* trata do ponto do chamamento para o serviço, regulamentando o tempo em que, o empregador tem para convocar o empregado, este deve ser de no mínimo 3 (três) dias de antecedência.

No parágrafo segundo, o dispositivo já trata quanto o aceite ou recusa pelo empregado, em um dia útil, da convocação do empregador para prestação de serviços e no parágrafo terceiro a questão da subordinação, alegando que a recusa da convocação não descaracteriza a mesma.

No parágrafo 4º, assenta que aceitando o empregado a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir sem justo motivo, pagará a

outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

Em relação ao justo motivo, este é bem relativo, porém, é pacífico que as faltas que

caracterizam interrupção contratual são as legais, no art. 473 da CLT, os casos de doenças com atestados por médico e outros casos que, segundo usos e costumes justifiquem.

Uma dita “vantagem” para o trabalhador é que em seu período de inatividade poderá prestar serviços a outros contratantes que devem seguir o mesmo critério como descrito no parágrafo 5º do artigo 442-A.

Verifica-se no parágrafo 6º do referido artigo, que ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das parcelas do salário, férias proporcionais com acréscimo de 1/3, décimo terceiro salário proporcionais, descanso semanal remunerado e adicionais legais, com todos os valores discriminados, bem como o recolhimento da contribuição previdenciária e depósito do Fundo de Garantia, cite-se:

Art. 442-A, §6º: Ao final de cada período de prestação de serviço, empregador receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

- I – remuneração;
- II – férias proporcionais com acréscimo de um terço;
- III – décimo terceiro salário proporcional;
- IV – repouso semanal remunerado; e
- V – adicionais gerais.

m “direito” mantido nessa nova categoria de trabalho, é em relação a poder usufruir férias após doze meses subsequentes, período de uma férias, porém a desvantagem é que não poderá ser convocado para prestar seus serviços pelo mesmo empregador, consoante redação do parágrafo 9º, e durante este período não irá receber, pois cada vez que foi convocado por seu empregador ao final já recebeu o valor proporcional.

Dessa forma, passa-se analisar a crítica em relação a esse novo modelo de trabalho, no qual possui uma grande discussão no que tange sua constitucionalidade,

existe uma corrente ideológica que descreve essa modalidade empregatícia, como a que deixam suprimidos os direitos trabalhistas e princípios constitucionais como o da dignidade humana, do valor social do trabalho e da igualdade.

Para Marco Aurélio Serau Júnior as críticas giram, em geral, nos aspectos de:

Inexistência de jornada de trabalho (violando o art. 7º, inciso XIII, da Constituição Federal), na Violação da garantia de salário mínimo, inclusive nas formas de remuneração variável (violação ao art. 7º, inciso VII, do Texto Constitucional) e cabimento apenas para as ocasiões em que a própria atividade econômica desenvolvida pelo empregador é intermitente (violação ao artigo 170, caput e incisos III, VII e VIII, dispositivos constitucionais relacionados à ordem econômica).

A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, entende que de fato, a Lei nº 13.467/17 não suprime, nem poderia suprimir os direitos constitucionais trabalhistas, uma delas é que Lei ordinária, estando, portanto, abaixo da Constituição, mas que todavia, a Reforma Trabalhista, ao fomentar vínculos informais e precários no mercado de trabalho, possibilita o esvaziamento dos direitos previstos, fazendo com que sejam apenas formalmente garantidos, sem quaisquer garantias de sua efetivação em favor dos trabalhadores.

No que se refere ao empregador que deixa de possuir as garantias de jornada de trabalho mínima ou renda mínima, onde o empregado correrá os riscos de receber sua remuneração inferior ao salário mínimo, pois recebe pela quantidade de horas trabalhadas.

Jéssica Muñoz Oviedo (2019) acentua referente ao contrato de trabalho intermitente apesar de oferecer a possibilidade de o trabalhador possuir múltiplos empregadores, ao mesmo tempo, não lhe fornece uma garantia real de que em todos os meses, havendo convocação ou não para o trabalho, haverá um salário capaz de lhe promover o seu sustento. Ou seja, o trabalhador fica à mercê da vontade de seus empregadores para lhe garantir uma forma de sobrevivência.

Nesse sentido afirma Tatiana Freitas Oliveira (2017) que no contrato em comento, pode-se vislumbrar sem maiores dificuldades, a possibilidade de o trabalhador auferir quantia menor, cuja situação não admite o recolhimento de valores que não alcancem esse patamar de partida, a saber, o salário mínimo.

Para a AMJT, a ideia de mínimos jurídicos assegurados por lei, como salário mínimo, repousos semanais e anuais, intervalos intra e entre jornadas, limites de jornada etc., veio a lume para justamente conferir algumas equipotenciais nas

relações entre empregadores e trabalhadores hipossuficientes, evitando assim que prevaleça a condição do mais forte.

Outrossim, Francisco Meton Marques de Lima e Francisco Péricles (2017, pag. 64) entende que o pagamento de direitos como 13º, férias, FGTS e repouso semanal será sempre proporcional as horas trabalhadas, sendo que o trabalhador não terá qualquer garantia de que será chamado pela empresa para trabalhar, nem quando e nem quantas horas, assim, para ele se trata de uma situação de insegurança e risco, esta situação impede o trabalhador ter uma previsão da remuneração quando for recebê-la e assim poder cumprir com suas despesas.

O professor Wagner Balera (BALERA, 2014, p.22) assevera sobre os objetivos da Seguridade Social, embasando sua afirmativa aos princípios da igualdade e da solidariedade:

Combinação da igualdade com a solidariedade – é o sistema jurídico apto a conferir equivalente quantidade de saúde, de previdência e de assistência a todos que necessitem de proteção. O respectivo objetivo, a justiça social, se tornará realidade quando a promoção de bem de todos deixar de ser mero programa.

Rodrigo Perrone (2018) esclarece sobre o tema que o legislador não observou a respeito desta matéria, o Princípio do Mínimo Existencial, ou seja, o dever de garantir ao trabalhador um mínimo para a sobrevivência através do acesso aos benefícios previdenciários.

Francisco Meton Marques de Lima e Francisco Péricles (Lima. Péricles, pag. 62, 2017) mestre e doutor em direito, faz ressalvas importantes sobre essa nova modalidade empregatícia, quanto ao texto que trata do salário desses trabalhadores ele argumenta:

Apesar de Falar em salário mínimo/hora, leia-se “salário mínimo legal ou salário mínimo profissional”, ou seja, fixado por lei ou por negociação coletiva do trabalho, que deve servir de base de cálculo para a remuneração. Quando o empregado pertence a uma categoria que tem piso salarial fixado por lei ou por negociação coletiva, este é o salário desse empregado.

Esclarece o Mestre em direito do trabalho Rodrigo Perrone (2018) que, o Art. 452-A da CLT não se harmoniza com os preceitos constitucionais referentes a Seguridade Social, qual seja, a busca pela justiça social prevista no Art. 3º de nossa Carta Magna.

Isto ocorre porque a dicção do referido dispositivo faz com que o trabalhador desta

modalidade intermitente, nos períodos em que se encontra em atividade seja enquadrado como empregado, situação esta que é afastada durante os períodos de inatividade, no qual não haverá o recolhimento previdenciário.

Para Perrone (2018), a remuneração apenas pelas horas casuais trabalhadas, representa um grande óbice para este trabalhador preencher os requisitos previstos hoje para aposentaria, pois frisa-se o trabalhador não sabe quando ou se irá se ativar e somente após a prestação do serviço serão recolhidas as contribuições previdenciárias.

Pior, como se não bastasse tal situação, na qual o trabalhador não é considerado segurado no período de inatividade, tem prejuízos com relação ao tempo de contribuição diante da ausência de habitualidade na prestação dos serviços o que irá afetar sua aposentadoria, o Governo editou a Medida Provisória n. 808/2017 que dispunha que aquele empregado que recebesse menos que o salário mínimo legal, deveria realizar o recolhimento complementar previdenciário desta diferença, sob pena de não ser considerado como segurado do Regime Geral de Previdência, bem como os valores recolhidos não serem considerados para cumprimento do período de carência.

Essa questão diz respeito aos riscos de o trabalhador não conseguir auferir renda suficiente para atender as necessidades vitais básicas e de sua família como é garantia pela carta magna, abalando os alicerces do Direito, por isso se tornou alvo de muitas críticas pelas associações trabalhistas.

Cabe observar que devido solicitações e pressões de algumas categorias o projeto passou a definir que o trabalho intermitente será proibido em casos de profissões redigidas por leis específicas, como no caso da categoria dos astronautas.

Ademais, Marco Aurélio Serau Junior (2019) entende que quando os segurados que trabalham na modalidade intermitente recolhem contribuições previdenciárias em valor inferior ao salário mínimo ocorre uma situação dúplice:

Quando os segurados que trabalham na modalidade intermitente recolhem suas contribuições previdenciárias em valor inferior ao salário mínimo ocorre uma situação dúplice,

são exigidas as contribuições previdenciárias, visto que o artigo 201 do Texto Constitucional estabelece um modelo previdenciário de filiação compulsória; porém, não lhes será assegurada nenhuma contrapartida em termos de cobertura previdenciária, visto que o requisito do recolhimento das contribuições previdenciárias não está devidamente preenchido.

O pesquisador Kleber Correa da Silveira (2019) esclarece que, a IN 1.867/19, estabelece que o trabalhador intermitente é segurado obrigatório da Previdência. Contudo, para que o tempo de trabalho seja computado no cálculo da aposentadoria, é preciso que o empregado pague a contribuição previdenciária equivalente a um salário mínimo.

Assim, se o funcionário contratado sob regime de trabalho intermitente receber valores inferiores a um salário mínimo, ele pode fazer a complementação da diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário mínimo mensal, para que aquele período trabalhado conte como tempo de serviço.

O professor Mestre e Doutor em Direito Público Fábio Zambitte Ibrahim (2018) aduz que além da iniquidade evidente, não é necessário ser especialista em previdência social para concluir que esse encargo não seria observado, conforme expõe em seu artigo sobre recolhimento previdenciário dos segurados empregados no contrato intermitente:

Um trabalhador sujeito a tal regramento muito raramente aportaria os valores necessários. Não por outra razão os contribuintes individuais, categoria que sempre sofreu dificuldades de inclusão previdenciária, conta com modelo particular de estímulo ao pagamento. O regramento proposto pela Receita Federal do Brasil acaba por ser também contrário a inclusão previdenciária, em franca contrariedade ao art. 201, § 12 da CF/88 ("Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo).

Exemplifica ainda Fabio Zambitte (2019):

[...] ou seja, a legislação explica que para os trabalhadores subordinados os recolhimentos são, sempre, sobre os valores recebidos em virtude do trabalho, na proporção devida. Caso o recebimento tenha sido inferior ao mínimo mensal quando, por exemplo, um empregado tenha laborado jornada parcial, esse período seria computado normalmente, devido à proporção trabalho x remuneração, sem qualquer necessidade de complementação ou perda do tempo de contribuição.

Afirma Perrone (2018), que a inclusão do trabalho intermitente na atual legislação sem qualquer proteção, bem como o fato do Governo não prever suas consequências na seara previdenciária e ainda por cima editar uma Medida Provisória desfavorável ao empregado, demonstra que não se atentou as previsões constitucionais, desrespeitando os princípios balizares do Direito do Trabalho e Previdenciário.

Expõe ainda Perrone (2018) que verifica-se que ocorrem diversos problemas na seara previdenciária com relação ao trabalhador intermitente, tais como acesso aos benefícios em época de inatividade, preenchimento dos requisitos para recebimento dos benefícios previdenciários em razão do labor por hora, captação de recursos dentre outros, o que levará a uma judicialização destas matérias, pelo que caberá ao Poder Judiciário observando os preceitos constitucionais encontrar uma solução para as alterações realizadas pela Lei 13.467/2017.

Para Tatiana Freitas Oliveira (2017), resta demonstrado que existe também instabilidade quando do alcance de direitos trabalhistas e previdenciárias para aqueles trabalhadores intermitentes que não alcancem valor equivalente ao salário mínimo, insegurança esta, que ficou acentuada com a perda da validade da Medida Provisória 808/2017, como explanado em momento oportuno, assevera ainda:

Desse modo, acarreta a insegurança jurídica para aqueles que estiverem figurados na situação ora exposta, já que inexistente legislação que os alcancem até o presente momento, podendo refletir no aumento de trabalhos informais. Indo de encontro com o objetivo da positivação do contrato intermitente, uma vez que existe uma lacuna normativa para orientar como deverá ser a situação previdenciária desses trabalhadores.

Dessa forma, ainda nas palavras de Freitas Oliveira (2017), para evidenciar umas das grandes polemicas que nasceram junto a nova legislação referente ao tema:

Assim, entende-se pela falta de estabilidade jurídica dos trabalhadores intermitentes, haja vista não existir norma que regularize a situação dos trabalhadores que não alcancem o salário mínimo, impossibilitando a sua qualificação como segurado do Regime Geral da Previdência Social, frustrando qualquer percepção de benefícios previdenciários.

Portanto, é possível concluir que o contrato de trabalho intermitente, que inovou com o novo texto legal para amparar as relações empregatícias que já se mostravam presentes que, todavia, ocorriam de maneira informal, como “bico”, trouxe à tona grandes problemáticas, frente aos reflexos positivos e também negativos, nos âmbitos trabalhistas e previdenciários, bem como o conflito com os princípios que regem o Direito do Trabalho.

4 – PRINCÍPIOS PRÓPRIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Antes de adentrar na discussão dos princípios trabalhistas e constitucionais trabalhistas, se faz necessário detalhar a ideia de hierarquia de normas, uma vez que a aplicação de alguns princípios relativiza essa verticalização, bem como compreender o que são, de fato, princípios e suas funções no ordenamento jurídico e, especificamente no Direito do Trabalho.

No que diz respeito à hierarquia normativa, tem-se, desde Kelsen, que a Constituição Federal ocupa o ápice do ordenamento jurídico, seguida das emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, decretos legislativos e regulamentos.

A hierarquia normativa deve ser respeitada quando da aplicação das normas. No entanto, no Direito do Trabalho, devido a sua essência protetiva, é possível a aplicação de uma norma inferior hierarquicamente, se esta se faz mais favorável ao trabalhador.

Essa referida essência protetiva de relativização da hierarquia normativa em prol do trabalhador se justifica justamente pela aplicação dos princípios de proteção ao trabalho, consolidados da CLT e amparados pela Constituição Federal de 1988.

Quanto aos princípios, estes são mandamentos nucleares do ordenamento, e possuem alto grau de generalidade e a escolha da aplicação de um não elimina o

outro. Aqui se aplica a ponderação, em vez de a regra do tudo ou nada. Nas lições de Maurício Godinho (2016):

Para a Ciência do Direito os princípios conceituam-se como proposições fundamentais que informam a compreensão do fenômeno jurídico. São diretrizes centrais que se inferem do sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o. (Delgado, 2016 pp. 191-192).

Assim, é possível inferir a existência de modalidades de princípios por exemplo, os princípios gerais do direito, os princípios constitucionais e os princípios específicos do Direito do Trabalho. Todos eles possuem funções relevantes na aplicação das normas, como por exemplo: a integração (quando há lacuna na lei), a interpretação (para apurar o real sentido e alcance das normas) e a inspiração (ao legislador quando da edição de novas normas).

O Direito do Trabalho possui princípios norteadores próprios, ancorados na nossa Constituição Federal, haja vista, esta ser filtro de validade de todo ordenamento jurídico. É exatamente aqui que inicia o objetivo maior deste estudo, refletir justamente sobre os princípios específicos trabalhistas e sua correspondência constitucional em contraste com o que fora regulamentado pela Reforma trabalhista.

Segundo o ministério de Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2015):

O Direito do Trabalho apresenta princípios próprios, reconhecidos pela doutrina e aplicados pela jurisprudência, quais sejam: o **princípio da proteção**, o **princípio irrenunciabilidade**, o **princípio da primazia da realidade**, e o **princípio da continuidade da relação de emprego**. (GARCIA, 2015 p. 53).

Verifica-se mais uma vez, que os princípios são verdadeiros norteadores para uma regulamentação jurídica, isto é, são critérios para ação e, também, constituição de normas jurídicas, visando unificar o sistema de normas. Em resumo, são diretrizes básicas a serem seguidas.

Com a reforma trabalhista, muitos artigos sofreram modificações, e com estas mudanças, muitos passaram a questionar se a nova lei não estava minorando o princípio da proteção ao trabalhador, já que houveram significativas alterações na concessão da assistência judiciária gratuita, redução da delegação de autoridade e poder do sindicato, na possibilidade de condenação em honorários de sucumbência e demais artigos. Assim grande embate e receio preocupam os trabalhadores que

precisam e querem demandar pelas vias judiciais. Eis que dentre alguns juristas, surgiu o questionamento: “a reforma trabalhista vem a diminuir os direitos protetivos dos trabalhadores? ”.

Portanto, uma ideia que deve ser fixada, **princípios têm força normativa**, pode estabelecer o comportamento a ser adotado em determinado caso, mas é necessário analisar também o desdobramento do princípio da proteção, vejamos os principais princípios basilares do Direito do Trabalho e sua releitura.

4.1 - Princípio da Irrenunciabilidade das garantias legais do trabalhador

Esse princípio constitui a essência do próprio Direito do Trabalho e visa à proteção da parte hipossuficiente da relação jurídica trabalhista, buscando o equilíbrio dessa relação e o cumprimento da igualdade substancial. Está, sobremaneira, alicerçado no art. 7º da CF, e se desdobra no:

a) ***In dúbio pro operário*** – de onde se infere que quando uma norma sugere diversas interpretações que põem em dúvida o aplicador sobre qual delas deve aplicar, deve-se sempre beneficiar o trabalhador;

b) **Aplicação da norma mais favorável** – sempre que se dispuser, diante do aplicador do direito, diversas normas que possam ser usadas no mesmo caso, deve o aplicador utilizar aquela mais favorável ao trabalhador, **com a Reforma, as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho.**

c) **Condição mais benéfica** – assegura-se aqui a manutenção dos direitos mais vantajosos ao trabalhador, quando da mudança posterior do contrato de trabalho. Aqui vige o princípio do direito adquirido.

4.2 - Princípio da Irrenunciabilidade

Entende-se ao fato de as normas trabalhistas serem de ordem pública e de natureza cogente, não podendo as partes derogá-las em atendimento a sua vontade. Como as normas trabalhistas visam conceder a tutela do trabalhador, estas não podem ficar a cargo da autonomia da vontade. Visam, por exemplo, evitar que o empregador exija a renúncia de certos direitos por parte do empregado, para assim conseguir o emprego. Este princípio obtém assento constitucional no art. 9º da CF e amparo legal no art. 444 da CLT;

a) **Irreduzibilidade salarial:** veda-se a redução (diminuição) dos salários dos trabalhadores, exceto por convenção ou acordo coletivo (artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal). Portanto, para que essa redução

salarial seja válida, há necessidade da participação do sindicato dos trabalhadores. Com a Lei nº 13.467/2017, caso venha a ser pactuada cláusula que reduza o salário do empregado, deverá haver garantia de que ele não será dispensado sem justa causa no prazo de vigência do instrumento coletivo, nos termos do novo art. 611- A, § 3º, incluído pela Reforma Trabalhista: **Art. 611-A, § 3º da CLT:** Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

- b) **Princípio da intangibilidade salarial:** Vedam-se descontos no salário, exceto nos casos previstos em lei ou norma coletiva. Esse princípio protege o trabalhador contra seus próprios credores, pois o salário é, em regra, impenhorável.

4.3 - Princípio da primazia da realidade

O que se busca na apuração da relação jurídica de trabalho é a verdade real dos fatos. Não importa a eventual forma como foi construído um fato, mas sim como ele efetivamente ocorreu no plano concreto. Esse princípio norteia, por exemplo, as questões pertinentes ou não a existência de um vínculo empregatício. Nesses casos, vigora o “contrato-realidade” desde que estejam presentes os requisitos dos art. 2º e 3º da CLT. Este princípio ancora no art. 6º da CF, como garantia de acesso ao direito social do trabalho.

4.4 - Princípio da inalterabilidade contratual lesiva

É vedada qualquer alteração contratual que seja lesiva ao empregado, mesmo com consentimento deste (artigo 468, *caput*, da CLT). Conforme previsto no art. 2º da CLT, os riscos do empreendimento são suportados exclusivamente pelo empregador, não sendo permitido a ele dividir os prejuízos com seus trabalhadores. Com a criação do trabalho intermitente, a nova modalidade de contrato de trabalho que é caracterizada pela alternância entre períodos de prestação de serviços e de inatividade, o trabalhador somente prestará os serviços quando convocado por seu empregador. Assim, os riscos do empreendimento passam a ser suportados inclusive pelo trabalhador, pois o empregado não trabalhará e, portanto, não receberá seu salário em momentos de dificuldade financeira da empresa.

4.5 - Princípio da continuidade da relação de emprego.

Este visa à preservação do contrato de trabalho, uma vez que objetiva conferir, segurança ao trabalhador, tanto do ponto de vista econômico quanto dos outros direitos sociais. Relaciona-se, por exemplo, à proibição da despedida arbitrária, ancorada no inciso I, do art. 7º da CF.

Além desses, cabe ressaltar que a doutrina ainda informa outros princípios ao Direito do Trabalho, porém não específicos deste ramo jurídico, mas pertencentes ao ordenamento jurídico como um todo, a saber: **a boa fé, a razoabilidade e a proporcionalidade.**

De modo geral, é importante frisar que todos esses princípios trabalhistas acabam por desembocar basicamente em dois dos fundamentos dos quais se constitui o Estado Democrático de Direito no Brasil, a saber: **a dignidade da pessoa humana** e os **valores sociais do trabalho** e da **livre iniciativa**, respectivamente expostos nos incisos III e IV, do art. 1º, da CF.

Verifica-se que o princípio básico de regimento do Direito do Trabalho sempre foi a proteção ao trabalhador. Uma preocupação, em nivelar as desigualdades. Dentre outras, o contrato de trabalho é uma das ferramentas utilizadas por esse direito para garantir a dignidade e o mínimo ao trabalhador.

Nesse sentido, à luz do princípio da continuidade da relação de emprego, o contrato de trabalho, por via de regra geral, é realizado mediante prazo indeterminado. O contrato que foge a essa regra, acaba sendo prejudicial ao trabalhador, de modo a não o inserir na empresa, não trazer o comprometimento total do empregado, haja vista a insegurança vivida por esse.

Entretanto, a Reforma Trabalhista cuidou de inserir na legalidade brasileira, diversos contratos de trabalho que relativizam os princípios aqui citados, como as novas redações dos artigos 443 e 452-A da CLT, que criam a modalidade de contrato conhecida como “contrato intermitente”. Permitindo ao empregador quando da sua conveniência, a convocação do trabalhador exercer função, em jornada diferenciada, móvel.

O trabalhador nada ganha pelo tempo em que passa a disposição da empresa (aguardando chamamento) e é deixado à imprevisibilidade de um real ganho a mais. Essa proposta limita o empregado que possuirá maior dificuldade de fazer o malabarismo de vários empregadores, isto é, se esse quiser um salário digno e mínimo para sobrevivência, como possuía antes da Reforma.

Ressalte-se que, conforme demonstrado, as alterações trazidas pela lei da reforma trabalhistas representam diversas transgressões e afronta a Constituição e aos princípios basilares do Direito do Trabalho, pois limitam a fruição dos direitos sociais fundamentais.

5 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O controle de constitucionalidade no sistema brasileiro, na Constituição de 1824 em nada se assemelha ao modelo atual, a influência sofrida pelo direito francês e inglês, passou a

atribuição de criar leis, interpretar, suspender e até revogar ao Poder Legislativo.

Era assegurado ao Chefe de Estado a função de velar pela manutenção da independência equilíbrio e harmonia dos demais poderes. Esse poder de coordenação exercida pelo Imperador, impossibilitou o exercício da função de fiscalização constitucional pelo Poder Judiciário.

Sob a influência do direito norte-americano, na Constituição de 1891, iniciou-se um novo modelo de técnica de controle de constitucionalidade de ato normativo ou lei exercida por qualquer juiz ou tribunal, observando as regras de competência. Criando assim, o controle difuso de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. E assim no decorrer dos anos e evolução dos tempos, após sofrer várias influências externas até os dias atuais o controle de constitucionalidade teve várias fases até chegar no atual modelo.

No Brasil de hoje, a Constituição cidadã de 1988, ampliou consideravelmente os mecanismos de proteção judicial e ampliou o controle de constitucionalidade das leis, o controle de constitucionalidade é exercido e praticado pelos três poderes da República Brasileira em suas variadas formas. O Poder Legislativo e o Executivo exercem um controle de maneira preventiva de constitucionalidade. Utilizando as Comissões de Constituição e Justiça que analisam a legalidade e legitimidade do projeto de lei em face da Constituição através do veto jurídico ao projeto já aprovado pelo então Poder Legislativo.

Já no Poder Judiciário é realizado o controle repressivo, ou seja, verifica-se a constitucionalidade de uma lei depois de aprovada pelo Legislativo e então sancionada pelo Poder Executivo.

Com a finalidade de garantir a harmonia e compatibilidade do ordenamento jurídico, o fundamento do controle de constitucionalidade decorre da existência de uma lei maior superior às demais normas jurídicas existentes no país, numa ideia de supremacia, domínio da Constituição escrita. A constituição brasileira adotou o sistema misto para realizar o controle de constitucionalidade. Os controles difuso ou abstrato e o concentrado, ou seja um sistema misto de controle.

A polêmica em torno da Reforma trabalhista como já descrito, ocasionou questionamentos quanto a sua constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal através de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade no que tange o trabalho intermitente, vista pelas entidades de classe e por vários operadores do direito, como

uma forma de serviço prestado de maneira esporádica, como um contrato e modalidade de trabalho atípico, uma verdadeira exceção ao contrato formal de trabalho, uma vez que não prevê um horário fixo nem de jornada de trabalho a ser cumprida, seja diária, semanal ou mensal.

São diversas as ADI'S ajuizadas por entidades como a Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio (CNTC), questionando a criação do contrato de trabalho intermitente, entre elas a ADI 5950, onde defendem que o novo modelo coloca o trabalhador à disposição do empregador e recebendo tão somente pelo período efetivamente trabalhado, contrariando o previsto no artigo 4º da CLT, levando à "precarização do emprego", com a redução de direitos sociais e ofensa aos direitos fundamentais. Aponta como feridos o princípio da dignidade humana, da finalidade constitucional da melhoria da condição social do trabalhador, da garantia do salário mínimo, da função social do trabalho e da fixação de jornada de trabalho e de pagamento de horas extras, entre outros.

O relator da referida Ação, Ministro Edson Fachin, além desta, analisa outras três ADI'S, contra este ponto específico da Reforma Trabalhista, são elas as Ações Diretas de Inconstitucionalidades nº 2506, 5826 e 5829. O respeitável Ministro reacendeu no setor privado incertezas sobre o futuro da reforma em si. E, em um momento em que são esperadas novas reformas estruturais, o debate também retoma os questionamentos sobre os limites da atuação do Judiciário em bloquear ou alterar leis e reformas aprovadas (ou planejadas) pelo Congresso e Executivo.

A discussão sobre o propósito dos potenciais ajustes que fará o STF sobre a Reforma Trabalhista rapidamente foi extrapolada para o debate mais amplo sobre o poder do Supremo em barrar medidas impopulares, em tese, o Supremo Tribunal Federal sempre teve o poder de declarar inconstitucional uma política pública, aí incluídas reformas.

Assim, com base neste controle de constitucionalidade poderá o STF declarar, a inconstitucionalidade de uma norma ou lei, conforme os parâmetros seja a Constituição Federal ou a Estadual, uma vez que sua função institucional fundamental é de servir como guardião da Constituição Federal de 1988, apreciando casos que envolvam lesão ou ameaça a Carta Magna Federal.

6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer dos estudos realizados e na elaboração deste artigo, verificou-se que o contrato de trabalho intermitente inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Reforma Trabalhista, em muito modificou-se da referência que parece ter sido utilizada pelos legisladores. Tendo como norte a onda neoliberal que invadiu

o país, estes precarizou os direitos constitucionalmente assegurados aos trabalhadores e colocou sobre eles a solidariedade do risco da atividade empresarial.

Os efeitos do contrato de trabalho intermitente, para longe daqueles amplamente ventilados por seus ferrenhos defensores, passará longe da geração de empregos e culminará na massiva relativização das relações de emprego, vez que, em que pese o contrato ser dotado de características de uma relação de emprego, não atrai os mesmos deveres patronais.

Dentre as desvantagens do contrato de trabalho intermitente, destaca-se o seu caráter de intermitência. O fato da legislação delegar ao empregador a possibilidade de escolher os períodos nos quais há demanda acaba gerando uma incerteza para o empregado, uma vez que não há previsão de quando este será convocado para o trabalho, prejudicando, assim, o seu planejamento econômico a longo prazo.

Além dos impactos físicos, a incerteza quanto à jornada desemboca no descontrole da própria rotina do trabalhador. Isso gera imediato impacto na organização de sua vida social, familiar, assim como na própria vida profissional, devido ao trabalho excessivo e à jornada imprevisível, dificultando a possibilidade de capacitação via cursos de aperfeiçoamento, treinamentos e acúmulo de novos conhecimentos. Tudo isso pode desencadear doenças psíquicas como depressão, ansiedade e até perda de interesse em demais aspectos da vida. De novo, uma questão de saúde pública.

É importante dizer, que permitir que o trabalho seja executado desta forma, sem uma garantia de salário mínimo mensal e sem previsibilidade de período mínimo de trabalho é igualar o empregado ao autônomo, repassando ao trabalhador todos os riscos do contrato.

Da mesma forma, as previsões infraconstitucionais que regem a modalidade de contrato, são visivelmente inconstitucionais e as infringem como já apontados e descritos em tópicos prévios.

Portanto, diante toda a pesquisa realizada, encontramos uma inconstitucionalidade dos arts. 443, §3º e 452-A da Lei nº 13.467/2017, cujas previsões aparentam as mesmas vividas durante as duas primeiras fases da Revolução Industrial, onde o trabalhador era apenas um número, e a única preocupação era a rentabilidade do negócio.

7 . REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANAMATRA. Associação Nacional Dos Magistrados Da Justiça Do Trabalho. **REFORMA TRABALHISTA: ASSOCIAÇÕES DIVULGAM NOTA TÉCNICA SOBRE O PLC 38/17.** Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/25376-reforma-trabalhista-associacoes-divulgam-nota-tecnica-sobre-o-plc-38-17>. Acesso em: 28 de agosto de 2019.

BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social.** 7ª Edição. São Paulo. LTr, 2014.

BRASIL. República Federativa do. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 de agosto de 2019.

BRASÍLIA, Senado Federal. **LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 17 de janeiro de 2020.

_____, Supremo Tribunal Federal de. **Supremo recebe nova ação contra trabalho intermitente previsto na Reforma Trabalhista.** Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/583410861/supremo-recebe-nova-acao-contra-trabalho-intermitente-previsto-na-reforma-trabalhista>. Acesso em: 05 de maio de 2020.

CALDAS, Edson. **REFORMA TRABALHISTA: COMO FUNCIONA O TRABALHO INTERMITENTE.** Disponível em: <http://epocanegocios.globo.com/Carreira/noticia/2017/07/reforma-trabalhista-como-funciona-o-trabalho-intermitente.html>. Acesso em: 20 de agosto de 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Reforma trabalhista: entenda o que é contrato intermitente.** LFG,

2017. Disponível em: [https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/reforma-trabalhista-](https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/reforma-trabalhista-entenda-o-que-e-contrato-intermitente)

[entenda-o-que-e-contrato-intermitente](https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/reforma-trabalhista-entenda-o-que-e-contrato-intermitente). Acesso em: 12 setembro de 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 15 ed. São Paulo: LTr, 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho.** 7ª ed.rev.atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **O RECOLHIMENTO PREVIDENCIÁRIO DOS SEGURADOS EMPREGADOS NO CONTRATO INTERMITENTE.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Previdencialhas/120,MI291564,11049+recolhime>

nto+previdenciario+dos+segurados+empregados+no+contrato Acesso em: 05 de fevereiro de 2020.

*JOÃO, Paulo Sérgio. **TRABALHO INTERMITENTE: NOVO CONCEITO DE VÍNCULO DE EMPREGO.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-22/reflexoes-trabalhistas-trabalho-intermitente-conceito-vinculo-emprego2> Acesso em: 05 de fevereiro de 2020.*

LIMA, Francisco Meton Marques de. PÉRICLES, Francisco. **REFORMA TRABALHISTA: ENTENDA PONTO POR PONTO.** São Paulo: LTr Editora. Edição: 2017.

OLIVEIRA, Tatiana Freitas Oliveira. **OS REFLEXOS PREVIDENCIÁRIOS DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE INSERIDO PELA REFORMA TRABALHISTA.** Disponível em: <https://www.unibalsas.edu.br/wp-content/uploads/2017/01/TCC-Tatiana.pdf> Acesso em: 10 de outubro de 2019.

*OVIEDO, Jéssica Muñoz. **NOVO REGIME DO CONTRATO INTERMITENTE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DOS PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO DO TRABALHO.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/novo-regime-do-contrato-intermitente-a-luz-da-constituicao-e-dos-principios-basilares-do-direito-do-trabalho-2/> Acesso em: 10 de março de 2020.*

PASTORE, José. **O TRABALHO INTERMITENTE.** Disponível em: <https://noticias.portaldaindustria.com.br/artigos/jose-pastore/o-trabalho-intermitente/>. Acesso em: 12 de março de 2020.

PERRONE. Rodrigo. **O INTERMITENTE E SEUS REFLEXOS NO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO.** Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52208/o-intermitente-e-seus-reflexos-no-sistema-previdenciario>. Acesso em: 05 de março de 2020.

RECONDO. Felipe. **A reforma trabalhista e o poder do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.granadeiro.adv.br/clipping/doutrina/2018/06/18/reforma-trabalhista-poder-do-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 05 de maio de 2020.

SERAU JR. Marco Aurélio. **NOTAS SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO CONTRATO INTERMITENTE.** Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/02/07/notas-sobre-a-inconstitucionalidade-do-contrato-intermitente/> Acesso em: 28 de fevereiro de 2020.

SILVEIRA, Klebr Correa da. Contrato de trabalho intermitente: Receita Federal regulamenta a contribuição à previdência. Disponível

em <https://www.migalhas.com.br/depeso/298202/contrato-de-trabalho-intermitente-receita-federal-regulamenta-a-contribuicao-a-previdencia>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2020.

STRECK, Lênio Luiz. **Reforma trabalhista**: contrato intermitente é inconstitucional. *Conjur*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-04/streck-reforma-trabalhista-e>

contrato-intermitente-inconstitucional. Acesso em: 05 de janeiro 2020.

WEIGAND. Neto, Rodolfo Carlos. SOUZA. Gleice Domingues de. **REFORMA TRABALHISTA: IMPACTO NO COTIDIANO DAS EMPRESAS**. São Paulo. Trevisan Editora. Edição: 2018.

NOTAS:

[1]Mestranda em Direito Constitucional Econômico. Especialista em Direito Previdenciário, Direito e Processo do Trabalho. Professora de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins. Advogada. E-mail: flavia.schadong@p.catolica-to.edu.br.

SUPRESSÃO DO ABUSO DE DIREITO COM O ADVENTO DA REFORMA TRABALHISTA

MATHEUS AUGUSTO: Graduando no curso de Direito pela Universidade Brasil, Campus Fernandópolis

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadora: Prof. Me. Janaina Guimarães Mansilia e Prof. Marcia Kazume Pereira Sato.

RESUMO: O abuso do direito consiste nas ações de indivíduos que procuram prejudicar terceiros sem que realmente tenham o direito que afirmam ter. O objetivo deste trabalho é evidenciar quais aspectos foram mudados com o advento da reforma trabalhista, e a conseqüente supressão deste abuso que era constante, ainda adentrando na forma como o empregado era visto na seara trabalhista em demandas judiciais. E ainda a mudança de proteção (ou igualdade) frente ao empregador, como casos de litigância de má-fé, onde o litigante se pautou em fatos falsos, tem objetivo ilegal ou interpõe recursos protelatórios, acordos extrajudiciais e negociações coletivas, conferindo um poder maior de diálogo às partes. E também não compulsoriedade da contribuição sindical, fazendo com que o membro contribua quando de fato se sinta protegido, e os honorários de sucumbência, onde o sucumbente deverá pagar o advogado da parte contrária caso seus pedidos sejam julgados improcedentes, portanto destacando que tais medidas foram positivas no âmbito trabalhista.

Palavras-chave: Abuso de direito; Supressão; Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: The abuse of this right is through the actions of individuals who seek to harm others unless you really have the right they claim to be. The purpose of this paper is to demonstrate which aspects have been changed, with the arrival of the reform of the labor market, and the consequent abolition of this abuse was constant, still reaching out in the way that the employee was seen in the field of labor in the lawsuits, and the change of the guard (or equal) in relation to the employer, as in the cases of the litigation of the bad faith, where the defendant comply with certain on the false facts, has the goal of is illegal, or brings resources to delaying, settlements, and the right to collective bargaining, giving a greater power of dialogue for the parties, it is not compulsiveness contribution to the union, thus causing the member to contribute when, in fact, feel protected, and the attorney fee awards where the

sucumbente will have to pay the lawyer by the opposing party in case their claims are dismissed, thus showing that these measures were positive in the workplace.

Keywords: The abuse of the right; Supression; The reform of labour.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. METODOLOGIA. 3. RESULTADOS DE PESQUISA. 3.1. Histórico do Direito do Trabalho. 3.2. Empregado. 3.2.1. Espécies de empregado. 3.2.1.1 Empregado urbano. 3.2.1.2. Empregado doméstico. 3.2.1.3. Empregado rural. 3.3. Direito dos empregados contidos na Constituição Federal de 1988. 3.4. Reforma Trabalhista e seus efeitos. 3.4.1. Do acesso ao judiciário. 3.4.2. Honorários Sucumbenciais. 3.4.3. Negociação coletiva. 3.4.4. Contribuição sindical. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O direito é constituído pela justiça, onde em seu estado natural, o homem tem o Estado como protetor, e deve ter assegurado que condutas como ter, dispor, ir e vir, sejam asseguradas. Abuso, por sua vez, é algo inadequado, em excesso, que contraria bons costumes. Encaixa-se assim o abuso do direito como uma atitude inadequada pela qual alguém afirma ter algo que de fato não lhe é assegurado.

A Consolidação das Leis do Trabalho regimenta as relações trabalhistas, além de um rol previsto na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, o intuito deste artigo é demonstrar quais mudanças e consequências vieram com o advento da Reforma Trabalhista, tendo como principal objetivo coibir o abuso de direito, em situações punitivas como no caso da litigância de má-fé, ou até mesmo em situações que dão maior liberdade aos sujeitos das relações trabalhistas, como a negociação coletiva, tornando-se assim uma medida necessária e que apresentou diversos pontos positivos.

2. METODOLOGIA

Neste trabalho serão utilizados métodos de análise literária, análise de legislação, de entendimento dos tribunais superiores, periódicos, matéria jornalística e demais materiais bibliográficos.

A princípio será feita uma conceituação sobre o que é o direito do trabalho e como se deu o seu surgimento, passando ainda à um dos sujeitos existentes na relação trabalhista, no caso os empregados, e suas espécies.

Para desenvolver o estudo, será feita uma análise dos Direitos dos trabalhadores previstos na Constituição Federal de 1988 e comparação com as eventuais mudanças com o advento da Reforma Trabalhista do ano de 2017.

O ponto chave deste trabalho é evidenciar como a reforma trabalhista coibiu o abuso de direito por parte dos empregados, trazendo assim, mudanças significativas, e proporcionando uma relação igualitária entre empregado e empregador, com proteção à ambos, de modo a validar a metodologia de pesquisa utilizada.

3. RESULTADOS DE PESQUISA

O direito do trabalho trata-se de um ramo jurídico especializado, que regula princípios, regras e institutos relativos à relação empregatícia de trabalho, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas, além de outras relações laborais especificadas (DELGADO, 2019).

De tal forma, a expressão de direito do trabalho abrange uma relação de subordinação entre empregado e empregador, e este instituto visa dar proteção legal e igualitária a ambas as partes.

Nesse sentido:

Sinteticamente, o Direito do Trabalho abrange todo e qualquer empregado (embora a categoria doméstica seja absorvida neste ramo jurídico mediante normatividade especial e restritiva). Abrange ainda determinados trabalhadores que não são empregados, mas que foram legalmente favorecidos pelo padrão geral da normatividade trabalhista (DELGADO, 2019, p.54).

Observa-se pois, que como todo o Direito, o Direito do Trabalho busca assegurar o seu valor teleológico, isto é, cumprir o seu fim principal na sociedade, que é a melhoria e fiscalização dos pactos trabalhistas e direitos concernentes à sua matéria. Nesta relação de melhoria e fiscalização na seara trabalhista, nem sempre as normas têm efetividade, e para isso surgiu a Reforma, para que a lei fosse igualitária para todos e respeitada.

3.1 Histórico do Direito do Trabalho

Desde a antiguidade existe o trabalho, e se evoluiu muito para se chegar a situação atual. O homem precisava caçar, defender seu território, sustentar sua família, e em virtude disso alguns indivíduos se sobressaiam, tinha mais terras, e a partir daí surgiu uma relação de subordinação para que outros fizessem o trabalho por estes.

Primeiramente o sentido de trabalho remetia-se a uma atividade penosa, de dor, sofrimento, em virtude dessa relação de subordinação começar com o período de escravidão, onde os empregadores exerciam um direito de propriedade sobre outro ser humano, em condições precárias e os tratando como mera mercadoria.

Ademais, passou-se para o período tido como pré-industrial, onde agora não mais exerciam os empregados trabalho de forma individual, e sim concentrados em grandes fábricas, ocasionando profundas transformações sociais e econômicas.

Essa espécie conscientização coletiva despertada pelo instinto de autoproteção, levou a profundas modificações, e consequente emergência de outros processos revolucionários, promovida pelo proletariado contra a burguesia, transformando os empregados de servos à operários assalariados, sendo os recém-libertos vendedores de si mesmos (MARTINEZ, 2019, p.25).

Apesar de ter acontecido uma melhora significativa da revolução industrial em relação ao período de escravidão, o liberalismo econômico e a não intervenção do Estado fizeram com que uma questão social fosse levantada para que fosse solucionada a exploração dos operários, e verificada a desigualdade econômica entre as partes da relação de trabalho.

O Estado então deixou-se de permanecer inerte, e passou a intervir na ordem econômica e social, e ainda a criou normas coativas para solução de tais conflitos. Houve uma limitação das partes, mecanismos de proteção e finalmente a igualdade jurídica em que se pauta o Direito do Trabalho.

No Brasil, é considerado como marco a década de trinta, onde Getúlio Vargas criou o Ministério de Trabalho, Indústria e Comércio. Daí em diante, foram criados vários decretos, mas somente em 1943 foi criada a Consolidação das Leis do trabalho.

Alvo de muitas modificações, dentre elas em virtude da Constituição Federal de 1988, a Consolidação das Leis do trabalho sofreu a sua mais ampla e significativa em 13 de julho de 2017, com o advento da Lei 13.467.

3.2 Empregado

O sujeito que a Consolidação das Leis Trabalhistas procura dar maior proteção é o empregado. Diz o art. 3º da CLT:

Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

“Empregado, é somente a pessoa física que tem o ânimo de emprego e trabalha subordinadamente e de modo não eventual para outrem, que em contraprestação lhe paga salário.” (NASCIMENTO, 2018).

Pessoa física entende-se por aquela que é pessoa natural, não podendo, portanto, ser empregado uma pessoa jurídica.

Pessoalidade diz respeito ao trabalhador que não poderá ser substituído por outro na execução dos seus serviços.

Não eventualidade incentiva a permanência indefinida do vínculo de emprego.

Onerosidade, ou seja, a remuneração do empregado, diz respeito à uma espécie de contraprestação dos serviços prestados.

Subordinação significa que o empregado está adstrito ao poder do empregador.

Observa-se necessário concomitantemente a presença de todos os requisitos citados, que ela seja privada e estatutária, ou seja, proveniente de um contrato de trabalho.

De tal forma, alguém de qualquer condição pessoal pode ser empregado, seja brasileiro ou estrangeiro, homem ou mulher, maior ou menor de idade, observado somente em certos casos algumas peculiaridades.

3.2.1. Espécies de empregados

3.2.1.1 Empregado urbano

O conceito de empregado urbano é o que se extrai do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho e fora conceituado na definição de empregado, diferenciando-o, na prática, como o que não se enquadre na definição de empregado rural ou doméstico.

3.2.1.2. Empregado doméstico

Entende-se por empregado doméstico aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, conforme dispõe o art. 1º da LC 150/2015.

Com o passar do tempo teve a sua ramificação de direitos ampliada, apesar de ainda não ser destinatário de todos os direitos do empregador rural e urbano.

Não basta ser só pessoa física, sendo necessária a idade de 18 anos.

Uma importante reforma foi capaz de ampliar ainda mais os direitos dos trabalhadores domésticos: a Emenda Constitucional nº 72/2013.

Essa reforma foi conquistada graças a tão conhecida PEC das domésticas como uma proposta de emenda à constituição que garantiu diversos benefícios que ainda não tinham sido alcançados pelos trabalhadores domésticos e os igualava aos demais trabalhadores urbanos e rurais. Dentre os direitos que foram alcançados estão: a definição da jornada de 8h diárias, hora extra, salário mínimo, intervalo para refeições, indenização em casos de demissão sem justa causa, dentre outros. Mesmo com a emenda, muitos desses direitos ficaram pendentes, faltando regulamentação específica para eles, problema que foi resolvido em 2015, com a nova lei dos empregados domésticos: a Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015.

3.2.1.3. Empregado rural

A lei 5.889/73 define quem são o trabalhador e o empregador rural:

“Empregado rural é toda pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços de natureza não-eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário”.

No que cerne a diferença entre prédio rústico e propriedade rural:

O que importa mesmo é a natureza da atividade empresarial. Assim, será rurícola o lavrador que cultiva uma horta em pleno centro de São Paulo; e urbano o empregado de um armazém no mais perdido dos sertões. (Barros, 1994, p. 293-294).

Depreende-se que o que de fato importa para a classificação de um empregado como rural ou urbano, é a condição de seu empregador, sendo este rural, será considerado rural o empregado independentemente dos seus métodos de trabalho e dos fins das atividades em que se envolve.

3.3 Direitos dos empregados contidos na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, prevê em seu artigo 7º os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, e alguns direitos relativos aos trabalhadores domésticos. Este artigo conta atualmente com 34 incisos.

Um deles trata da relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

É considerada uma demissão arbitrária ou sem justa causa aquela que o empregador decide rescindir o contrato de trabalho sem motivo, passando assim a ter que cumprir várias obrigações perante o empregado.

Ademais, temos o seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário.

O seguro desemprego é um benefício oferecido ao trabalhador caso ele não tenha dado causa ao término da relação empregatícia, e é pago geralmente pelo período de 3 a 5 meses.

Outro direito é o fundo de garantia do tempo de serviço.

O chamado FGTS é concedido para que o trabalhador tenha uma espécie de proteção contra a demissão sem justa causa, onde os empregadores depositam em uma conta, um valor de 8 % do salário do trabalhador.

Temos ainda o salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado.

O salário mínimo deve ter o mesmo valor em todo o território nacional, e tal salário deve suprir as necessidades básicas de quem o recebe e de sua família. Tudo está em constante modificação, aumentam-se os preços, e por isso o salário mínimo deve ser reajustado periodicamente para que o seu poder aquisitivo permaneça e este possa continuar suprindo as necessidades citadas.

Em se tratando do piso salarial, ele deve ser proporcional à extensão e à complexidade do trabalho.

Existem profissões que expõem os seus trabalhadores à riscos maiores que outras, jornadas de trabalho diferentes, e por isso deve haver essa proporcionalidade.

Com relação ainda ao salário, temos o direito da irredutibilidade do mesmo, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.

Visa-se proteger o poder aquisitivo do salário, e ao trabalhador. Todavia mediante convenção ou acordo coletivo este pode ser encarado como uma exceção. Um exemplo é uma empresa que precisa reduzir o salário dos seus empregados senão irá fechar as portas, e conseqüentemente fazem este acordo para que todos não fiquem desempregados.

Deve se ter uma garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável.

Remuneração variável é aquela que muda constantemente, e por isso deverá ser pago um salário não inferior ao mínimo para esta espécie de trabalhadores.

O décimo terceiro salário é pago com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria.

Aos trabalhadores que atuam com carteira assinada, é concedida essa gratificação no valor de sua remuneração ou aposentadoria.

Por ser uma jornada diferente a remuneração do trabalho noturno deve ser superior à do diurno.

Jornada noturna é aquela realizada entre o período das 22 horas às 5 horas. Por exigir mais do empregado, deve ser paga com superioridade do horário diurno.

É garantia do trabalhador a proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.

O salário é algo impenhorável, o trabalhador necessita dele para sua subsistência, e nada justifica a sua retenção.

Para uma distribuição igualitária e por ser de direito, o trabalhador tem participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei.

Essa participação deve ser convencionada em acordo coletivo, e a forma em que se dará a sua divisão. Cumpre observar que ela é desvinculada da remuneração do trabalhador, ou seja, se a empresa não obteve resultados bons, não deverá ser afetado seu salário por isso.

Aos trabalhadores de baixa renda, nos termos da lei é pago o salário-família.

Esse salário é pago em razão da quantidade de filhos ou equiparados que o trabalhador possua. Existe um limite máximo de salário que deve ser observado para que possa se usufruir deste direito.

Por questões de psicológicas e físicas, a duração do trabalho normal não deve ser superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

O aspecto principal deste inciso refere-se a fatores biológicos, sociais do indivíduo. É necessário do ser humano gozar de descanso, ter uma vida além dos limites empregatícios.

Contudo, existem casos em que poderá haver sua compensação, ou até mesmo por convenção coletiva, os próprios trabalhadores quererem essa mudança.

Tratando-se de turnos ininterruptos, a Jornada deverá ser de seis horas para o trabalho realizado em turnos de revezamento, salvo negociação coletiva.

Trabalho em turno é aquele em que os trabalhadores se dividem, e se sucedem, para que a empresa funcione ininterruptamente. E em caso de negociação coletiva pode passar o prazo da jornada de seis horas.

Não se deve esquecer de um direito vital, o repouso semanal remunerado, que deverá ser preferencialmente aos domingos.

Esse repouso semanal remunerado deve ser de no mínimo 24 horas, e também a cada 7 dias. Não necessariamente deve ser no domingo, e sim preferencialmente.

Quando se trabalha mais, evidentemente deve se ganhar mais. A remuneração do serviço extraordinário superior, trata disso no mínimo em cinquenta por cento à do normal;

Conforme já observado, a carga diária de horas trabalhadas deve ser de 8 horas, obedecendo ainda o limite de 44 horas semanais. Contudo, poderão haver horas excedentes, observado o limite de 2 horas. A remuneração dessas horas deve ser de no mínimo 50 % com relação às horas do período normal.

Além do descanso semanal remunerado, o trabalhador tem direito ao gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal.

Todo trabalhador tem direito à férias anuais remuneradas, obedecido ainda, o critério de no mínimo 1/3 a mais que o salário normal.

O ato de ser mãe é algo que despende muita atenção e cuidado, tanto a mãe quanto ao filho, por isso se tem mais um direito da trabalhadora, a Licença gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.

Essa espécie de licença se destina à proteção da gravidez e os momentos posteriores a ela, com um prazo de 120 dias consecutivos. É importante o contato mãe-filho nesse período, e por isso a gestante goza desse benefício.

O pai do bebê também necessita de contato neste momento tão especial e também terá direito a chamada licença-paternidade, nos termos fixados em lei.

Evidentemente que o filho recém-nascido tem maior necessidade da mãe, contudo, o pai também tem direito a essa licença, no prazo de cinco dias, sem prejuízo de seu emprego ou relação, não necessitando ainda que o pai seja casado com a mãe.

Na sociedade ainda existe o preconceito. Para a mulher deve existir a proteção do mercado de trabalho, mediante incentivos específicos, nos termos da lei.

Deve existir uma igualdade entre homens e mulheres, e ainda incentivos para que seja cumprido esse requisito e existam mais mulheres no mercado de trabalho.

Mais um direito constante, o aviso prévio, decorre do rompimento do contrato de trabalho entre as partes, e será por escrito, dada ciência à outra parte. Esse tempo pode ajudar o empregado a achar outro emprego, por exemplo. Será no mínimo de trinta dias, nos termos da lei.

Todo trabalho irá ofertar riscos, por menor que os sejam. Em virtude disso, deverá haver uma redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Se existirem normas alertando, e sobre prevenção, será óbvio que os riscos serão minimizados.

Adiante, ainda com relação com que se trabalha mais, deve se ganhar mais, ao exercer atividades penosas, insalubres ou perigosas, tem-se direito à um adicional de remuneração.

Essas espécies de atividades exigem mais cuidado do empregado, o expõem à riscos maiores, como eletricidade, inflamáveis, radiação, e são nocivas à saúde do trabalhador.

Com muito trabalho ou com as devidas contribuições, tem se direito a tão sonhada aposentadoria.

Obedecidas regras relativas à contribuições mensais do trabalhador, durante certo período de tempo, e ainda regras relativas à sua idade, poderá este se aposentar.

Muitas vezes o trabalhador tem filhos, e essa rotina não permite que ele cuide dos mesmos. Em razão disso é devida assistência gratuita aos filhos e

dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas.

Tem um cunho assistencial, pois sem este auxílio, muitas pais ou mães não poderiam sequer trabalhar para cuidar dos filhos. Além do que, deve-se observar a importância da educação na vida dessas crianças.

Outro direito do trabalhador é o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Por serem oriundos de consenso entre trabalhadores e empregadores, tais acordos devem ser reconhecidos, observando-se ainda a norma mais favorável sempre ao trabalhador.

Em virtude da constante evolução tecnológica o trabalhador deve ser protegido em face da automação, na forma da lei.

A automação consiste em uso de técnicas mecânicas ou computadorizadas, objetivando o dinamismo e praticidade da empresa. Diante disso, o trabalhador deve ser protegido, e não privado das oportunidades de trabalho.

Por estarmos sempre sujeitos a riscos, o trabalhador tem direito a um seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

O trabalhador tem direito a propor ação para que lhe seja pago o que lhe é devido em virtude da relação de trabalho. Atentando-se para que este direito não se prescreva, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

Como citado anteriormente à proteção do mercado de trabalho da mulher, é proibida a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Se pessoas com mesma produtividade, mesmo sexo, com diferença de tempo de serviço que não exceda 2 anos, trabalham no mesmo lugar, não há por que se falar em diferenciação dos salários das mesmas.

E ainda a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência, sendo que um portador de deficiência deve ter até incentivos para que se possa trabalhar, assegurado ainda locais que atendam suas necessidades, haja acessibilidade.

No tocante à forma em que alguns trabalhos são executados, é proibida a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos. Visa igualdade por mais que os trabalhos sejam executados de formas diferentes.

Há de se salientar que não é em qualquer idade que se pode começar a trabalhar. Existe a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Os menores de 18 anos estão iniciando no mercado de trabalho, e ainda não têm condições físicas ou mentais para executarem trabalhos noturnos, perigosos ou insalubres. Entre os 16 anos e 18 anos podem trabalhar dependendo do emprego. A partir de 14 anos somente na condição de aprendiz. Ainda há hoje em dia, muita exploração do trabalho da criança e do adolescente, a qual está na idade de estudar e se desenvolver.

Existem diversas formas de trabalho e diversas espécies de trabalhador. Essas diversas espécies têm os mesmos direitos assegurados, como no caso do trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Trabalhador avulso presta serviços à vários tomadores, não tendo assim vínculo empregatício, porém não é por causa desta condição que ele irá ter menos direitos do que os trabalhadores com vínculo empregatício permanente.

Cabe fazer um adendo, que em seu parágrafo único do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, constam os direitos dos trabalhadores domésticos, quais sejam: salário mínimo; jornada de trabalho; hora extra; banco de horas; intervalo para refeição; descanso semanal remunerado; feriados civis e religiosos; férias; 13º salário; vale transporte; licença maternidade; estabilidade durante a gravidez; estabilidade pré-aposentadoria; fundo de garantia do tempo de serviço; seguro desemprego; salário família; aviso prévio; demissão com ou sem justa causa.

3.4 Reforma trabalhista e seus efeitos

A Consolidação das Leis do Trabalho sofreu mudanças significativas com o advento da Lei 13.467 de 2017, denominada de reforma trabalhista, alterando mais de 200 dispositivos. Ela veio com o intuito de modernizar e adequar as relações de trabalho, e com expectativa de geração de novos empregos.

Anteriormente a essa reforma, existia uma quantidade de ações trabalhistas gigantescas, provenientes em sua maior parte por parte dos empregados, contudo, após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, esse cenário vem mudando e o princípio

de proteção ao trabalhador que antes era vasto, agora vem sendo abrandado. Nesse sentido, afirma Cassar (CASSAR, 2018, p.29):

Realmente, é visível a crise enfrentada que enfraquece, e muito, o princípio da proteção ao trabalhador, o que pode ser facilmente constatado pela jurisprudência e súmulas mais recentes dos tribunais trabalhistas, que já não mais defendem ferozmente o trabalhador como outrora o faziam, permitindo, em alguns casos, a redução de seus direitos ou a alteração *in pejus* de suas condições de trabalho.

3.4.1 Do acesso ao judiciário

Um dos efeitos foi o de acesso ao judiciário. Com a reforma trabalhista houve uma mudança na forma de como o empregado era tratado, hipossuficiente, o que lhe facilitava acesso amplo e ilimitado. O acesso ao judiciário deve-se pautar com base na boa-fé objetiva, conforme consta do Código Civil de 2002, porém, na seara trabalhista havia um número exagerado de ações judiciais baseadas na litigância de má-fé.

Em seu artigo 80 o Código de Processo Civil tem por litigante de má-fé aquele que:

- I - Deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - Alterar a verdade dos fatos;
- III - Usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - Opor resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - Proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - Provocar incidente manifestamente infundado;
- VII - Interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

A parte tem o dever de expor a verdade em juízo, e ainda comprovar que tem condições de arcar com despesas do processo, não alegando por exemplo ser hipossuficiente ou miserável, para se beneficiar da justiça gratuita. Tais casos se

enquadram na litigância de má-fé, e a parte que deu causa deverá pagar a parte contrária.

Segundo Marcos Vinicius Rios Gonçalves (2016, p.205):

A ideia do legislador é vedar a utilização de expedientes desonestos, desleais, que sejam meramente protelatórios. Os casos de litigância de má-fé são explicitados no art. 80, que, em rol meramente exemplificativo, enumera condutas que a tipificam.

O princípio que se busca é o da lealdade processual e uma maior segurança jurídica, tendo em vista que anteriormente a reforma trabalhista os autores de tais ações eram isentos de custar processuais e honorários sucumbenciais, o que facilitava a interposição de ações recorrentemente.

3.4.2 Honorários sucumbenciais

Adentrando na parte de honorários sucumbenciais, houve importante mudança na forma de seu pagamento.

Como consta da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

Tal mudança exige uma observação bem mais criteriosa a respeito da parte e seu advogado, bem como a formulação do pedido, visto que poderão sucumbir bem mais facilmente, e conseqüentemente ter de pagar o valor fixado. Deve-se buscar provimento jurisdicional apenas daquilo que é possível de se provar, e não uma espécie de "isca", evitando-se assim lides temerárias.

Nesse sentido afirma Volia Bonfim Cassar (2018, p.140):

Os honorários advocatícios sucumbenciais não se confundem com os honorários contratuais. Antes a lei trabalhista não aceitava os honorários sucumbenciais em virtude do *ius postulandi* que, antes, vigorava como regra, e agora vigora como exceção.

Importante ressaltar que mesmo o beneficiário da justiça gratuita pode ser condenado aos honorários sucumbenciais, ou ainda pode haver sucumbência recíproca.

Os honorários de sucumbência recíproca estão previstos no art. 791-A §4º da CLT, o qual preceitua que, na hipótese de procedência parcial dos pedidos, o reclamante será condenado ao pagamento de honorários sucumbenciais ao reclamado nos pedidos em que foram julgados improcedentes, sendo que o reclamante normalmente é o empregado, parte hipossuficiente da relação jurídica.

Sendo assim, o trabalhador irá pensar antes de ir a juízo postular direitos que pense ter, visto que eles podem ser concedidos só parcialmente e ainda ter de pagar um valor maior do que pode arcar ou que era pensado em sua pretensão inicial.

3.4.3 Negociação coletiva

Outro importante ponto que foi alterado com o advento da Reforma trabalhista foi o da negociação coletiva.

A Consolidação das Leis do Trabalho preceitua:

“Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do caput do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei. “

Segundo Maurício Godinho Delgado (2019, p.1641):

A negociação coletiva é um dos mais importantes métodos de solução de conflitos existentes na sociedade contemporânea. Sem dúvida, é o mais destacado no tocante a *conflitos trabalhistas de natureza coletiva*.

A partir disso, não há que se falar em supressão de direitos do trabalhador, e sim um poder maior de negociação, diálogo, e em último caso a procura do poder jurisdicional.

Foram inseridas hipóteses na Consolidação das Leis do Trabalho, como extinção do contrato por comum acordo, transação extrajudicial, parcelamento das férias em até 3 períodos desde que com consentimento do empregado, dentre outras.

De acordo com os artigos 613 e 614 da CLT para validade do convênio coletivo é necessário que: a) seja escrito; b) conste o prazo de vigência (máximo de dois anos); c) a negociação

coletiva seja autorizada por assembleia sindical, respeitando o quórum mínimo; d) depósito de uma via do instrumento coletivo na DNT ou no Ministério do Trabalho, bem como fixação na empresa de cópias do ajuste normativo, em local visível. A Portaria 865/95 ratificava estas exigências. (CASSAR, p.272, 2019)

Quando as partes concordam sobre uma norma coletiva, estão obrigadas a cumprir mesmo que esta contrarie a lei. A autonomia predomina. Com isso, a Justiça do Trabalho teve seu papel diminuído e deu maior poder aos sindicatos.

3.4.4 Contribuição sindical

E é justamente com relação aos sindicatos que consta outra mudança, consistente na retirada da compulsoriedade da contribuição sindical, o que fortaleceu o relacionamento com os seus representados.

Como esclarece Amauri Mascaro Nascimento, “o melhor sistema sindical é o que permite aos próprios interessados escolher o tipo de associação que querem constituir, sem entraves legais que prejudiquem essa escolha”. (ROMAR, p.908, 2018 apud Amauri Mascaro Nascimento)

Pela antiga CLT, a contribuição equivalia à remuneração de um dia de trabalho, descontado anualmente do rendimento do empregado para manutenção do sindicato da categoria.

Não quer dizer que o trabalhador irá deixar de contribuir, pois isso poderá acontecer mediante negociação coletiva, mas em todo caso, o trabalhador poderá optar por contribuir somente quando se sentir protegido de fato protegido pelo sindicato que o representa, sendo assim uma faculdade.

As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas, desde que prévia e expressamente autorizadas (art. 578, CLT) (ROMAR, p. 926, 2018).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, restou-se claro que o advento da Reforma Trabalhista trouxe vários aspectos positivos e adequou situações que estavam desatualizadas.

Apesar de a Constituição Federal de 1988 trazer em seu escopo garantias aos empregados, sejam eles urbanos, rurais ou domésticos, algumas situações permitiam abusos por parte dos mesmos, necessitando de uma viabilização mais ampla a todos os sujeitos do Direito do Trabalho.

Houve a possibilidade da flexibilização da jornada de trabalho e salário, mediante negociações coletivas, desclassificando assim a morosidade atual do judiciário.

Houveram mudanças no tocante ao acesso ao judiciário e aos honorários de sucumbência, onde caso o litigante se pautar na má-fé deverá pagar multa, ou ainda caso seu (s) pedido (s) seja (m) julgado (s) improcedente (s), terá de pagar ao advogado da parte contrária.

Outra situação importante foi a da contribuição sindical, que antes era obrigatória e agora é opcional do trabalhador, caso ele de fato se sinta amparado pelo sindicato de sua classe.

Sendo assim, o balanço positivo se confirma com uma diminuição de ações na seara trabalhista, e um desafogamento para que de fato as ações necessárias ocorram com menos morosidade, fazendo ainda com que empregado e empregador tenham maior liberdade para se decidirem, proporcionando uma relação igualitária, com consequente diminuição do desemprego e melhora da condição econômica do país de forma geral.

5. REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá**. 2 ed. São Paulo: Editora LTr, 1994. 640 p.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de Direito do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: Editora Método. 2018. 289 p.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18 ed. São Paulo: Editora LTr. 2019. 1777 p.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2016. 937 p.

HADA, Diana. **Quais os direitos da empregada doméstica**. Disponível em: <<https://blog.horadolar.com.br/quais-os-direitos-da-empregada-domestica/>>. Acesso em: 21 out. 2019.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **Reforma Trabalhista e moralização da litigância.** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reforma-trabalhista-e-moralizacao-da-litigancia-24072017>>. Acesso em: 23 out. 2019.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho.** 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2019. 337 p.

NASCIMENTO, Danilo. **Direitos constitucionais dos trabalhadores: aprenda definitivamente.** Disponível em: <<https://segredosdeconcurso.com.br/direitos-constitucionais-dos-trabalhadores/>>. Acesso em: 21 out. 2019.

PERSEGUIM, Isabella Bishop. **Uma intersecção da litigância de má-fé após a entrada da reforma trabalhista e o CPC.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73436/uma-interseccao-da-litigancia-de-ma-fe-apos-a-entrada-da-reforma-trabalhista-e-o-cpc>>. Acesso em: 21 out. 2019.

ROMAR, Carla Tereza Martins. **Direito do trabalho esquematizado.** 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2018. 1058 p.

VILELA, Peterson. **Reforma trabalhista – pensemos nos pontos positivos.** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-l-o-baptista-advogados/reforma-trabalhista-pensemos-nos-pontos-positivos-03052017>>. Acesso em: 28 out. 2019.

DIREITO E REPRESENTATIVIDADE: UMA ANÁLISE DA REPRESENTATIVIDADE NEGRA DIANTE DOS SISTEMAS SOCIAIS DE NIKLAS LUHMAN

LUANA BISPO DE ASSIS: Doutoranda em Direito Constitucional pela UNB. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Goiás (2015), com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Goiás (FAPEG). Advogada com experiência na área de Direito Público e de Direito Privado. Foi pesquisadora e bolsista pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) em projetos com a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA)³.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar a representação social, a partir do conceito de identidade com o foco na luta histórica do negro pelo reconhecimento e representatividade. Toma-se como ponto de partida da pesquisa os processos de exclusão social e as lutas de representação. A metodologia empregada foi a qualitativa, em uma busca dedutiva da bibliografia da identidade de forma ampla e, a partir disso, ter como resultado o debate teórico sobre os sistemas sociais de Niklas Luhman, bem como a raça, as classes sociais e a realidade cotidiana, que apontam uma densa desigualdade no trabalho, na educação e na representatividade.

Palavras-chave: Identidade. Identificação. Negro. Representação. Sistemas Sociais.

ABSTRACT: This article aims to analyze social representation, based on the concept of identity with a focus on the black struggle of history for recognition and representativeness. Social exclusion processes and representation struggles are taken as the starting point of the research. The methodology used was qualitative, in a

³ É pesquisadora e Líder do Grupo de Pesquisas Interdisciplinares em Direito (GEPID), registrado no Diretório de Pesquisas do CNPq. É professora na Faculdade Evangélica de Goianésia (FACEG), mantida pela Associação Educativa Evangélica (AEE), onde desempenha as funções de membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE) do curso de graduação em Direito; É coordenadora de estágio do curso de graduação em Direito; coordenadora do projeto de extensão Faculdade Aberta da Terceira Idade (FATI); e coordenadora de monitoria acadêmica do curso de Direito. É, ainda, professora na Faculdade Metropolitana de Anápolis (FAMA) na disciplina de Direito Constitucional.

deductive search for the bibliography of identity in a broad way and, from that, to have as a result the theoretical debate about Niklas Luhman's social systems, as well as race, social classes and everyday reality, which point to a dense inequality in work, education and representation.

Keywords: Identity. Identification. Black. Representation. Social Systems.

Sumário: 1. Introdução. 2. O negro: a identidade em construção. 3. Identidade: identificação como representatividade social. 4. Raça como classe social. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, insta salientar as relações históricas de poder. Em razão disso, o objetivo deste artigo é abarcar o diálogo em torno da representatividade e, em particular, o acesso à universidade, ao trabalho e à política, que está diretamente ligada à construção de novos discursos teóricos sobre raça e seus efeitos social e racial.

Dessa forma, está-se diante do seguinte problema jurídico: como a supressão da identidade contribuiu para exclusão social e de representatividade?

Nesse sentido, exhibe-se como hipótese que a identidade passou a ser definida como atos ligados ao contexto social, à vida cotidiana, sua autoidentificação, ou pertencimento. Contudo, a luta dos negros e os dados oficiais revelam uma desigualdade de representatividade sistêmica entre negros e brancos.

Metodologicamente, desenvolveu-se por meio de uma análise qualitativa pelo método dedutivo descritivo, considerando conceitos de raça, representatividade, identificação.

Nesse sentido, o trabalho foi dividido da seguinte maneira: em um primeiro momento, uma abordagem histórica da construção da identidade do negro, a identificação como representatividade social e, por fim, a raça como classe social, demonstrando que as pessoas de cor preta ou parda têm rigorosas desvantagens em relação às pessoas de cor branca, no que tange às extensões dos indicadores apresentados de acesso ao trabalho, à educação e à representação política.

2 O NEGRO: A IDENTIDADE EM CONSTRUÇÃO

Inicialmente, é importante ressaltar a história dos povos que foram sequestrados, apanhados, tirados de suas raízes, transportados e aprisionados aos países do continente americano, o Brasil incluso, sem saber o destino e o pretexto. É nesse contexto histórico que podemos identificar a identidade negra no Brasil, em

um país que não houve debate sobre a identidade “amarela” e a identidade “branca”, justamente porque a história não é sequer similar aos portadores da pigmentação escura (MUNANGA, 2005).

E a identidade? Como ela pode ser vista? É a ideia que um sujeito faz de si mesmo, de seu “eu”, ou seja, nenhuma identidade é edificada no isolamento. Ao oposto, é ajustada no percorrer de toda vida com diálogo, influenciado pelo exterior e interior, com os sujeitos do seu convívio. Portanto, a identidade pessoal e a identidade social são desenvolvidas em um movimento pelo qual passa o processo identitário e, por isso, diz respeito, também, à construção da identidade negra (GOMES, 2002).

Para Luhman, esse conceito coletivo tem significados e níveis de análise diferentes, observando o resultado da precisão aparente sem fundamentação. O autor ressalta, ainda, que:

“Teoria dos sistemas” é hoje um conceito coletivo para significados e níveis de análise diferentes. A palavra não se refere a um sentido claro. Se o conceito de sistema for adotado na análise sociológica sem nenhum esclarecimento, resultará uma precisão aparente, sem fundamentação. Assim surgem controvérsias, nas quais somente se pode supor, ou tirar conclusões com base na respectiva argumentação, que os envolvidos têm ideias diferentes quando falam de sistema (LUHMAN, 2016, p. 17).

Um sistema pode ser apontado de complexo no momento que detém mais probabilidades e, assim, torna-se complexo quando não alcança respostas imediatas para todas as interconexões entre os elementos e que essas probabilidades possam se realizar. É neste prisma que o sistema de Luhman dialoga com o acesso dos negros aos postos de representatividade.

Diante disso, representatividade em uma sociedade complexa é poder e aqueles que atuam e lutam deixarem de ser representados, ou seja, não existe mais representação, só existe luta e atitude (FOUCAULT, 1979). A luta por representatividade é um processo simbólico, que emerge relações de saber e poder, e a falta dela converge à exclusão social. Mas como não ser excluído socialmente tendo a imagem estereotipada como subalterno nas relações sociais? (FERNANDES, 2016).

A construção social da identidade do negro faz parte de um sistema complexo, envolvendo subjetividades de processos simbólicos (MEDEIROS, 2003). A cor da pele cria uma dicotomia de construção de uma identidade de exclusão. Em um pequeno

comparativo, no ano de 2019, jovens brancos, negros e pardos que ingressaram no mercado de trabalho nas mesmas ocupações, os negros e pardos tiveram menores rendimentos (MARTINS, 2019).

Além disso, outro desafio é o acesso ao trabalho e a oportunidade ao negro. Geralmente, o negro mora na periferia, ou em favelas, e muitas empresas não pagam auxílio-transporte ou exigem que o empregado tenha veículo próprio para exercício das atividades (MARTINS, 2019).

Ora, o processo de exclusão vai desde o acesso ao trabalho, perpassa pela oferta de oportunidades, continua na forma de exclusão e termina na disparidade de rendimento. Tais fatores influenciam diretamente na construção da identidade do negro brasileiro. A identidade negra é composta pela articulação entre o individual e o social, entre o passado e o presente, e são agrupadas, ao mesmo tempo em que integram a dinâmica do sujeito e do coletivo (GOMES, 2002).

Tais fatores denotam o que Luhman demonstrava, por meio dos sistemas, onde o jovem negro é integrado à alteridade de um grupo social, que naturaliza as diferenças, reforça as desigualdades, em um pertencimento de um mesmo paradigma.

[...] Também para aquilo que nós, antecipadamente, chamamos de “mudança de paradigma”, pode ser suficiente uma orientação aproximada... [...] Uma tradição transmitida da antiguidade e mais remota do que o emprego conceitual do termo “sistema” teria falado de totalidade comporta de partes (LUHMAN, 2016, p. 20-21).

A mudança de paradigma, inicia na indagação: quem precisa de identidade? quem precisa de representatividade? (HALL, 2008).

3 IDENTIDADE: IDENTIFICAÇÃO COMO REPRESENTATIVIDADE SOCIAL

A identidade é formada por diferentes identificações ou posições que utilizamos para “viver”, em um conjunto de histórias e experiências únicas como sujeitos individuais. Para Hall (2008), nossas identidades são, em resumo, formadas culturalmente. Em contraposto, a homogeneização é descobrir que radicalmente não se é diferente de tudo ou de si mesmo. Mas cada um dos “outros” tem parte de um “eu”, também. Forma-se um ponto de vista, segundo o qual todos estão lá, forma-se um grupo social concreto, ao qual “nós” não pertencemos (TODOROV, 2003).

Este processo de formação de grupos sociais é marcado pela legitimação de narrativas e de valores morais. Tem como arcabouço a predominância pela

culturalidade europeia, em espaço-tempo de formação: superior/submisso, dominante/dominado (FERREIRA, 2011).

O espaço histórico de centralidade do predomínio do superior/dominante face ao submisso/dominado aconteceu em um primeiro momento com o índio. Um efeito desta compressão espaço-tempo é a tendência à homogeneização cultural, e a catequização foi a retórica utilizada (HALL, 2006). O avanço mercantil teve como resultado o tráfico de negros de aproximadamente três séculos e estes viabilizaram a ideia europeia de progresso, cultura e civilização (AZEVEDO, 1987).

A civilidade inventada ou produzida pela cultura, demarcou territórios e fronteiras, estabeleceu a lógica de comportamento e instaurou o racismo como pressuposto de pacificação do arredo negro, como forma de colocá-lo no seu lugar (SODRÉ, 2005). Diante disso, nota-se que o domínio é complexo, denota atos simbólicos e sistêmicos de manutenção da civilidade.

Assim, Luhman (2016, p. 42) acrescenta que a “Complexidade é aquele ponto de vista que talvez expresse da maneira mais intensiva as experiências com problemas na pesquisa sistêmica recente. Nessa função catalizadora de experiências, esse ponto de vista é empregado frequentemente sem definição”.

Nesse sentido, Luhman demonstra a complexidade como a multiplicidade, o entrelaçamento e a contínua interação da infinidade de sistemas (MORAIS, 2004). Acresce-se à análise, a multiplicidade de narrativas e parâmetros comunicacionais em um único discurso de verdade europeia. Os colonizadores produziram uma alocação de supremacia e que o modelo dominante advém da cultura e dos valores morais. Enquanto isso, fomenta-se entre dominados que, pelo esforço, sua condição de dominados poderia ser mudada, desde que as práticas e as representações fossem da cultura dominante (SANTOS, 2005).

Ainda, Bourdieu (1994) observa que nos universos sociais em que o dominante deve mudar constantemente para conservar, eles necessariamente tendem a se dividir, especialmente em períodos de rápida transformação dos modos de reprodução, demonstrando a complexidade defendida por Luhman, conforme se vê da citação abaixo.

Dans des univers sociaux où les dominants doivent sans cesse changer pour conserver, ils tendent nécessairement à se diviser, surtout dans les périodes de transformation rapide des modes de reproduction, selon le degré de reconversion de leurs stratégies de reproduction les agents ou les groupes les mieux pourvus des espèces de capital permettant de recourir aux nouveaux instruments de reproduction, donc les plus enclins et

les plus aptes à entreprendre une reconversion, s'opposent à ceux qui sont les plus liés à l'espèce de capital menacée[1].

Assim, para Bourdieu (1994), é de acordo com o grau de reconversão de suas estratégias de reprodução que os agentes ou os grupos mais bem providos dos tipos de capital permitem o recurso a novos instrumentos de reprodução. Portanto, os mais inclinados e mais aptos a empreender uma reconversão opõem-se aos que estão mais ligados às espécies de capital ameaçado.

Formam-se classes sociais imergidas em uma estrutura de poder, com espaços sociais e papéis a serem exercidos. Assim, as diferentes formas de dominação estruturam o que seria capital cultural, social e simbólico (CALVACANTI, 2010).

O território brasileiro, no período do Império, era fértil para a estruturação de diferentes capitais, embasados na cultura europeia, o topo da cadeia de dominação. Esses diferentes capitais levam em conta a cultura da pele branca, historicamente ligados à classe dominante da sociedade. A hierarquia estrutural, remontada no discurso do universalismo da culturalização, para homogeneização dos sujeitos (SANTOS, 2009) não se apresentava como dominador, mas sim como a verdade instituída por Deus e logo foi alterada para “quem se esforça consegue chegar”.

Para Luhman, reflete que a realidade deve partir do princípio de que nem tudo permanece como é:

Toda teoria dos Sistemas referente à realidade deve partir do princípio de que nem tudo permanece como é. Existem alterações; existe nos sistemas uma sensibilização especial para alterações e, assim, para alguns sistemas existe tempo, no sentido de um conceito agregado para as alterações (LUHMAN, 2016, p. 62).

A mudança do discurso foi desencadeada pela alforria e tomou lugar para meritocracia. A luta do negro deveria ser braçal, na lida diária com seus afazeres e, com muito esforço, este chegaria a ser tão rico quanto aquele que antes o açoitava. Na Nova República, o negro cidadão com suas subjetividades não é pauta, pelo contrário, a respeitabilidade advinha da reprodução do outro. A representatividade foi negada e, somente em 1909, foi eleito o primeiro deputado federal filho de pai e mãe negros, o pernambucano Manoel da Motta Moreira Lopes, conduzido ao Parlamento pela mobilização de negros (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2018).

Mesmo após mais de cem anos, a Câmara dos Deputados divulgou que, na eleição de 2014, 102 (20%) dos 513 deputados federais eleitos se declararam pretos ou pardos. Em 2018, esse número subiu para 125 deputados federais, chegando à

marca de 24,3%, demonstrando o déficit em representatividade (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2018).

Em tese, após tantos anos, não seria plausível o impulsionamento das subjetividades, com a edificação de uma identidade negra e seu consequente reconhecimento de direitos e oportunidades iguais?

A resposta para tais questionamentos passam pela era da sociedade de consumo e a negação da diferença. O negro, ainda, é visto como mão de obra para as atividades de força e que tem dificuldades de encarar um mercado competitivo por falta de esforço próprio. Além disso, é importante ressaltar que no século 21, denota-se que todos são iguais e que a raça em nada impede para a colocação dos sujeitos (JUNIOR, 2009).

Diante disso, mesmo com um passado de exclusão social, o debate atual gira em torno da negação da existência de raça. Contudo, esse discurso é negar o passado histórico de dominação, é rejeitar a identidade e se furtar da importância da reparação do legado de exclusão cultural, social e político.

A exclusão racial do antes escravizado causou a este um deslocamento do negro do seu lugar no mundo, o que Hall (2006) chama de “crise de identidade”, denotando suas incertezas culturais e sociais.

A identidade passou a ser definida como atos ligados ao contexto social, à vida cotidiana, sua autoidentificação ou pertencimento. Refuta-se, assim, que o cultivo discursivo do olhar estereotipado deixou de ser identitário, prima-se pela identificação (ZUBARAN, 2012). Em uma análise dos sistemas de Luhman, a identificação, como problema a ser resolvido, tem uma orientação funcional se direciona, por isso, uma interconexão indissolúvel com a raça.

Nesse contexto, Luhman acrescenta que:

Problemas são problemas somente se não puderem ser isolados, trabalhados e resolvidos parte por parte. É isso, precisamente, que constitui sua problemática. Portanto, só existem problemas como sistemas de problemas (ou como problemas de sistemas). Toda orientação funcional se direciona, por isso, a uma interconexão indissolúvel (LUHMAN, 2016, p. 73).

Desse modo, a identificação para Brubaker (2001) é um artifício de intercâmbio de conexão de categorias pré-existentes, como sexo, raça. Afasta-se a forma

simplificada de recorte racial, baseado no estereótipo e a imagem dos grupos envolvidos.

As cotas raciais que são auferidas pela imagem como ação afirmativa é uma demonstração de como discurso estereotipado pode provocar o ódio racial. Após 15 anos da Lei Federal de Cotas, dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) demonstram que a medida visa o enfrentamento das desigualdades e o bem estar social. Mas alerta que essas medidas devem ser ampliadas e aprimoradas (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2019).

O IBGE (2019) demonstra que, assim como no total da população brasileira, as pessoas de cor ou raça preta ou parda constituem, ainda, a maior parte da força de trabalho no país, correspondendo a 25,2% a mais do que a população de cor ou raça branca na força de trabalho, que totalizava 46,1 milhões. Contudo, quanto à população subutilizada, correspondeu a 66,1% da força de trabalho, em 2018, de pessoas pretas e pardas.

Diante disso, realizar a identificação apenas pela imagem/fenótipo, pode-se levar a uma nova exclusão social, deixando de lado os avanços das ações afirmativas e conduzindo ao problema da identidade social.

Nesse sentido, Luhman traz que “estas questões nos conduzem ao problema da “identidade social”, dos componentes sociais da autodescrição dos sistemas psíquicos. Com a distinção entre autopoiese, e auto-observação/autodescrição temos em mãos um recurso para enfrentar o problema” (LUHMAN, 2016, p. 299).

A identidade dos componentes sociais da autodescrição remonta à autoidentificação, de contexto social, de vida cotidiana e de pertencimento.

4 RAÇA COMO CLASSE SOCIAL

Diferentemente da identidade, a raça é a divisão clássica de grupos humanos, verificada pelos elementos e características físicas hereditários como: cor de pele, formato de cabelo, tamanho da cabeça e formas faciais (MAIO, 1996).

Já as classes sociais são divididas pela teoria marxista e a teoria liberal. Para Max, as classes são divididas em dominante e dominada. A dominante é detetora dos bens de produção, dominando economia, cultura e modos de comportamento, sendo mantidas pela força de trabalho vendida pelas classes dominadas que precisam garantir sua sobrevivência (MARX, 1986).

Luhman acrescenta:

Pode-se, naturalmente, elaborar o conceito de mundo de modo bem diverso, por exemplo, como totalidade do que é nocivo à salvação fora do próprio grupo ou como contraposto do (então necessariamente extramundano) sujeito. [...] Sob essa perspectiva, o conceito de mundo não designa uma totalidade material objetiva (por mais abrangente e total que ela venha a ser), nem uma *universitas rerum*, que não possa ser pensada livre de diferença (LUHMAN, 2016, p. 235).

Em contrassenso, e demonstrando a ligação dos sistemas de Luhman às teorias das classes sociais, a visão liberal de classe social é realizada conforme o modelo socioeconômico societário. Denota-se a classificação socioeconômica dos sujeitos, onde a classe alta, com elevado poder aquisitivo, a classe média com ganhos razoáveis e a classe baixa com rendimentos baixos (KASSAR, 1998).

É nesse modelo liberal de classe social, em que se travam os embates em torno da representatividade, que perpassa no acesso à educação e termina nos postos de trabalho. O IBGE (2019) divulgou que, no ensino superior, reside a menor taxa de ingresso da população preta ou parda (correspondente a 35,4%), quando comparada à população branca (correspondente a 53,2%).

Vincular as cotas raciais à heteroidentificação (BRUBAKER, 2001), ou seja, pelo recorte social, demonstra a crise das certezas, de algo fora do lugar e do sentido. Apesar dos avanços da lei de cotas, ela ainda causa reações controversas e é constantemente atacada por setores dominantes da sociedade.

Leis como a de cotas, aprimorada e voltada para a representatividade poderia possibilitar o acesso, a implementação de políticas e um novo olhar do direito ao negro.

Nesse sentido, Luhman ensina que:

No contexto da ciência e do direito, é possível estabelecer, contudo, expectativas extremamente improváveis e dotá-las de uma certeza suficiente. A revogabilidade é um preço, ser pago aí. Assim, sempre se conquistam novas possibilidades de estruturação. Somente em um tempo maximamente recente é que foi colocada a questão de saber se não seriam estabelecidos limites mesmo para a conquista de uma elevação (LUHMAN, 2016, p. 367).

Os mesmos setores que criticam a lei de cotas dominam a vida política, detêm maior representatividade. Contudo, a participação de minorias – em termos de cor,

raça ou etnia –, no parlamento ainda é restrita, o que reflete as desvantagens e que são materializadas em indicadores sociais.

Um fator que colabora para a compreensão desse panorama reside na discrepância entre a receita das candidaturas de pessoas brancas e a de pessoas pretas ou pardas. Com efeito, enquanto 9,7% das candidaturas de pessoas brancas a deputado federal tiveram de receita igual ou superior a R\$ 1 milhão, entre as pretensões de pessoas pretas ou pardas, apenas 2,7% contaram com esse valor. Por outro lado, entre as candidaturas que dispuseram de receita igual ou superior a R\$ 1 milhão, apenas, 16,2% eram de pessoas pretas ou pardas, sendo que a escassez de recursos financeiros é um elemento que diminui as chances de sucesso eleitoral de uma candidatura (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2019).

Para o IBGE (2019), as diferenças étnico-raciais são persistentes. Desse modo, as pessoas de cor preta ou parda têm rigorosas desvantagens em relação às pessoas de cor branca, no que tange às extensões dos indicadores apresentados de acesso ao trabalho, à educação e à representação política.

5 CONCLUSÃO

A construção da identidade negra deve ser analisada na esfera social e pela probabilidade de novos paradigmas sociais, e os objetivos de representatividade para uma sociedade mais plural.

Diante disso, as lutas sociais e os marcos históricos construíram a identidade negra, desenvolvidas em um movimento pelo qual passa o processo identitário e de identificação negra. A desigualdade de longa de longa data é guiada pelo discurso dominador da culturalidade e pelo comportamento dos dominados.

O mito da democracia racial tenta esvaziar a luta por representatividade que emerge das relações de saber e de poder, e a falta dela converge à exclusão social. Mas como não ser excluído socialmente tendo a imagem estereotipada como subalterno nas relações sociais? Diante disso, representatividade em uma sociedade complexa é poder e aqueles que atuam e lutam deixaram de ser representados, ou seja, não existe mais representação, só existe luta e atitude.

Assim, a identidade negra é composta de luta e pela articulação entre o individual e o social, entre o passado e o presente, e são agrupadas, ao mesmo tempo em que integram a dinâmica do sujeito e do coletivo. Diante disso, mesmo com um passado de exclusão social, o debate atual gira em torno da negação da existência de raça. Contudo, esse discurso é negar o passado histórico de dominação, é rejeitar a identidade e se furtar da importância da reparação do legado de exclusão cultural, social e política.

Em contraposto, tentou-se instituir a civilidade inventada ou produzida pela cultura, demarcou-se territórios e fronteiras, estabeleceu-se a lógica de comportamento e se instaurou o racismo como pressuposto de pacificação do arredo negro, como forma de colocá-lo no seu lugar. Esse processo intensificou a desigualdade e a exclusão social, que vai desde o acesso ao trabalho, perpassa pela oferta de oportunidades, continua na forma de exclusão e termina na disparidade de rendimento.

Nesse sentido, admite-se a hipótese de que a identidade é definida como atos ligados ao contexto social, à vida cotidiana, sua autoidentificação, ou pertencimento. Contudo, a luta dos negros e os dados oficiais revelam uma desigualdade de representatividade sistêmica entre negros e brancos. Lembramos que a negação da raça negra, no Brasil, é a maior ameaça as políticas afirmativas.

Diante do exposto, a representatividade é a melhor forma competir no mercado de trabalho e na vida sociocultural, em uma perspectiva de acesso ao trabalho, à universidade e ao cenário político, como confronto à sociedade desigual.

6 REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **A representação dos negros e a luta contra o racismo.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/546214-a-representacao-dos-negros-e-a-luta-contr-o-racismo/>. Acesso em: 19 abr. 2020.

AZEVEDO, Celia Maria Marinho de. **Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites século XIX.** São Paulo: Annablume, 1987.

BOURDIEU, Pierre. **A Distinção: Crítica Social do Julgamento.** São Paulo: Edusp; Porto Alegre: Zouk, 2008.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico.** Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 1998.

BOURDIEU, Pierre. Stratégies de reproduction et modes de domination. **Actes de la recherche en sciences sociales**, v. 105, n. 1, p. 3-12, 1994.

BRUBAKER, Rogers. Au-delà de l'Identité. **Actes de la recherche en sciences sociales**, 2001/3, 139, p.66-85. Disponível em:

http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=ARSS&ID_NUMPUBLIE=ARSS_139_&ID_ARTICLE=ARSS_139_006. Acesso em: 10 dez. 2010.

CAVALCANTI, José Carlos. **Gosto não se discute?** Disponível em: <http://www.creativante.com.br/download/Gosto3.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2020.

FERNANDES, Viviane Barboza; DE SOUZA, Maria Cecília Cortez Christiano. Identidade Negra entre exclusão e liberdade. **Revista do Instituto de Estudos Brasileiros**, n. 63, p. 103-120, 2016.

FERREIRA, Ricardo Frankllin; CAMARGO, Amilton Carlos. As relações cotidianas e a construção da identidade negra. **Psicologia: ciência e profissão**, v. 31, n. 2, p. 374-389, 2011.

FREIRE FILHO, João. Mídia. Estereotipo e Representação das Minorias. **ECO-PÓS**, v7, n.2, 2004.

FONSECA, Dagoberto José. **Políticas públicas e ações afirmativas**. São Paulo: Selo Negro, 2009.

FOUCAULT, Michel; DELEUZE, Gilles. Os intelectuais e o poder. **Microfísica do poder**, v. 17, p. 69-78, 1979.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

GUIMARÃES, Antonio S. A. **Democracia racial**. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/sociologia/asag/Democracia%20racial.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2010.

GOMES, Nilma Lino. Educação e identidade negra. **Aletria: revista de estudos de literatura**, v. 9, p. 38-47, 2002.

HABERMAS, Jürgen. O Papel da Sociedade Civil e da Esfera Pública Política. In HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2006.

HALL, Stuart. A Questão Multicultural. In SOVIK, Liv (Org). **Da Diáspora: Identidade e Mediações Culturais**. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

HALL, Stuart. Quem precisa da identidade?. In SILVA, Tomaz. T. **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 103-133.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101681>. Acesso em: 19 abr. 2020.

JAY, Martin. **A Imaginação Dialética**: História da Escola de Frankfurt e do Instituto de Pesquisas Sociais – 1923-1950. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

JODELET, D. Representações sociais: um domínio em expansão. *In* JODELET, D. (org.). **As representações sociais**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001.

JÚNIOR, João Feres *et al.* Ação afirmativa: política pública e opinião. **Sinais Sociais**, v. 3, n. 8, p. 38-77, 2009.

KASSAR, Mônica de Carvalho Magalhães. Liberalismo, neoliberalismo e educação especial: algumas implicações. **Cadernos Cedes**, v. 19, n. 46, p. 16-28, 1998.

MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura. (orgs). **Raça, ciência e sociedade**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ; CCBB, 1996, 252 p. Disponível em: <https://static.scielo.org/scielobooks/djnty/pdf/maio-9788575415177.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2020.

MARTINS, Isadora; OLIVEIRA, Luiza. **Negros ocupam cargos com menor remuneração no mercado de trabalho**. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/eu-estudante/trabalho-e-formacao/2019/11/17/interna-trabalhoeformacao-2019,807077/negros-ocupam-cargos-com-menor-remuneracao-no-mercado-de-trabalho.shtml>. Acesso em: 19 abr. 2020.

MARX, Karl. **A luta de classes**. Rio de Janeiro: Catedral, 1986.

MEDEIROS, Roseana Borges de. **Maracatu rural**: luta de classes ou espetáculo? (Um estudo das expressões de resistência, luta e passivização das classes subalternas). 2003. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003.

MORAIS KUNZLER, Caroline de. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Estudos de sociologia**, v. 9, n. 16, 2004.

MUNANGA, Kabengele. **Diversidade, etnicidade, identidade e cidadania**. Palestra proferida, n. 1º, 2005. Disponível em: <http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Palestra-Kabengele-DIVERSIDADEEtnicidade-Identidade-e-Cidadania.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2020.

SANTOS, José Alcides Figueiredo. A interação estrutural entre a desigualdade de raça e de gênero no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 24, n. 70, p. 37-60, 2009.

SANTOS, Jocélio Teles dos. **O poder da cultura e a cultura no poder**: a disputa simbólica da herança cultural negra no Brasil. Salvador: EDUFBA, 2005. Disponível em: <https://static.scielo.org/scielobooks/hqhrv/pdf/santos-9788523208950.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2020.

SODRÉ, Muniz. **A verdade seduzida**. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

TODOROV, Tzvetan. **A Conquista da América**: A questão do outro. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZUBARAN, Maria Angélica; SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves. Interlocuções sobre estudos afro-brasileiros: pertencimento étnicoracial, memórias negras e patrimônio cultural afrobrasileiro. **Currículo sem fronteiras**, v. 12, n. 1, p. 130-140, 2012.

NOTA:

[1] Em tradução livre: “Nos universos sociais em que os dominantes precisam mudar constantemente para conservar, tendem necessariamente a se dividir, especialmente em períodos de rápida transformação dos modos de reprodução, de acordo com o grau de reconversão de suas estratégias de reprodução, pelos agentes ou pelos grupos. providas das espécies de capital que permitem recorrer aos novos instrumentos de reprodução, portanto os mais inclinados e os mais aptos a empreender uma reconversão, opõem-se àqueles que estão mais ligados às espécies de capitais ameaçadas” (LUHMAN, 2016).

DA ANÁLISE DO CABIMENTO EM ESPECIAL DA MEDIDA CAUTELAR DE PRISÃO TEMPORÁRIA FRENTE AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA, EM VISTA DAS ÚLTIMAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

BRENO EDUARDO CAMPOS ALVES:

Delegado de Polícia Civil do Estado do Tocantins; Graduado em Direito pela PUC-MINAS; Pós-graduado em Direito em Administração Pública; Pós-Graduado em Ciências Criminais.

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR^[1] (Coautor)

RESUMO: Trata-se de uma digressão sobre a prisão temporária em crimes associativos visando estabelecer uma hipótese de uso do instituto jurídico embasado na técnica investigativa, dando suporte e densidade aos comandos normativos que regulam esta modalidade de segregação, criando, assim, uma fundamentação teórico-prática.

Palavras chaves: Prisão temporária; investigação policial; crimes associativos;

A prisão temporária é determinada pela doutrina jurídico-penal como sendo uma espécie de prisão cautelar, a qual detém seus contornos legais insculpidos nas normas penais da Lei 7.960 de 1989. Por ser cautelar, pressupõe uma ampla conceituação e delimitação, visto não ser uma prisão definitiva (prisão-condenação). Assim, a conceituação desta espécie de prisão advém da própria lei que a institui, tendo em vista que a sua delimitação é, também, a sua definição, ou seja, a resposta de qual a sua finalidade, sua aplicabilidade e sua duração.

A Lei de Prisão Temporária já se inicia, em seu primeiro artigo, estabelecendo quando esta será cabível, ou seja, suas hipóteses legais de existência, sendo assim, após verificarmos estas proposições é que será possível retirar o seu cerne existencial.

Essa espécie de prisão cautelar prevê seu cabimento (i) quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; (ii) quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; (iii) quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua

combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) raptos violentos (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986); p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016)

Retiramos em primeira exegese que a referida modalidade de prisão não se aplica a qualquer crime, ninguém pode ser preso temporariamente por crime de ameaça, descrito na norma penal do art. 147 do CPB, ou por crime de dano, previsto na norma penal do art. 163 do CPB. Por outro lado, mas no mesmo norte, percebe-se que a referida legislação previu, em critério de taxatividade, o rol de crimes onde as investigações policiais podem lançar mão desta modalidade de prisão, sendo apenas em alguns crimes graves e gravíssimos.

Nota-se que dentro de um universo magnânimo – sobretudo o da legislação penal brasileira – temos uma limitação de apenas 15 estirpes de crimes nos quais a medida de prisão temporária é cabível. O professor-doutor Leonardo Yarochesky descreveu que *“atualmente no Brasil há 1.688 tipos penais (modelos de comportamento proibido) previstos no Código Penal e em diversas leis especiais ou extravagantes como, por exemplo, o Código de Trânsito Brasileiro, a Lei de Drogas, a Lei dos crimes contra ordem tributária e tantas outras”* (2016).

Para entabular um parâmetro de comparação legislativa, a Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90) prevê como tal o magote de 16 (dezesseis) estirpes de crimes rotulados pela hediondez ou equiparados a tal. Diante deste quadro, demonstra-se o caráter reduzido de abrangência e aplicabilidade do instituto jurídico penal em comento no presente trabalho depurativo.

Avançamos assim quanto à sua definição, a qual além de ser uma espécie de prisão cautelar, somente o é possível ser decretada/utilizada (utilitarismo) no decorrer de investigações de inquérito policial aptos a apurar pequenas famílias de crimes.

Seguimos.

Além da previsibilidade taxativa da qual tergiversamos, temos - uma ou outra (para alguns doutrinadores), as duas (para outros doutrinadores) - a existência de elementos a serem preenchidos para cabimento/implementação (aqui usamos o termo implementação em virtude de ser medida com finalidade específica e com

duração redigida pela lei), tais sejam: (i) quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; (ii) quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade. Desta forma, para o intento lógico desenhado neste ensaio, faremos referência somente ao elemento (i), o qual detém o cerne da questão aqui proposta.

A medida – prisão temporária –, então, é cabível quando imprescindível para as investigações do inquérito policial, sendo termo aberto em virtude das enésimas diligências que uma investigação policial possa ter em seu bojo, não sendo possível, obviamente, pela contextualização fática que a vida humana tem, taxar as condutas e as modalidades indutivas ou dedutivas de se encontrar elementos que a evidenciem como uma ocorrência fática no mundo real; ou, em termos simples: não é possível taxar todas as formas de se demonstrar algo junto ao inquérito policial.

Diante disso, temos, também em síntese, que a imprescindibilidade evidenciase quando a medida se torna necessária, referencial, com a qual a investigação avançará sobre o seu objeto.

Antes de concluirmos a análise deste instituto jurídico-penal, vamos esclarecer conceitualmente dois outros institutos – investigação *criminal e concurso de agentes (crimes associativos)* – para conseguirmos chegar a uma conclusão lógica e sustentável dentro do panorama legal.

Primeiro, adiantemos quanto ao conceito moderno de investigação criminal, o qual extraímos junto ao professor Celio Jacinto dos Santos:

“De maneira singela e objetiva, podemos afirmar que a investigação criminal ampla consiste em procedimento metódico e regulado empregue no conhecimento de um evento criminal, que proporciona ao sujeito cognoscente informações sobre o mesmo, e que lhe permite o encaminhamento de uma solução, seja ela parcial provisória ou definitiva”. (SANTOS, 2020, pág. 67)

Segundo, adiantemos quanto ao conceito de concurso de pessoas (crimes associativos), o qual extraímos junto ao professor Cleber Masson, o qual descreve:

“Na redação original da Parte Geral do Código Penal, isto é, anteriormente à entrada em vigor da Lei 7.209/1984, o instituto era denominado simplesmente de “coautoria”, de forma pouco abrangente e imprecisa, por desprezar a figura da participação. Atualmente, o Código Penal fala em “concursos de pessoas”. (...) É a colaboração empreendida por duas ou mais pessoas para a

realização de um crime ou de uma contravenção penal". (MASSON, 2016, p. 564)

Ressalvamos que, apesar de mencionarmos o concurso de pessoas no contexto acima, optamos pela descrição no presente ensaio do termo "*crimes associativos*", pois este termo engloba de forma ampla qualquer crime que tenha por base o ajuste prévio de execução por parte de dois ou mais indivíduos, sejam eles quem for, não sendo somente quando da conclusão, mas também quando seja uma hipótese a ser confirmada (parcial provisória).

Pois bem, após entabularmos os parâmetros da prisão temporária; conceituarmos a investigação criminal e os crimes associativos; vamos produzir a síntese, qual seja, uma definição técnico-jurídica de uma hipótese de cabimento de prisão temporária em crimes associativos.

Raciocinemos que uma investigação policial está em curso tendo o objeto da investigação uma espécie de crime previsto na lei de prisão temporária, sendo que o referido delito se tratou de um crime associativo (que teve a participação de dois ou mais autores), e, até este ponto hipotético, a investigação chegou a elementos mínimos de autoria e materialidade em desfavor de um dos autores, ou parte deles. Pois bem, neste ponto, estamos diante da possibilidade de utilizarmos a técnica da desestabilização, ou seja, apenas com a utilização desta técnica investigativa se avançaremos sobre o objeto de apuração, sendo imprescindível (sob pena do objeto não ser totalmente descortinado).

Sendo a atuação investigativa no âmbito de um Inquérito Policial considerada técnico-jurídica, alinham-se, a dogmática jurídica de hipóteses legais de cabimento de determinada medida à sua natureza técnica apontada pela "*imprescindibilidade das investigações*", alcançada pela formulação de ser elemento de desestabilização da associação em sentido amplo. Explicamos:

A segregação temporária dos já identificados poderá ser capaz de desestabilizar os demais asseclas, propiciando um ambiente investigativo onde mais elementos probatórios poderão ser encontrados. A desestabilização é técnica apta em investigações de crimes associativos, sendo fonte de elementos probatórios e, assim, principal razão de interrupção em ciclos de violência sob dois véis: (1) associação permanente; (2) associação não-permanente.

Na associação permanente (conceituação da investigação criminal) temos: criminosos agrupados que se estabilizam em atividades rotineiras de ganho com o crime, os quais só terão suas ações prejudicadas/desalinhas/desestabilizadas se houver ação estatal em seus esteios. Desta forma, a segregação de alguns autores de crimes associados já gera, por si só, do ponto de vista policial-investigativo,

abertura do ciclo criminoso (antes ocupado pelo sigilo dos participantes do crime) e um ambiente apto a maiores coletas de dados e elementos de informação.

Por outro lado, a medida de desestabilização será apta a demonstrar, também, se estar-se-á diante de uma associação não-permanente (conceituação da investigação criminal), mas gerará, da mesma forma e do mesmo ímpeto, por vezes até maior, a possibilidade de adentrar no ambiente de maior coleta de informações e elementos probatórios.

Da análise do cabimento em especial da medida cautelar de prisão temporária frente ao delito de associação criminosa, em vista das últimas alterações legislativas

A doutrina capitaneada por, Jayme Walmer de Freitas, leciona que:

“Por ter vida própria dentro do inquérito policial, a prisão temporária é cautelar destinada a legitimar, imediatamente (tutela-meio) a investigação policial e mediamente (tutela-fim), angariar substrato material ao órgão acusador para ajuizamento da ação penal”. (FREITAS, 2004, pag. 99)

É notável que a imprescindibilidade da medida excepcional de prisão temporária para as investigações do inquérito policial deve ser concretamente demonstrada, para seu acolhimento.

O art. 282, incisos I 'usque' §6º, todos do Código de Processo Penal disciplina que:

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária,

acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)“.

Já o art. 283, do mesmo diploma adjetivo penal, reza que:

*“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, **em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.**”*

A prisão temporária deve então a um só tempo amoldar ao trinômio exigido com advento da Lei Federal nº 12.403/2011 nas vertentes da: **necessidade, adequação e proporcionalidade.**

Como já dito, para a decretação da medida cautelar de prisão temporária é necessário observar se estão preenchidos os seus fundamentos, de acordo com o que prescreve o artigo 1º, da Lei n.º 7.960/89, *in verbis*:

“Art. 1.º Caberá prisão temporária:

I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

(...)

I) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; [grifos nossos]

(...)”

A maioria da doutrina entende que para a decretação dessa prisão de natureza cautelar é necessária a presença da situação contida, ou no inciso I ou no II, em concomitância com a do inciso III.

Nesse sentido, Damásio Evangelista de Jesus e Antonio Magalhães Gomes Filho:

“Segundo Damásio E. de Jesus e Antonio Magalhães Gomes Filho, a prisão temporária só pode ser decretada naqueles crimes apontados pela lei. Nestes crimes, desde que concorra qualquer uma das duas primeiras situações, caberá a prisão temporária. Assim, se a medida for imprescindível para as investigações ou se o endereço ou identificação do indiciado forem incertos, caberá a prisão cautelar, mas desde que o crime seja um dos indicados por lei.” (CAPEZ, p. 234/235).

Há a discussão doutrinária se à modificação legislativa do **antigo crime de formação de quadrilha ou bando** – que estaria previsto na lei de prisão temporária – para **associação criminosa** teria retirado a possibilidade deste importante instrumento, já que este *nomen iuris* não consta expressamente na Lei de Prisão Temporária.

Calha salientar neste ponto que, houve o princípio da continuidade normativo-típica, o que em outras palavras traduz que a antiga conduta não foi revogada pela nova roupagem, onde apenas o *nomen iuris* e a quantidade de agentes para fins de configuração por si só é que alteraram, restando viva a higidez dessa alínea “I” para os fins de decretação da prisão temporária. Nesse diapasão, nos valem dos ensinamentos do professor, Renato Brasileiro de Lima:

“Por consequência, por força do princípio da continuidade normativo-típica, o art. 1º, III, “I”, da Lei nº 7.960/89, continua válido. Todavia, onde se lê “quadrilha ou bando”, deverá se ler, a partir da vigência da Lei nº 12.850/13, “associação criminosa”. (LIMA, 2014, pág. 655)

Nesse quadrante, é possível sustentar que a prisão temporária caberia ainda ao crime de associação criminosa, pelo princípio da continuidade normativo-típica, como argumento, já que em essência houve apenas a modificação do “*nomen iuris*” ao crime em si. Ora, se podia a prisão temporária na antiga infração penal denominada de “formação de quadrilha ou bando”, os mesmos motivos permanecem na sucedida “associação criminosa” (pelo princípio da continuidade

normativo-típica). Em nossa pensar, houve então uma singela alteração apenas do “nomen juris”, onde esta formalidade não tem força hercúlea para impedir o uso da prisão temporária ao crime de “associação criminosa” ainda que sob o argumento do princípio da taxatividade, porquanto se cuida de uma nova modalidade daquilo que se tinha antes denominado de “quadrilha ou bando” de forma ampliada.

O fato de a Lei da Prisão Temporária ainda não ter sido atualizada e positivada nesta direção até o momento, deveria sofrer uma “interpretação corretiva” para se ler crime de “associação criminosa” em substituição ao antigo crime de “formação de quadrilha e bando”, em vista do princípio da continuidade normativo-típica.

No que toca à **possibilidade de prisão temporária apenas e tão somente à organização criminosa**, a mesma sorte não assiste, sendo apenas possível se houver o concurso de outros crimes que caibam à prisão temporária (como no exemplo de crime de tráfico de drogas em concurso de crime com organização criminosa). Nas palavras pontuais do delegado de polícia, Eduardo Luiz Santos Cabette, este ensina que:

“[...] Enquanto isso não se opera, a única hipótese de decreto de temporária em casos de “Organização Criminosa” ou “Constituição de Milícia Privada” será por meio dos crimes a serem eventualmente perpetrados pelos respectivos grupos delinquentes para os quais caiba expressamente o decreto da temporária. Por exemplo: se uma organização criminosa se dedica ao tráfico de drogas, à extorsão, ao roubo, à extorsão mediante sequestro etc. Em suma, a Prisão Temporária nesses casos somente será cabível por reflexo e não independentemente para a investigação específica da “Organização Criminosa” ou da “Constituição de Milícia Privada” (CABETTE, 2013, p.1).

Neste sentido aponta o Projeto de Lei 3764/2019, o qual tramita na Câmara dos Deputados, onde se intenta a modernização da Lei de Prisão Temporária, aperfeiçoando o rol taxativo para o novo *nomen iuris* do crime de associação criminosa e incluindo na taxatividade os crimes específicos de organização criminosa (Lei 12.850, de 2013) e os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei 9.613 de 1998).

Da fundamentação da prisão temporária e da Lei de Abuso de Autoridade

A nova Lei de Abuso de Autoridade - lei 13869/19 – gerou desde sua publicação enésimas discussões sobre a atuação de juízes, promotores e delegados de polícia, criando um espectro de incertezas quanto ao entendimento do movimento de fundamentação de decisões administrativas e judiciais que detenham relação com a prática penal-processual. Frisa-se que a lei de abuso de autoridade deu nova redação e alterou a Lei de Prisão Temporária nos seguintes termos:

§ 4º-A O mandado de prisão conterà necessariamente o período de duração da prisão temporária estabelecido no caput deste artigo, bem como o dia em que o preso deverá ser libertado.

§ 7º Decorrido o prazo contido no mandado de prisão, a autoridade responsável pela custódia deverá, independentemente de nova ordem da autoridade judicial, pôr imediatamente o preso em liberdade, salvo se já tiver sido comunicada da prorrogação da prisão temporária ou da decretação da prisão preventiva.

§ 8º Inclui-se o dia do cumprimento do mandado de prisão no cômputo do prazo de prisão temporária.

Entretanto, a correlação entre esta nova normativa e o propósito do presente ensaio se dá no tocante à figura típica criada abaixo, vejamos:

Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Neste ponto, uma decisão que decreta a prisão deve ter em si fundamentos para tanto, ou seja, devem ser encaixadas às hipóteses legais que se estruturaram em todo ordenamento jurídico, criando um lastro de legalidade. Assim, torna-se imperioso a estruturação de forma técnica – e sua relação com a doutrina jurídica – do termo “imprescindíveis para as investigações do inquérito policial”, tendo, na presente proposta, uma das hipóteses legais de cabimento quando diante de crimes associativos.

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em arremate, a prisão temporária pode ser – a critério de aplicabilidade da autoridade policial que conduz a investigação – imprescindível para investigações de crimes previstos na lei que regula a matéria, se estes crimes associativos, que foram cometidos por ajustes de dois ou mais autores, pois a desestabilização gerada com a prisão deste(s) indivíduo(s) gerará um ambiente propício ao avanço da investigação e identificação de mais elementos probatórios, de autoria e de co-autoria, de partícipes e de quaisquer concorrentes.

Temos assim, uma construção lógica de raciocínio técnico-jurídico para aplicação da prisão temporária da qual encapamos sob o nome de técnica da desestabilização associativa (técnica do abalo).

Ademais, entendemos também que, é possível sustentar que a prisão temporária caberia à associação criminosa, como argumento de plano lógico-

indutivo, sendo positiva a ação do legislador (ente) no intuito de modernizar a Lei de Prisão Temporária, visando atingir em maior raio seu objetivo de ser apoio, caminho, meio, para avanço do conteúdo de uma investigação e evitar argumentos defensivos em direção oposta.

Em tom derradeiro, entendemos que a prisão temporária não seria possível ao crime de organização criminosa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 3764/2019. Altera a Lei nº 7.960, de 21 dezembro de 1989, que dispõe sobre prisão temporária.. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1770513> . Acesso em: 18 abr. 2020. Texto Original.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Organização criminosa, milícia privada e associação criminosa: prisão temporária. **Publicado em 09 de dezembro de 2013 no site do JusBrasil. Disponível em:**

<<<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121938026/organizacao-criminosa-milicia-privada-e-associacao-criminosa-prisao-temporaria>>> .

Acesso em 18 de abril de 2020.

CAPEZ, Fernando – **Curso de Processo Penal**, 10ª Ed. Editora Saraiva.

FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão temporária**. São Paulo: Saraiva, 2004

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2ª Edição revista, ampliada e atualizada. Editora JusPODIVM. Salvador, 2014.

MASON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado** – Parte Geral – vol.1. 10ª ed. São Paulo: Forense, 2016.

YAROCESKY, Leonardo. **Por uma política criminal responsável**. Publicado em: 17 fev. 2016. Disponível em <<https://www.brasil247.com/blog/por-uma-politica-criminal-responsavel>>. Acesso em: 13 abr. 2020.

SANTOS, Célio Jacinto dos. **Teoria da Investigação Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2020.

NOTA:

[1] Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso. Atualmente Assessor Institucional da Polícia Judiciária Civil do Estado de Mato Grosso. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz

Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obras jurídicas, autor de artigos jurídicos, palestrante e professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

A PENHORA PARCIAL DO SALÁRIO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

ALEXIA AMORIM COSTA: Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho, Teresina - PI.

RAFAELLEN DA SILVA TEIXEIRA COSTA^[1]
(coautor)

GEORGE BARBOSA JALES DE CARVALHO^[2]
(Orientador)

RESUMO^[3]: O presente artigo tem como objetivo apresentar considerações acerca da possibilidade da penhora parcial do salário nas ações de improbidade administrativa como forma de ressarcir o erário público, através da análise de posicionamentos jurisprudenciais sobre o tema da lei de improbidade administrativa e a aplicação dos princípios constitucionais administrativos. Em vista do cenário atual, o tema é de indiscutível relevância no meio social e jurídico. O artigo foi desenvolvido com abordagem dedutiva, através de revisão bibliográfica e análise jurisprudencial do tema, concluindo pela possibilidade da penhora parcial do salário nas ações de improbidade administrativa, desde que assegurado ao indivíduo o mínimo existencial para a sobrevivência digna.

Palavras-chave: Direito Administrativo, Processo Civil, Mínimo Existencial, Erário Público, Improbidade.

ABSTRACT: This article aims to present considerations about the possibility of partial garnishment of wages in actions of administrative improbity as a way to compensate the public purse, through the analysis of jurisprudential positions on the theme of the law of administrative improbity and the application of the principles administrative constitutional requirements. In view of the current scenario, the theme is of indisputable relevance in the social and legal environment. The article was developed with a deductive approach, through bibliographic review and jurisprudential analysis of the theme, concluding by the possibility of partial attachment of the salary in actions of administrative improbity, provided that the individual is guaranteed the minimum existential for dignified survival.

Keywords: Administrative Law, Civil Procedure, Minimum Existential, Public Treasury, Improbity.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da improbidade administrativa. 2.1. Conceito de improbidade administrativa. 2.2. Da improbidade administrativa e o princípio da moralidade. 2.3. Atos de improbidade administrativa que importam em

enriquecimento ilícito. 2.4. Atos evidenciadores de enriquecimento ilícito. 2.5. Atos de improbidade administrativa que causam prejuízos ao erário. 3. Da impenhorabilidade do salário. 3.1. Noções acerca do instituto da penhora. 3.1. Noções acerca do instituto da penhora. 3.2. Reflexos sobre impenhorabilidade do salário (sentido genérico). 4. Penhora do salário nas ações de improbidade administrativa. 4.1. Da possibilidade da penhora do salário. 4.2. A (im)penhorabilidade do salário levando em conta os fundamentos legais e constitucionais. 4.3. Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e a relativização da (im)penhorabilidade do salário. 4.4. Da penhora parcial do salário como forma de ressarcir o erário público. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

No âmbito da administração pública o agente público ao praticar um ato ilícito de forma desonesta no cumprimento de suas funções, seja porque usou destas para adquirir vantagem econômica para si ou terceiros ou desviou recursos financeiros para enriquecimento próprio, prejudicando a União, incorre em ato de improbidade administrativa previsto na lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992.

A improbidade administrativa, é amparada pela Constituição Federal da República de 1988, uma vez que, em seu art. 37, §4º, estabelece as sanções possíveis ao agente público, tais sanções também estão previstas na Lei 8.429 de 1992. Ao incorrer em improbidade administrativa, surge a necessidade de, além da punição àquele que o comete, o total ressarcimento do dano ao erário público. Assim, tendo em vista o instituto jurídico da penhora, e considerando os dispositivos processuais acerca da impenhorabilidade, é importante saber em quais bens poderá recair tal responsabilidade caso o agente não cumpra as determinações legais.

Nesse sentido, é levantado o seguinte questionamento: É possível a penhora parcial do salário do agente condenado a ressarcir o erário público em uma ação de improbidade administrativa? O presente artigo cinge-se, então, em analisar através dos princípios constitucionais administrativos, da lei de improbidade administrativa, e dos posicionamentos dos tribunais sobre a possibilidade da penhora parcial do salário do agente público condenado na ação de improbidade administrativa, sem incorrer em conduta invasiva e prejudicial para aquele, com o intuito de ressarcir, portanto, o erário público.

O tema é de indiscutível relevância no âmbito jurídico e social em razão da grande incidência de casos de improbidade administrativa e a busca por efetividade processual, bem como a aplicação dos princípios constitucionais. Para tanto, por metodologia dedutiva serão discutidos ao longo do artigo conceitos e posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da improbidade

administrativa, da impenhorabilidade, e especificamente da penhora parcial do salário em ações de improbidade administrativa.

No primeiro capítulo foram abordadas considerações acerca da improbidade administrativa, destacando a conceituação, a correlação entre os princípios da moralidade e a probidade, bem como considerações acerca dos atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, atos evidenciadores de enriquecimento sem justificativa e atos de improbidade administrativa que causam prejuízos ao erário. No segundo capítulo, é dado o prosseguimento com a conceituação e considerações acerca da impenhorabilidade do salário, destacando as noções do instituto da penhora e os reflexos sobre a impenhorabilidade do salário, em sentido genérico.

E por fim, a penhora nas ações de improbidade administrativa, abordando quanto à possibilidade da penhora do salário, a impenhorabilidade do salário levando em conta os fundamentos legais e constitucionais, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e a relativização da impenhorabilidade demonstrando a possibilidade da penhora parcial do salário como forma de ressarcir o erário público.

2 DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 Do Conceito de Improbidade Administrativa

Em que pese a sua previsão no ordenamento jurídico por meio da Constituição Federal de 1988 e da Lei infraconstitucional nº 8.429/1992, não há pela legislação uma definição taxativa do conceito de improbidade administrativa, estabelecendo somente em seu artigo 1º da mencionada Legislação específica, de forma bastante aberta, que tal ocorrência desses atos será punida na forma da lei.

A doutrina, então, se encarrega de conceituar a improbidade administrativa. Cabe então, verificar o que alude o ilustre doutrinador Marçal Justen Filho em relação à definição de improbidade administrativa em sua obra de Direito Administrativo:

A improbidade administrativa consiste na ação ou omissão, no exercício da função pública, caracterizada por danosidade ou reprovabilidade extraordinária, que acarreta a imposição de sanções civis, administrativas e penais, de modo cumulativo ou não, tal como definido em lei (JUSTEN FILHO, 2016, p. 931).

Assim sendo, esclarece-se que a probidade do latim *probitate*, relaciona-se à honra e à honestidade, o que é contrário à improbidade, que traduz a má qualidade, imoralidade, desonestidade. A improbidade administrativa pode ser configurada através de condutas inadequadas, seja por desonestidade, descaso ou outro

comportamento impróprio ao exercício da função pública, merecedoras das sanções previstas no referido texto legal.

Vale lembrar, que a Lei de Improbidade Administrativa adveio como concretização do que foi estabelecido no artigo 37, § 4º da Constituição Federal de 1988, pelo qual dispõe que os atos de improbidade administrativa importarão à suspensão dos direitos políticos, à perda da função pública, à indisponibilidade dos bens e ao ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei.

Ademais, a Lei de Improbidade, nº 8.429/1992, determina as condutas praticadas por agentes públicos e também por particulares que nelas tomem parte. A definição de tais condutas é dada pelo artigo 9º, quanto aos que importam enriquecimento ilícito; pelo artigo 10 os que causam prejuízo ao erário; os que decorrem de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário previstos no artigo 10-A, acrescentado pela Lei Complementar nº 157/16; e os que atentam contra os princípios da Administração Pública dispostos no artigo 11.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que embora a lei fale em ato de improbidade, tem-se que entender que o vocábulo ato não é utilizado, nesses dispositivos, no sentido de ato administrativo, pois, o ato de improbidade pode corresponder a um ato administrativo, a uma omissão, a uma conduta (DI PIETRO, 2017).

Nesse sentido, a ilustre doutrinadora estabelece que:

Esse ato tem que ser praticado no exercício de função pública, considerada a expressão em seu sentido mais amplo, de modo que abranja as três funções do Estado; mesmo quando praticado por terceiro, que não se enquadre no conceito de agente público, o ato tem que ter algum reflexo sobre uma função pública exercida por agente público. Difícil conceber ato de improbidade praticado por terceiro que não esteja em relação de cumplicidade com agente público. Embora a lei, nos três dispositivos, tenha elencado um rol de atos de improbidade, não se trata de enumeração taxativa, mas meramente exemplificativa (DI PIETRO, 2017, p. 990).

Nessa esteira, percebe-se que ainda que o ato não se enquadre em uma das hipóteses previstas expressamente nos vários incisos dos três dispositivos, poderá ocorrer improbidade sancionada pela lei, desde que enquadrada no caput dos artigos 9, 10 ou 11.

O tema em questão encontra-se cotidianamente inserido na sociedade, em vista de inúmeros casos de corrupção registrados ao longo do tempo, destacando-se, desta forma, para a necessidade de interpretação e aplicação da Lei 8.429/1992, considerada um dos principais instrumentos no combate à corrupção administrativa.

Conceituada então a Improbidade Administrativa, não menos importante é destacar àqueles que sofrem a sua aplicação. A legislação, diferentemente do conceito, faz menção dos sujeitos a quem se recai, sendo o agente público, servidor ou não, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas na legislação.

Destaque-se ainda que, o artigo 3º também estende a aplicação da Lei, no que couber, àquele que mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. Nessa esteira, para ocorrer o ato de improbidade disciplinado pela Lei nº 8.429/92, são necessários três elementos: o sujeito ativo, o sujeito passivo e a ocorrência de um dos atos danosos previstos na lei como ato de improbidade.

2.2 Da Improbidade Administrativa e o Princípio da Moralidade

A probidade constitui um dos mais fortes parâmetros de concretização do princípio da moralidade administrativa (MARRARA, 2012, p.166). Assim, a moralidade como probidade exige do administrador a boa-fé na prática de suas condutas, impondo desta forma que o agente exerça a função pública no interesse de apenas concretizar os interesses públicos primários.

José Antonio Lisboa Neiva ao tratar sobre o princípio da probidade na obra *Improbidade Administrativa: legislação comentada*, destaca que existe orientação doutrinária no sentido de que a probidade administrativa seria sinônimo de moralidade administrativa, ou estaria inserida neste princípio, de que sua violação consistiria numa imoralidade qualificada (NEIVA, 2013).

O autor coloca em questão se a probidade administrativa seria uma espécie do gênero moralidade administrativa ou de que teria um conteúdo mais amplo que a própria moralidade, considerando que a legislação infraconstitucional integradora do comando constitucional do parágrafo 4º do art. 37, estipulou como violação a probidade ato que, atentando contra os princípios da administração pública, violasse além do dever de honestidade, imparcialidade e lealdade as instituições, a própria legalidade.

Em sua obra de Direito Administrativo, a nobre doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz:

Não é fácil estabelecer distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa. A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública. Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública (DI PIETRO, 2017, p. 1070).

Dessa maneira, o entendimento doutrinário destaca a probidade como subprincípio da moralidade que busca estimular a gestão pública profissional, já que a probidade tem como principal destinatário o agente público, de forma que possa diferenciar meros erros de administração e hipóteses de má-gestão, puníveis em esfera disciplinar e os atos de improbidade propriamente ditos. Para o ilustre doutrinador Thiago Marrara, a improbidade administrativa não é mero erro de administração. Improbidade é o ato de má administração marcado pela desonestidade de quem o pratica, desse modo, esclarece:

Ainda que um ato de improbidade possa constituir uma infração disciplinar, o contrário nem sempre é verdadeiro. A improbidade é marcada pelo desvio intencional do agente público, seja para se enriquecer indevidamente, seja para causar dano ao Erário, seja para simplesmente violar os princípios que regem a Administração Pública (MARRARA, 2012, p.168).

Neste sentido, é importante verificar, em cada caso concreto a existência de dolo em sentido estrito, para ser caracterizada a Improbidade Administrativa, pois, o Superior Tribunal de Justiça, já se posicionou nesse contexto entendendo que “não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas, a inabilidade do administrador, não cabe às punições previstas na Lei 8.429/1992. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil” (STJ, REsp nº213.994/MG).

Neste íterim, em vista das explanações, é de se observar que a probidade administrativa e a moralidade administrativa estão intimamente ligadas em virtude

da ética pública e da boa administração, de maneira que a atuação do administrador deve também seguir a legalidade e boa-fé.

2.3 Atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito

As condutas definidas como contrárias à probidade administrativa, conforme Lei nº 8.429/92, são divididas em três espécies distintas. São eles os atos que importam enriquecimento ilícito, atos que causam prejuízo ao erário e atos que atentam contra os princípios da administração pública. Estes atos de improbidade se desenvolvem com base em três espécies de ilícitos, os quais possuem uma origem comum, qual seja a violação aos princípios que regem a atividade pública.

A lei traz um rol meramente exemplificativo dos atos de improbidade administrativa. Em relação à estrutura do ato de enriquecimento ilícito por improbidade, presente no artigo 9º da mencionada lei, esta resulta de quatro elementos, quais sejam: a percepção de vantagens patrimoniais; ausência de fato lícito gerador da vantagem seja interno ou externo, conduta administrativa proibida; conexão causa entre a conduta e a vantagem e; o elo entre a conduta do agente público e a vantagem patrimonial.

Nessa esteira, o artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa trata da conduta de improbidade decorrente do enriquecimento ilícito do agente, constituindo-se em uma "derivação lógica e consequência inevitável dos atos de corrupção". Para José Antonio Lisboa Neiva, em sua obra sobre Improbidade Administrativa, ato ímprobo por enriquecimento ilícito do agente é, por excelência, a conduta que melhor se ajusta à ideia de ausência de caráter, deslealdade à instituição e desonestidade que envolve o conceito de improbidade (NEIVA, 2013).

Importante mencionar, que para a caracterização do ato de improbidade a que se refere o artigo 9º, prescinde que tenha ocorrido dano ao patrimônio da pessoa jurídica da qual faz parte o agente, na medida em que o juízo de reprovabilidade incide na própria conduta de receber vantagem ilícita em razão de sua posição, como agente público que teria atribuição para a ação ou omissão desejada pelo terceiro.

Nesse sentido, destaca a nobre doutrinadora Maria Sylvia Zanella de Pietro:

O fato de uma pessoa enriquecer ilicitamente no exercício de função pública pode não acarretar necessariamente dano ao patrimônio econômico-financeiro; por exemplo, se uma pessoa receber propina para praticar um ato que realmente é de sua competência ou para dispensar uma licitação quando esta era

obrigatória, esses atos podem não ocasionar prejuízo ao erário e ainda assim propiciar enriquecimento ilícito. Nesse caso, também, é o patrimônio moral que está sendo lesado (DI PIETRO, 2017, p.993).

Para configurar determinada conduta à tipologia do artigo 9º da Lei de Improbidade, faz-se necessário que tenha ocorrido o enriquecimento ilícito do agente ou que este tenha agido visando ao enriquecimento de terceiros, de tal feita, se houver vantagem diversa da patrimonial, adéqua-se nos outros dispositivos da Lei.

A Lei de Improbidade Administrativa elenca em seu art. 9º, doze incisos (I a XII) com os atos ensejadores de enriquecimento ilícito, entretanto, também deixou claro que os incisos não são exaustivos. Verifica-se através do advérbio “notadamente” utilizado, que traz o significado de especialmente, sem que exclua qualquer outra conduta que se amolde no *caput* do artigo analisado. Desta feita, não se pode exigir do legislador que este preveja todas as condutas que poderiam ocorrer em virtude de um enriquecimento indevido de agente público para realização de seus atos funcionais.

2.4 Atos evidenciadores de enriquecimento sem justificativa

Considerando que o enriquecimento ilícito se dá com a aquisição de vantagens patrimoniais de maneira indevida pelo agente que auferir tais vantagens em razão do exercício do cargo, função, mandato, emprego ou atividades, seja ele servidor ou não, contra a administração pública.

Dentre os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, elencados na Lei, destaca-se o inciso VII do supramencionado artigo 9º em que há a situação jurídica que faz presumir a improbidade e o enriquecimento sem justa causa. O aludido inciso refere-se à aquisição, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público.

Quanto ao tema, sábias são as palavras do ilustre doutrinador José Antônio Lisboa Neiva:

Não se cuida, como deixa transparecer a literalidade, do simples descompasso entre valores dos bens adquiridos com os rendimentos percebidos no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública. Deseja o legislador combater, na verdade, é a aquisição de bens com base em rendimentos

ilícitos percebidos em razão de tais atividades (NEIVA, 2014, p.91).

Nesse caso, não há que se falar que a simples variação patrimonial do agente em descompasso com rendimentos recebidos da Administração Pública, pois, esta não constitui imediatamente uma irregularidade, considerando que tal variação pode advir de doações ou mesmo de uma herança.

Entretanto, em consonância com as palavras de José Antonio Lisboa Neiva (2014, p. 92) pode sim, haver um liame que demonstre ter ocorrido o enriquecimento em virtude do exercício da atividade pública, até mesmo em decorrência da ausência de qualquer justificativa idônea para ter aumentado o patrimônio consideravelmente após atuação como agente público.

Sobre o tema, vale conferir decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa." **Evolução patrimonial incompatível com os vencimentos de servidora pública no período em que foi nomeada Chefe de Tesouraria da Prefeitura Municipal de Cardoso. Operações financeiras não justificadas pela ex-servidora.** Afastadas as sanções administrativas em razão da prescrição prevista no art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa. Sentença reformada nessa parte. Ressarcimento ao erário devido. Recurso parcialmente provido (TJSP, AC 0733368.5/7-00) (grifo nosso).

Nesse diapasão, vale ressaltar que o agente público no ato do início do seu vínculo com a administração assina um termo de declaração de bens para concorrer a cargo, função ou emprego da administração pública. Este termo tem como finalidade controlar a evolução dos bens dos agentes, verificando se os bens são proporcionais às percepções financeiras, e em casos de desproporcionalidade, verificar a possibilidade de configuração de atos de enriquecimento sem justa causa contra a administração.

2.5 Atos de improbidade administrativa que causam prejuízos ao erário

O artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa disciplina a improbidade administrativa que causa lesão ao erário, com perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º desta lei. O dispositivo prevê, ao lado da ação ou omissão dolosa, que a caracterização da improbidade por lesão ao erário poderia decorrer de condutas

culposas, consentindo a doutrina dominante com uma improbidade baseada na culpa, nas hipóteses do artigo 10.

Para Jose Antônio Lisboa Neiva (2014, p.101), admitir tal ponto de vista é aceitar que o legislador infraconstitucional tem a liberdade para, em integração do art. 37 da Constituição Federal, dizer o que é improbidade de modo destoante com o seu conceito histórico e assimilado quando da elaboração do texto constitucional.

Como mencionado alhures, o termo improbidade advém de má qualidade e imoralidade, relevando aquele que não procede bem, que age indignamente, sendo então, atributo daquele que é ímprobo, ou seja, violador de regras legais e morais. Assim, entende-se que a conceituação exige dolo, sendo difícil imaginar deslealdade, desonestidade e corrupção por negligência, imperícia e imprudência. O dano ao erário constitui elemento objetivo do tipo de improbidade administrativa em questão, conforme expressamente exigido pelo *caput* do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

Em relação ao elemento subjetivo na caracterização dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízos ao erário, cabe verificar o disposto na seguinte jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATO ÍMPROBO QUE CAUSA LESÃO AO ERÁRIO E ATENTA CONTRA OS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO OU CULPA GRAVE DOS AGENTES PÚBLICOS. AUSÊNCIA DE PROVA. IMPROBIDADE NÃO COMPROVADA. IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO A TERCEIRO. NECESSIDADE DE CONFIGURAÇÃO DO ATO ÍMPROBO POR AGENTE PÚBLICO. NÃO CONFIGURADA A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, EVENTUAL PREJUÍZO AO ERÁRIO DEVE SER OBJETO DE AÇÃO DE RESSARCIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO NAS SANÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PREVISTAS NO ART. 37, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL[1] E NO ART. 12 DA LEI 8.429/92[2]. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DISPOSITIVOS. ENFRENTAMENTO NAS RAZÕES DE DECIDIR. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A configuração de ato de improbidade administrativa exige a presença de elemento subjetivo, a saber, dolo ou culpa grave. 2. Ausente a prova do elemento subjetivo, afastada está a improbidade administrativa. 3. A responsabilização de terceiro depende da

prática de um efetivo ato de improbidade administrativa por agente público. Nos termos da jurisprudência do STJ. 4.. Não configurado ato ímprobo, eventual prejuízo causado ao erário deve ser, em tese, objeto de ação de ressarcimento; não podendo ensejar as sanções de improbidade administrativa previstas no art. 37, § 4º, da Constituição Federal e no art. 12 da Lei nº. 8.429/92. 5. Prequestionamento de dispositivos constitucionais e legais que não foram violados, cujas matérias foram enfrentadas nas razões de decidir. (TJ-RN - AC: 20170113811 RN, Relator: Desembargadora MARIA ZENEIDE BEZERRA., Data de Julgamento: 26/03/2019, 2ª Câmara Cível).

Conforme verificado, há também o entendimento de que a configuração de ato de improbidade administrativa exige a presença de elemento subjetivo, qual seja, dolo ou culpa grave. Como exposto no caso, estando ausente a prova do elemento subjetivo, afastada está a improbidade administrativa.

Em relação à configuração de atos de improbidade administrativa que importam prejuízo ao erário público, cabe verificar o que alude o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça abaixo transcrito:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IRREGULAR PREENCHIMENTO DE CHEQUES. ORDENADOR DE DESPESA. ATO QUE CAUSOU LESÃO AO ERÁRIO. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ELEMENTO SUBJETIVO CULPOSO. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. 1. O Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, inclusive no tocante à moldura fática que fundamentou a condenação pela prática de ato de improbidade administrativa. 2. Segundo o arcabouço fático delineado pela instância de origem, restaram claramente demonstrados o prejuízo ao erário e a culpa no preenchimento irregular de cheques que foram posteriormente utilizados para enriquecimento ilícito de terceiros e na omissão quanto às providências necessárias para sanar as ilegalidades. Tal circunstância é suficiente para configurar o ato de improbidade capitulado no art. 10 da Lei nº 8.429/1992. 3. A condenação pela prática de ato administrativo que causa lesão ao erário depende, além da comprovação de prejuízo efetivo ao patrimônio público, da

existência ação ou omissão do agente público capaz de causar, ainda que involuntariamente, resultado danoso ao patrimônio público, o qual poderia ter sido evitado caso tivesse empregado a diligência devida pelo seu dever de ofício, tal como verificado no caso dos autos. 4. Para acolher as alegações de que os cheques foram devidamente preenchidos ou de que as irregularidades não chegaram a conhecimento do acusado, seria necessário o reexame do acervo probatório constante dos autos, providência vedada pela teor da Súmula 7/STJ. 5. O dissídio jurisprudencial não foi comprovado na forma exigida pelos arts. 541, parágrafo único, do CPC/73 e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. Com efeito, a parte recorrente apontou como paradigma julgado que não tem similitude fática com a matéria ora apreciada, tendo em vista que as conclusões dos acórdãos confrontados estão amparadas tão somente nas peculiaridades de cada um dos casos. 6. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ - AgInt no AREsp: 941061 MG 2016/0165530-0, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 05/06/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/06/2018)

Como se pode extrair, para que haja o cabimento do ato de improbidade capitulado no artigo 10 da Lei nº 8.429/1992, deve ser além da comprovação de prejuízo efetivo ao patrimônio público, a existência ação ou omissão do agente público capaz de causar, ainda que involuntariamente, resultado danoso ao patrimônio público, o qual poderia ter sido evitado caso tivesse empregado a diligência devida pelo seu dever de ofício, tal como verificado no caso mencionado.

3 DA IMPENHORABILIDADE DO SALÁRIO

3.1 Noções acerca do instituto da penhora

A penhora é um instituto do Direito Processual Civil em fase de execução, sendo o ato pelo qual os bens do executado serão apreendidos para empregá-los de forma a satisfazer a demanda executiva. Assim, conforme dispõe a legislação, depois de efetivada a citação do executado e não tendo logrado êxito no adimplemento da dívida no prazo estabelecido em lei de três dias, não resta outra forma senão a apreensão dos bens do mesmo para satisfazer o crédito do exequente. Até a penhora, a responsabilidade patrimonial é ampla, de forma que todos os seus bens podem responder pela demanda imposta.

Em princípio, todos os bens do executado são passíveis de penhora, respondendo aquele com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas no artigo 789 do Código de Processo Civil que são considerados impenhoráveis ou inalienáveis. Há várias modalidades de penhora, e considerando a forma que se procederá para efetivá-la, ela poderá ser tanto por auto, termo, como também por meio eletrônico, e os bens sobre os quais a constrição irá recair podem ser móveis, imóveis, créditos, ações e cotas de sociedades empresárias, estabelecimento comercial, industrial ou agrícola percentual de faturamento de empresa, dentre outros.

3.2 Reflexos sobre a impenhorabilidade do salário (sentido genérico)

O artigo 833 do Novo Código de Processo Civil, repetindo o texto presente no antigo código, estabelece um rol com diversas impenhorabilidades:

Art. 833. São impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º ;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;

XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra (BRASIL, 2015).

Esse rol designa as situações nas quais não é permitida a penhora, por força da lei. Porém o mesmo artigo ressalva algumas situações em seu parágrafo segundo, e uma delas é a possibilidade de a penhora recair sobre o salário do executado. A exceção prevista na parte final do parágrafo 2º do artigo 833 do código de processo civil trata da regra de impenhorabilidade de salário em que não se abrange as importâncias que ultrapassarem o limite de cinquenta salários mínimos mensais.

Para o ilustre doutrinador Freddie Didier Junior (2017, p. 811), "exatamente por tratar-se de uma técnica de restrição a um direito fundamental, é preciso que sua aplicação se submeta ao método da ponderação, a partir da análise das circunstâncias do caso concreto." Assim, as regras de impenhorabilidade devem ser aplicadas em consonância com a aplicação das normas de direitos fundamentais.

4 PENHORA NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

4.1 Da possibilidade da penhora do salário

Tendo em vista o instituto da Penhora, estuda-se nesse caso a penhora do salário nas ações de improbidade administrativa. O Código de Processo Civil de 2015 retirou a expressão "absolutamente" que antes constava, no texto do CPC/1973, passando a constar apenas "são impenhoráveis" o que permite uma certa flexibilização no momento da aplicação do instituto.

Em que pese dita impenhorabilidade do salário, como mencionado alhures, há perfeita possibilidade de penhora do salário considerando os institutos trazidos pelo § 2º do artigo 833. O que se pode constatar é que o salário não é mais

integralmente impenhorável, independentemente da natureza do crédito, embora o limite de 50 salários mínimos continue sendo desproporcional, tendo em vista que muitas famílias conseguem subsistir com até menos de quatro salários mínimos mensais, bem como a finalidade da impenhorabilidade é a preservação da sobrevivência digna, do “mínimo existencial” garantido constitucionalmente.

Nessa esteira observa-se que é dada margem à possibilidade de penhora desde que observados requisitos legais e constitucionais acerca do mínimo existencial. Apesar da subjetividade do termo “mínimo existencial”, este pode ser definido como o conjunto de bens e utilidades indispensáveis para uma vida humana digna.

Salienta-se que há entendimentos jurisprudenciais, que serão explanados a seguir, que demonstram que a regra geral de impenhorabilidade de vencimentos pode ser excepcionada a fim de garantir a efetividade da tutela jurisdicional, desde que observado percentual capaz de assegurar a dignidade do devedor e de sua família. Em relação aos casos de improbidade administrativa, a penhora do salário como uma sanção representa valioso instrumento para assegurar-se a probidade administrativa por parte de todos a quantos se acha entregue a condução dos negócios públicos.

4.2 A (im)penhorabilidade do salário levando em conta os fundamentos legais e constitucionais

A (im)penhorabilidade do salário evidencia problemática tanto jurídica quanto social, considerando os valores protegidos, bem como qual patamar a proteção desses valores pode se impor à efetividade processual. É tema pelo qual incidem divergências jurisprudenciais.

Anteriormente, a Corte flexibilizava a regra somente no caso de penhora realizada para o pagamento de verbas alimentícias, tal entendimento ainda prevaleceu, após a entrada em vigor do novo Código, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que o salário, soldo ou remuneração são impenhoráveis, sendo essa regra excepcionada unicamente quando se tratar de penhora para pagamento de prestação alimentícia. Assim cabe verificar a ementa do seguinte julgado:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. IMPENHORABILIDADE. 1. "O entendimento do STJ é de que o salário, soldo ou remuneração são impenhoráveis, nos termos do art. 649, IV, do CPC/1973, sendo essa regra excepcionada unicamente quando se tratar de

penhora para pagamento de prestação alimentícia." (AgInt no REsp 1579345/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017) 2. O exame da pretensão recursal sob a alegação de que o próprio contrato firmado com a FHE autoriza a consignação em folha de pagamento, tal como colocada, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório, bem como de cláusulas contratuais, providências vedadas em recurso especial, consoante os óbices previstos nas Súmulas 5 e 7 do STJ. 3. Pelos mesmos motivos, segue obstado o recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional, sendo certo que não foram atendidas as exigências dos arts. 1.029, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1116479/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 10/11/2017)

No mesmo sentido encontra-se o julgado da Segunda Turma:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MILITAR. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Documento: 88201996 - Despacho / Decisão - Site certificado - DJe: 03/10/2018 Página 3 de 4 Superior Tribunal de Justiça CONTRATO DE MÚTUO. INADIMPLEMENTO. CONSIGNAÇÃO EM FOLHA DE PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. IMPENHORABILIDADE DE SOLDADO. ART. 649, IV, DO CPC/1973. 1. O acórdão de origem não destoia da jurisprudência firmada no STJ de que salário, soldo ou remuneração são impenhoráveis, nos termos do art. 649, IV, do CPC/1973, sendo essa regra excepcionada unicamente quando se tratar de penhora para pagamento de prestação alimentícia. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1122901/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018)

A outro ponto, a Terceira Turma decidiu que havendo controvérsia em torno da possibilidade de serem penhorados valores depositados na conta salário do executado, que percebe remuneração mensal de elevado montante, a regra geral da impenhorabilidade dos valores depositados na conta bancária em que o executado recebe a sua remuneração, situação abarcada pelo art. 649, IV, do CPC/73, pode ser excepcionada quando o montante do bloqueio se revele razoável

em relação à remuneração por ele percebida, não afrontando a dignidade ou a subsistência do devedor e de sua família.

No mesmo sentido, asseverou julgado da Quarta Turma e que quanto à impenhorabilidade preconizada no art. 649, IV, do CPC/73 a egrégia Corte adotou o entendimento de que a referida impenhorabilidade comporta exceções, como a que permite a penhora nos casos de dívida alimentar, expressamente prevista no parágrafo 2º do mesmo artigo, ou nos casos de empréstimo consignado, limitando o bloqueio a 30% (trinta por cento) do valor percebido a título de vencimentos, soldos ou salários.

Nesse diapasão, verifica-se que a impenhorabilidade pode ocorrer em virtude das condições de cada caso concreto. Assim, é necessário que sejam observados os aspectos legais e constitucionais para que ao tempo que exista efetividade processual, seja ressarcido o erário público sem adentrar ao mínimo existencial do indivíduo.

4.3 Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e a relativização da im(penhorabilidade)

Em que pese a existência de julgados em sentido diverso, recentemente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça evoluiu para admitir a flexibilização da regra da impenhorabilidade também no caso de dívida não alimentar, desde que esteja comprovado nos autos que o bloqueio de parte da remuneração não prejudica a subsistência do devedor.

Em 14 de novembro de 2017 a Relatora Ministra Nancy Andrighi da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em julgamento decidiu pela relativização da regra de impenhorabilidade das verbas salariais para satisfação de crédito não alimentar, quando não houver comprometimento de valores que garantam a subsistência digna. Cabe verificar o disposto na ementa:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE PERCENTUAL DE SALÁRIO. RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DE IMPENHORABILIDADE. POSSIBILIDADE. 1. Ação ajuizada em 25/05/2015. Recurso especial concluso ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal é definir se, na hipótese, é possível a penhora de 30% (trinta por cento) do salário do recorrente para o pagamento de dívida de natureza não alimentar. 3. Em situações excepcionais, admite-se a relativização da regra de impenhorabilidade das verbas salariais prevista no art. 649, IV, do CPC/73, a fim de alcançar

parte da remuneração do devedor para a satisfação do crédito não alimentar, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família. Precedentes. 4. Na espécie, em tendo a Corte local expressamente reconhecido que a constrição de percentual de salário do recorrente não comprometeria a sua subsistência digna, inviável mostra-se a alteração do julgado, uma vez que, para tal mister, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, inviável a esta Corte em virtude do óbice da Súmula 7/STJ. 5. Recurso especial conhecido e não provido. (STJ - REsp: 1658069 GO 2016/0015806-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 14/11/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/11/2017)

O voto da ministra relatora, de tal forma, relativizou a regra do inciso IV do artigo 833 do CPC, em nome dos princípios da efetividade e da razoabilidade, de modo que o direito à satisfação executiva também deve ser ponderado na interpretação à regra da impenhorabilidade. Desta feita, tem-se que o entendimento jurisprudencial do STJ possibilitou a penhora de salário de valores inferiores a 50 (cinquenta) salários mínimos.

Acerca da penhora nas ações de improbidade administrativa, há recente decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais seguindo a mesma linha de pensamento, pelo qual reconhece a existência de uma exceção implícita à regra geral da impenhorabilidade para o caso em que a penhora de parte dos vencimentos do devedor não é capaz de atingir a dignidade ou a subsistência do devedor e de sua família, ressaltando a necessidade de ser ressarcido o erário público. É o que se expõe a seguir:

EMENTA: AGRADO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - DANO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO - RESSARCIMENTO AO ERÁRIO - PENHORA MENSAL DE SUBSÍDIO - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 14, § 3º, DA LEI 4.717/65 - MICROSSISTEMA PROCESSUAL DA TUTELA COLETIVA - RELATIVIZAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 833, IV, DO CPC
1. A impenhorabilidade das verbas salariais (CPC, art. 833, IV) não é oponível em caso de condenação ao ressarcimento ao erário em razão da prática de ato de improbidade administrativa lesivo ao patrimônio público. Aplicação analógica do art. 14, § 3º, da Lei n. 4.717/65, em razão do

microsistema processual da tutela coletiva. 2. Agente político que voltou a perceber significativa remuneração dos próprios cofres públicos que lesou, evidenciando-se o nítido interesse público da medida postulada pelo órgão ministerial. 3. Possibilidade de bloqueio mensal de 30% (trinta por cento) do subsídio do devedor, montante que não comprometerá a sua subsistência. 4. Recurso provido. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0105.04.124192-5/003, Relator(a): Des.(a) Áurea Brasil, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/07/2018, publicação da súmula em 31/07/2018)

Neste íterim, revela-se necessária a intervenção do Poder Judiciário para que a luz do devido processo legal, bem como das circunstâncias de cada caso concreto, conhecendo a realidade do devedor, possa afirmar se a penhora de sua verba remuneratória, ainda que aquém do limite de 50 (cinquenta) salários mínimos mensais, prejudicará a sua subsistência ou não, oportunidade na qual definirá se é possível realizá-la de forma a garantir a satisfação do crédito.

Em relação ao tema, cabe verificar as sabias palavras do ilustre doutrinador processualista Fredie Didier Jr:

É possível penhorar parcela desse rendimento, mesmo que não exceda a cinquenta salários mínimos. Restringir a penhorabilidade de toda a “verba salarial” ou apenas permiti-la no que exceder cinquenta salários mínimos, mesmo quando a penhora de uma parcela desse montante não comprometa a manutenção do executado, pode caracterizar-se como aplicação inconstitucional da regra, pois prestigia apenas o direito fundamental do executado, em detrimento do direito fundamental do exequente (DIDIER JR, 2017, p. 923).

Em suma, e utilizando como exemplo as aludidas decisões, nota-se a necessidade de buscar equilibrar os direitos fundamentais em conflito no caso, de forma a assegurar a garantia do mínimo existencial e da dignidade do devedor, sem desassistir a efetividade do processo e a satisfação do crédito pleiteado. Assim, além das decisões jurisprudenciais se adequarem melhor ao sentido teleológico da norma, a natureza jurídica da impenhorabilidade se revela mais compatível com a sua relativização do que com o seu entendimento em termos absolutos.

4.4 Da penhora parcial do salário como forma de ressarcir o erário público

Ressarcir o erário é buscar recuperá-lo do prejuízo sofrido por conta da prática de algum ato ilícito por parte de um agente, assim, considerando a possibilidade da penhora parcial do salário, esta torna-se uma medida de suma importância quando se trata de uma forma a ser utilizada para ressarcir o erário público de danos causados por agente que incorreu em atos de improbidade administrativa.

Em que pese o ressarcimento ao erário possa ser dado por meio de outras hipóteses, como a penhora de imóveis, veículos ou de valores existentes em conta bancária que não tenham natureza salarial, deve-se destacar que em não tendo possibilidade de serem utilizados tais meios, a penhora parcial do salário, respeitado o mínimo existencial, é perfeitamente cabível. Desta feita, diante das divergências jurisprudenciais, nota-se que é mais compatível o entendimento favorável à penhora parcial do salário.

Em sua obra Manual de Improbidade Administrativa, o ilustre doutrinador Daniel Amorim (2018, p.32) destaca que “não basta a existência de normas de combate à improbidade administrativa se a respectiva efetivação não for adequada.” Assim sendo, o manuseio do arsenal jurídico, complexo e heterogêneo, é igualmente fundamental para a prevenção e a punição daqueles que atentarem contra os valores consagrados no ordenamento jurídico.

Como se sabe, a corrupção é um crime extremamente racional, sendo que a sua prática visa sempre lucro e prestígio. A penhora parcial do salário é, portanto, um mecanismo imprescindível de combate às infrações de colarinho branco, cuja meta é o ganho ilícito por meio do prejuízo para o Erário, para que possa prevenir o lucro indevido e recuperar o dinheiro público desviado.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo, através da análise dos recentes julgados, no que tange a penhora parcial do salário e a busca pela efetividade processual, constatou-se pela relativização da regra de impenhorabilidade prevista no artigo 833 § 2º do CPC/2015, pois, tal interpretação melhor se harmoniza com os entendimentos jurisprudências em relação ao tema, de forma que, não afetando o mínimo existencial do indivíduo e sua dignidade, a penhora possa recair sobre percentual de vencimentos ou outras verbas de natureza alimentar, a fim de assegurar a efetividade ao ressarcimento do Erário público no âmbito das ações de improbidade administrativa, através da penhora parcial do salário.

A Lei nº 8.429/92 representa valioso instrumento para garantir a probidade administrativa por parte dos agentes públicos, garantindo-se, assim, a incolumidade do patrimônio público e o respeito aos princípios da administração, mediante a punição dos culpados e o ressarcimento ao erário.

Considerando, então, os princípios constitucionais administrativos, a lei de improbidade administrativa, a garantia do mínimo existencial ao agente e os posicionamentos jurisprudenciais, conclui-se que é totalmente possível a penhora parcial do salário do agente condenado a ressarcir o erário público em uma ação de improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Lei nº 13.105**. Dispõe sobre o Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015.

_____. **Lei nº 8.429**. Dispõe sobre a improbidade administrativa, de 02 de junho de 1992.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.658.069/GO**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 14 de novembro de 2017. Diário Oficial da União. Brasília. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/523916311/recurso-especial-resp1658069-go-2016-0015806-6>. Acesso em: 11 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no agravo em recurso especial: AgInt no AREsp 941061 MG 2016/0165530-0**. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília. 05 de junho de 2018. Diário da Justiça Eletrônica. Brasília. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595910860/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-941061-mg-2016-0165530-0?ref=serp>. Acesso em: 11 de abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.330.567/RS, 2ª Seção**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 10 de dezembro de 2014. Diário Oficial da União. Brasília. Disponível em: <http://diario.tjrr.jus.br/dpj/dpj-20171127.pdf>. Acesso em: 30 de mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1116479/RJ**, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma. Brasília, 24 de outubro de 2017. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/520279166/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1116479-rj-2017-0136934-2>. Acesso em: 05 de abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp: 1122901 RJ 2017/0148693-2**. Relator: Ministro Og Fernandes, Brasília. 27 de fevereiro de 2018, Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559897617/agravo-interno-no->

[agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1122901-rj-2017-0148693-2/inteiro-teor-559897627?ref=serp](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/449434432/recurso-especial-resp-1518169-df-2015-0046046-7?ref=serp). Acesso em: 02 de abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1514931/DF**, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma. Brasília, 25 de outubro de 2016. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/449434432/recurso-especial-resp-1518169-df-2015-0046046-7?ref=amp>. Acesso em: 29 de mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça - RN. **Apelação cível: AC 20170113811 RN**. Relator: Desembargadora Maria Zeneide Bezerra. Natal, 26 de março de 2019. Disponível em: <https://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/691969646/apelacao-civel-ac-20170113811-rn?ref=serp>. Acesso em: 11 de abr. 2020.

_____. Tribunal de Justiça - RJ. **PL: 00031654220088190011 RJ**. Relator: Mônica Maria Costa Di Piero. Cabo Frio-RJ. 04 de julho de 2017. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/516424446/apelacao-apl-31654220088190011-rio-de-janeiro-cabo-frio-2-vara-civel/inteiro-teor-516424455?ref=serp>. Acesso em: 10 de abr. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie et al. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEIVA, José Antônio Lisboa. **Improbidade Administrativa: Legislação comentada artigo por artigo: doutrina, legislação e jurisprudência**. 4. ed. rev., atual. Niterói: Impetus, 2013.

_____, José Antônio Lisboa. **Improbidade Administrativa: Legislação comentada artigo por artigo: doutrina, legislação e jurisprudência**. 5. ed. rev., atual. Niterói: Impetus, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de improbidade administrativa: direito material e processual**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

MARRARA, Thiago. **Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade e interesse público**. 1. ed. São Paulo: ATLAS, 2012.

NOTAS:

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail*. ellenrafacosta@gmail.com.

[2] Orientador Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito pela PUC-RS. *E-mail*. george_jales@yahoo.com.br.

[3] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Teresina-PI, 11 de maio de 2020.

DEVER DE INFORMAÇÃO DAS EXCHANGES QUE OPERAM CRIPTOATIVOS

LEONARDO DE TAJARIBE RIBEIRO

HENRIQUE DA SILVA JUNIOR:

Advocacia Criminal & Consultoria
Jurídica.

Partindo do contexto contemporâneo de expansão das tecnologias informáticas, desencadeando o constante aprimoramento das estruturas financeiras e negociais em todo o mundo, impõe-se a observância de determinadas consequências indesejadas para os agentes que operam no mercado de criptoativos, as quais vêm, no mais das vezes, atreladas as próprias inovações acarretadas pela acelerada evolução informática.

Sabe-se que a evolução tecnológica prosperada no século corrente ocasionou drásticas mudanças não só na vida pessoal de todos os cidadãos, mas também no cotidiano empresarial, acarretando o aperfeiçoamento das atividades empresariais na mesma medida em que resulta na falência de diversas outras unidades empresariais, numa fiel demonstração fática da lei natural que diz: “ou se adapta, ou morre”.

Referidas mudanças englobam primordialmente a totalização das operações financeiras por meios digitais por parte de algumas grandes empresas, bem como da própria finalidade empresarial. Nos dias atuais, é possível abrir e operar uma empresa, com prestação de serviços de alta qualidade, sem sair da frente do computador. Cita-se, a título de exemplo, o e-commerce, forma de transacionar eletronicamente, que possibilita a existência de uma loja virtual sem qualquer filial física – exceto para manter reserva de estoques, mas não necessariamente -, com serviços de entrega pelo país inteiro.

Neste contexto, destaca-se também a operacionalização digital das atividades negociais por parte de instituições financeiras, com a próspera criação de diversos bancos digitais, possibilitando a seus usuários a prática de diversas operações bancárias pela tela de um celular. Desta forma, pode-se abrir uma conta digital, transferir dinheiro para outros bancos, receber créditos e inclusive operar no mercado de ações, apenas pela tela de um smartphone.

Deste modo, considerando que a maior parte das operações financeiras necessárias para o trato cotidiano – receber, pagar, transferir, etc – é possível por meio digital, porque não criar, também, uma “moeda” digital, imune à inflação, protegida das elevadas taxas bancárias, sem ocupar espaço físico e internacional, sendo o maior complicador financeiro apenas a ausência de lastro patrimonial.

A resposta a esta indagação surgiu em meados de 2009, com a criação do Bitcoin, criptoativo que inspirou a criação de todos os demais que hoje existem, como o Ethereum, Litecoin, Monero, Dash e diversos outros.

Desta forma, a criação das criptomoedas – as quais chamaremos aqui de “criptoativos”, por motivos que elucidaremos adiante – possibilita a compra e venda de produtos – e das próprias “moedas”, por meio totalmente digital, através de carteiras digitais (*wallets*), mediante operações realizadas diretamente entre os usuários, de carteira a carteira (*peer-to-peer*), ou por intermédio de empresas (*exchanges*).

A primeira vista, operar com criptomoedas é tentador – ao menos do ponto de visto econômico-financeiro –, tendo em vista sua imunidade aos índices inflacionários, sua abrangência internacional e, inclusive, a possibilidade de utilizá-la como investimento financeiro pois, em razão da sua volatilidade – eis que seu valor é resultante da confiança que seus operadores lhe deposita – seu preço pode variar, e muito, em questão de meses ou semanas.

Entretanto, nem tudo é maravilha no país de Alice. As controvérsias judiciais se iniciam no momento de definir a regulamentação estatal para a utilização dos criptoativos. Isto deve-se ao fato de que não há um consenso acerca da natureza jurídica dos criptoativos, havendo inclusive diversas decisões no mundo inteiro que desconsidera sua natureza de moeda.

Cite-se, a título introdutório, a decisão emanada de uma Juíza na Flórida, a qual declarou que Bitcoin não é dinheiro e, portanto, não poderia ser passível de lavagem, tendo em vista sua descentralização, ausência de regulação e extrema volatilidade, fatores estes que não permitem definir ou descrever exatamente o que é o Bitcoin.[i]

No mesmo sentido, Juízes brasileiros vem se posicionando no sentido de que moedas digitais como o Bitcoin não são consideradas moedas para fins financeiros, ante a ausência de condição de moeda de curso legal, destituída de qualquer soberania.[ii]

Ainda nesta direção, a Comissão de Valores Mobiliários, através do Ofício Circular nº 1/2018, vedou a aquisição de moedas digitais por parte de fundos de investimento regulados pela instrução normativa nº 555/14, sob o argumento de que não podem ser definidas como ativos financeiros, *in verbis*:

Assim e, baseado em dita indefinição, a interpretação desta área técnica é a de que as criptomoedas não podem ser qualificadas como ativos financeiros, para os efeitos do

disposto no artigo 2º, V, da Instrução CVM nº 555/14, e por essa razão, sua aquisição direta pelos fundos de investimento ali regulados não é permitida.[iii]

O Comunicado nº 31.379/17 do Banco Central também reforça o entendimento supra de que as moedas digitais não possuem qualquer lastro patrimonial para que possa influir no sistema financeiro nacional, diferenciando-se das moedas eletrônicas, conforme se extrai de trecho do instrumento comunicativo:

A denominada moeda virtual não se confunde com a definição de moeda eletrônica de que trata a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, e sua regulamentação por meio de atos normativos editados pelo Banco Central do Brasil, conforme diretrizes do Conselho Monetário Nacional. Nos termos da definição constante nesse arcabouço regulatório consideram-se moeda eletrônica “os recursos em reais armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento”. Moeda eletrônica, portanto, é um modo de expressão de créditos denominados em reais. Por sua vez, as chamadas moedas virtuais não são referenciadas em reais ou em outras moedas estabelecidas por governos soberanos.[iv]

Por sua vez, o Parlamento Europeu, em estudo recente, sugeriu que as criptomoedas podem ser vistas como “dinheiro privado” [v].

Todo este introito faz-se necessário para compreender, inicialmente, que a razão de alguns autores se referirem as moedas digitais como “criptoativo” e não como “criptomoedas” é a ausência de lastro patrimonial, soberania e curso legal, havendo o consenso quase mundial de que estas, em última análise, não se caracterizam como moedas, mas apenas como ativos financeiros e, em alguns casos, nem isto.

Desta forma, o Superior Tribunal de Justiça, no HC 530.563/RS, de relatoria do Ministro Sebastião Reis, fixou a competência da justiça federal para julgamento das demandas que versem sobre criptoativos, considerando que “como as moedas virtuais não são tidas pelo Banco Central do Brasil como moeda, nem são consideradas valor mobiliário pela Comissão de Valores Mobiliários, não é possível enquadrar a negociação, por si só, nos crimes tipificados nos artigos 7º, II, e 11 da Lei 7.492/1986, ou no delito previsto no artigo 27-E da Lei 6.385/1976.” [vi]

Entretanto, a contrariedade decisória presente nas Cortes nacionais é recorrente em torno da natureza de “não-moeda” atribuída aos criptoativos.

Queremos dizer: considerando que os criptoativos não possuem, nacionalmente, natureza jurídica de moeda, não havendo que se falar de crime contra o sistema financeiro nacional instrumentalizado por criptoativos – conforme anteriormente exposto em decisão do Superior Tribunal de Justiça –, não haveria também que se falar em evasão de divisas - tendo em vista que não se enquadraria no conceito jurídico de “divisa”, tido como todo documento que represente a moeda, o valor ou a pecúnia -, nem tão pouco em produto de lavagem de dinheiro.

Todavia, a Corte Cidadã, recentemente, aduziu que, apesar da ausência de regulamentação legal e de natureza monetária dos criptoativos, estes podem ser objeto do crime de evasão de divisas, a depender da intenção do agente. *In verbis*:

Em relação ao crime de evasão, é possível, em tese, que a negociação de criptomoeda seja utilizada como meio para a prática desse ilícito, desde que o agente adquira a moeda virtual como forma de efetivar operação de câmbio (conversão de real em moeda estrangeira), não autorizada, com o fim de promover a evasão de divisas do país. [vii]

Neste contexto, infere-se da decisão da Corte Superior a opção de conferir proteção ampla e irrestrita ao bem jurídico tutelado pela evasão de divisas – a proteção das reservas cambiais -, tendo em vista que, *a priori*, criptoativos não são moedas, exceto se houver depósito não declarado no exterior, fator que coloca as relações jurídicas e financeiras em posição de desconforto e insegurança.

Ainda no contexto dos criptoativos verifica-se a crescente complexidade das práticas criminosas ocorridas no mercado financeiro, o que acarreta considerável diminuição do poderio investigatório estatal, bem como a baixa capacidade preventiva de tais práticas, dentre elas a lavagem de dinheiro, com a reintegração de capitais maculados no sistema financeiro.

Em razão disto, a colaboração privada por meio do dever de informação atribuído aos setores sensíveis à prática da ocultação de capitais, definidos no Art. 9º da Lei nº 9.613/98 é uma prática imprescindível no aperfeiçoamento dos mecanismos de prevenção e combate.

Acerca do dever de informação, socorremo-nos da cátedra de Pierpaolo Cruz Bottini, *in verbis*:

A imposição dessas obrigações tem grande impacto sobre o funcionamento dos setores sensíveis, especialmente aqueles que fazem do sigilo e da confiança seus princípios estruturantes. O cumprimento das regras de registro

e comunicação transforma as instituições em colaboradores cogentes, que devem comunicar eventuais atividades ilícitas praticadas por seus clientes, forçando a reformulação de políticas de relacionamento, para que alcancem um equilíbrio entre o dever de colaboração com as autoridades públicas e a manutenção da relação de confiança com o cliente.[viii]

Por conseguinte, considerando que as *exchanges* que operam com criptoativos possuem alto grau de criptografia, em razão da própria estrutura das “moedas” e, ainda hoje, muitas delas permitem que clientes anônimos operem em suas estruturas, sem conceder quaisquer dados pessoais - ou, quando concedem, o fazem de forma insuficiente para a determinação de rastros de cometimento de condutas criminosas - o dever de informação atribuído as *exchanges* seria instrumento preventivo de suma importância para o combate aos crimes financeiros.

Não obstante, os fatores que compõem a natureza jurídica dos criptoativos preteritamente expostos impedem, ao menos *a priori*, a implementação da obrigação de informação das *exchanges* às autoridades públicas, quais sejam: criptoativos não são moedas, instrumentos cambiais, títulos, valores mobiliários ou nenhum outro ativo considerado pela lei de lavagem de capitais, sendo assim, não se submetem ao dever de informação.

Por consequência, a Receita Federal do Brasil editou a Instrução Normativa nº 1.888/19, a qual instituiu a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos como mecanismo de combate à lavagem de capitais e sonegação fiscal, prevendo, em seu Art.7º a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil por parte das *exchanges* domiciliadas no Brasil, bem como das pessoas físicas que operem criptoativos, ainda que em *exchanges* domiciliadas no exterior, subsistindo o dever de informação mesmo que as operações não sejam realizadas por intermédio de *exchanges* (*peer-to-peer*).[ix]

Em resumo, a Receita Federal do Brasil instituiu, por meio de instrução normativa, a obrigatoriedade de informação a todas as pessoas físicas ou jurídicas que operem criptomoedas, no Brasil ou no exterior.

Dessarte, nota-se, em sutil análise sistêmica, uma mácula no comportamento adotado pela Receita Federal ao pretender regulamentar as operações de criptoativos por meio de instrução normativa, adotando posicionamento demasiadamente invasivo e restritivo, ao passo que, a partir da regulamentação

editada, cria uma obrigação não existente anteriormente em lugar algum do ordenamento jurídico.

No tocante ao conceito de “instrução normativa”, podemos nos socorrer de definição apontada no sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral, a seguir:

Trata-se de um documento de organização e ordenamento administrativo interno destinado a estabelecer diretrizes, normatizar métodos e procedimentos, bem como regulamentar matéria específica anteriormente disciplinada a fim de orientar os dirigentes e servidores no desempenho de suas atribuições.[x]

Menciona-se, também, o disposto no Glossário da UFSC para pontuar a elucidação, de acordo com o qual, instrução normativa “são atos administrativos expedidos pelos Ministros de Estado para a execução das leis, decretos e regulamentos (CF, art. 87, parágrafo único, II), mas são também utilizadas por outros órgãos superiores para o mesmo fim.”[xi]

À vista disto, a instrução normativa editada, visando regulamentar o tratamento legal dos criptoativos sob o manto da prevenção à lavagem de dinheiro e sonegação fiscal, inovou o ordenamento jurídico, orientando todos os operadores a uma determinada conduta não disciplinada anteriormente, que deveria ser regulamentada por outra espécie normativa.

Além da impropriedade do instrumento normativo adotado, verifica-se também a incoerência lógica em regulamentar a prestação de informações em torno dos negócios financeiros que envolvem criptoativos quando, em última análise, o ordenamento pátrio nem ao menos os considera como ativos propriamente ditos, com lastro patrimonial, curso legal, soberania e, enfim, “capacidade financeira” para ser operado no mercado.

Sendo assim, entende-se que, se o objetivo do Fisco na edição do ato normativo era o aperfeiçoamento das práticas de combate à crimes financeiros, seria medida de maior eficácia a edição das leis orientadoras dos tipos penais que se pretende coibir, ao invés de editar instruções direcionadoras de práticas internas e já regulamentadas.

Ante o exposto, concluímos que o vácuo jurídico presente nas regulamentações normativas que norteiam a tipicidade dos crimes financeiros e os aspectos procedimentais inerentes ao seu combate e prevenção, como o dever de informações por parte dos setores sensíveis, oferece latente grau de insegurança jurídica prejudicial não só para o operador do direito, mas também ao operador

financeiro que utiliza os criptoativos como forma de investimento, tendo em vista que este não sabe se opera moeda, ativo cambial, dinheiro ou crédito, mas que, de qualquer forma, estará obrigado a prestar ao Fisco todas as informações sobre suas práticas financeiras, ainda que não haja uma instrução criminal em seu desfavor.

NOTAS:

[i] SLATE. "A Florida Judge Ruled That Bitcoin Isn't Money". 26 de julho de 2016. Disponível em: <https://slate.com/business/2016/07/florida-judge-rules-that-bitcoin-isnt-money.html>. Acesso em 20 abr 2020.

[ii] https://www.jusbrasil.com.br/diarios/286539381/djdf-06-03-2020-pg-1514?ref=next_button

[iii] COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Ofício Circular nº 1/2018. 12 de janeiro de 2018. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin/anexos/oc-sin-0118.pdf>. Acesso em 20 abr 2020.

[iv] BANCO CENTRAL DO BRASIL. Comunicado nº 37.379 de 16 de novembro de 2017. Alerta sobre os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=31379>. Acesso em 20 abr 2020.

[v] EUROPEAN PARLIAMENT. Virtual currencies and central banks monetary policy: challenges ahead. Monetary dialogue July 2018. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/149900/CASE_FINAL%20publication.pdf. Acesso em 20 abr 2020.

[vi] STJ. Habeas Corpus nº 530.563/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis. Julgado em 5/03/20. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1919031&num_registro=201902596988&data=20200312&formato=PDF. Acesso em 20 abr 2020.

[vii] STJ, CC-161123, Rel. Sebastião Reis Junior, 3ª Seção, DJE 05/12/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661801952/conflito-de-competencia-cc-161123-sp-2018-0248430-4/inteiro-teor-661801962>. Acesso em 20 abr 2020.

[viii] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários a nova lei 9.613/1998, com as alterações da lei nº 12.683/2012. 3ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016. Pagina 42.

[ix] RFB. Instrução Normativa RFB nº 1888, de 03 de maio de 2019. Institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB). Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=100592>. Acesso em 20 abr 2020.

[x] <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/>

[xi] <https://legislacao.ufsc.br/glossario/>

A PROTEÇÃO JURÍDICO INTERNACIONAL DO CONSUMIDOR BRASILEIRO EM FACE DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

KELSON ROCHA DE PAIVA: Graduando do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA – Teresina-PI. E-mail: kelsama90@gmail.com.

MARCO AURÉLIO SOARES TEIXEIRA ^[1]
(coautor)

WIRNA MARIA ALVES DA SILVA ^[2]
(Orientadora)

RESUMO: A presente pesquisa tem por desígnio analisar o amparo jurídico nas relações internacionais do comércio eletrônico dos últimos cinco anos onde ocorreu grande expansão de uma nova forma de consumo: a eletrônica, buscando avaliar como ocorrem essas relações em face da ausência de legislação específica para o caso. Além disso, busca-se com este estudo, demonstrar o rol de garantias que o consumidor possui, e que na maioria das situações nem mesmo os conhece. Nesse diapasão, o presente estudo por meio de uma abordagem descritiva, bibliográfica e qualitativa, vislumbra verificar que diante do grande avanço tecnológico, o comércio eletrônico ganhou bastante espaço e expansão nos últimos anos, tanto pela facilidade de compra quanto pela comodidade de se ter acesso a ele sem precisar ir a uma loja física, contudo, há ainda muita insegurança por parte do consumidor, pois, por não ter acesso ao produto assim que o compra, este deve ter uma garantia sobre a efetiva eficácia do produto. Desse modo, à luz do amparo jurídico das relações eletrônicas internacionais, entende-se que o consumidor é a parte vulnerável na relação e que o princípio da transparência e da informação devem prevalecer, para que este tenha ciência de sua relação de consumo e que, tanto em relações físicas como eletrônicas precisam de observação, o que é indispensável em qualquer ordenamento jurídico.

Palavras-chave: consumidor, relações internacionais, ordenamento jurídico.

Sumário: 1 Introdução. 2 História do Direito do Consumidor no Brasil. 3 Início da Relação Consumerista Internacional. 4 Da Relação de Consumo Eletrônico no Brasil. 5 o Comércio Eletrônico na Visão Internacional. 6 O que diz a Organização Mundial de Comércio sobre as relações eletrônicas internacionais. 7 Amparo Jurídico Brasileiro sobre a relação Internacional Eletrônica. 8 Criação do Conselho CNDC no Brasil. 9 A Convenção de Montreal. 10 Proteção Internacional Do Consumidor no Mercado Brasileiro. 11 Análise de casos concretos com e sem resolução jurídica. 12 Conclusão. 13 Referências.

1. INTRODUÇÃO

O surgimento de um novo direito resultante do capitalismo em sua configuração globalizada influencia em novas relações contratuais que ultrapassam os limites territoriais de cada Estado soberano através da rede mundial de computadores e sua interconectividade via internet (e-commerce). Com isso, nasce a então necessidade de criação de normas internacionais que sejam capazes de abranger as diferenças culturais e jurídicas dos diversos países inseridos na economia globalizada, através de aprovação de convenções internacionais que regulem o comércio eletrônico internacional, respondendo assim, aos problemas inerentes à internet como: o lugar do cumprimento do contrato, o equilíbrio entre as partes, o direito de acesso à justiça, o foro do demandante ou foro do demandado, entre outros desafios que devem ser superados. (NOVO, 2017).

As leis internas que possuem regulamentação específica do mercado de consumo perdem força normativa a partir do momento em que a internet possibilita o surgimento dos contratos internacionais, através de contratação eletrônica entre consumidores e fornecedores de outros países, ultrapassando os tradicionais limites da territorialidade. Desta feita, os conflitos de interesses entre os partícipes desta transação internacional, ensejam uma espécie de antinomia entre as normas de proteção do consumidor e as regras do comércio internacional quanto aos aspectos domicílio, foro e legislação aplicável.

Enquanto o tratado não avança, cada país está buscando o seu caminho para se inserirem da melhor forma na economia digital, em especial os principais líderes, como Estados Unidos, China e União Europeia (FLIPPER, 2018). No Brasil, cabe o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) é usado por analogia, nas relações em que cabe aplicação, observando sempre caso a caso, e vendo se há possibilidade de aplicação do Código, como por exemplo, nas relações eletrônica internacionais em que o fornecedor tenha filial no Brasil ou quando, por analogia o sistema Processual Civil brasileiro possa ser permitido sua aplicação nas demandas que envolvem aquisição de produtos ou serviços entre sujeitos que não se encontram no mesmo espaço territorial.

Sendo assim, o que se buscou com a pesquisa, foi analisar um contexto de relação eletrônica internacional no geral, identificando seu surgimento no Brasil, os tipos de relações o que a Organização Mundial trata sobre o grande crescimento que ocorreu nos últimos anos, bem como na ausência de equiparação ao Código de defesa do consumidor, como estas relações serão resolvidas.

2. HISTÓRIA DO DIREITO CONSUMIDOR NO BRASIL

A lei delegada nº 4 de 1962 trouxe a relevância no fato de que se positivou a intervenção estatal no domínio econômico para que fosse assegurada a livre distribuição de produtos de primeira necessidade à população como um todo. Ainda no mesmo ano de 1962 passou a vigorar a lei 4.137, conhecida como Lei de Repressão do Poder Econômico, da qual derivou muitas conquistas aos consumidores, dentre as quais podemos citar o ainda atuante Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. (BRASIL, 1962).

Contudo, somente em 1988, de acordo com Vieira (2012) é que com o advento da Constituição Federal, os direitos do consumidor receberam a maior proteção, tornando-se cláusula pétrea prevista no inciso XXXII de seu artigo 5º, prevendo-se que *o Estado promoverá na forma da lei, a defesa do consumidor*. Ressalta-se ainda, que a Constituição Federal traz dispositivos que versam sobre os Direitos do Consumidor, a saber: artigo 150, parágrafo 5º e 170 V: o poder público é limitado para tributação e o direito do consumidor é previsto como princípio base para a atividade econômica. (CONSTITUIÇÃO, 1988).

Em 11 de setembro de 1990, quando passou a vigorar a lei 8.078, que o direito do consumidor ganhou uma nova perspectiva, não apenas e tão-somente porque foram normatizados, mas porque a relação de consumo passou a ser orientada por novos princípios fundamentais.

Com o advento da lei 8.078 em 1990, a relação entre fornecedores e consumidores de bens e serviços ganhou novos rumos e, principalmente, trouxe a ambos uma consciência mais presente das obrigações e direitos que cada qual conserva.

Segundo Vieira (2012), o escopo do Código de Defesa do Consumidor foi, primordialmente, o de compilar as normas esparsas e “enraizar” referidos princípios, a partir dos quais se busca propiciar o efetivo exercício da cidadania, definindo e sistematizando muitos aspectos do direito público e privado, significando muitas conquistas aos consumidores que deixaram de ser ao menos sob o aspecto de proteção legal: hipossuficientes e vulneráveis.

Com a criação do Código de Proteção ao consumir, foi criado também os órgãos de proteção ao consumidor, dentre eles estão o Ministério Público do Consumidor e o PROCON, atuando frente aos interesses individuais e transindividuais, coletivos e difusos, garantindo os direitos e preservação da tutela contra o abuso do poder econômico.

Em 20 de julho de 2010, a lei 12.291 fixou a obrigação dos estabelecimentos comerciais e/ou de prestação de serviços disponibilizarem ao público em geral um exemplar do Código de Defesa do Consumidor, para que os consumidores

passassem a ter conhecimento sobre os seus direitos, tendo estes à consciência por parte de fornecedores de produtos e serviços e consumidores, estabelecendo uma relação de consumo mais segura e equilibrada, impondo-se além das prerrogativas de cada uma das partes as suas obrigações e responsabilidade.

3. INÍCIO DA RELAÇÃO CONSUMERISTA INTERNACIONAL

O Código de Defesa do Consumidor, consagrado através do princípio da boa-fé objetiva, ou seja, a preocupação com a reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos oriundos de projetos, fabricação, construção, especialmente preocupado com a qualidade de produtos ainda revelada durante a Idade Média, veio se lapidando com o decorrer das décadas, a exemplo disso Gunglisk (2012) separou como ocorreu esse processo em alguns países, a saber:

A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

Pode-se dizer que os primeiros movimentos consumeristas de que se tem notícia originaram-se nos EUA, no final do séc. XIX, assim escalonados:

1872 - Edição da **SHERMAN ANTI TRUST ACT**, conhecida como Lei Sherman, cuja finalidade era reprimir as fraudes praticadas no comércio, além de proibir comerciais desleais como, por exemplo, a combinação de preços e os monopólios.

1891 - Surge a **NEW YORK CONSUMERS LEAGUE** como primeiro órgão de defesa do consumidor, fundado por Josephine Lowell – ativista feminista e ligada ao movimento de trabalhadores. Anos depois, Florence Kelly fundou a **NATIONAL CONSUMERS LEAGUE**, a partir da reunião entre Nova Iorque, Boston e Chicago. Tal organismo comprava e incentivava a compra de produtos fabricados por empresas que respeitavam os direitos humanos, ideal muito semelhante ao que hodiernamente é propugnado a garantir o consumo sustentável no mundo inteiro, através do incentivo à aquisição de produtos que respeitem o meio ambiente.

1906 - Upton Sinclair escreve **THE JUNGLE** (A selva), obra que narra sua visita a uma fábrica de alimentos à base de carne. A repercussão dessa obra levou à edição da **PURE FOOD AND DRUG ACT**, diante das surpreendentes e negativas revelações do autor em relação ao processo de produção daqueles alimentos.

1907 – Criação do **MEAT INSPECT ACT**, a fim de inspecionar e controlar a comercialização de carne. Essa lei foi reflexo do Pure Food and Drug Act, anteriormente mencionado.

1914 - Criação do **FEDERAL TRADE COMISSION**.

1927 – Nasce o **PFDA (Pure Food Drug Insecticide Administration)**. Nesse mesmo ano, Stuart Chase e Frederick Schilink lançam a “Campanha da Prova”, com o objetivo de comparar produtos, orientando os consumidores a consumir conscientemente, com o uso racional do dinheiro. Três anos mais tarde, o PFDA daria origem à FDA (Food and Drug Administration), considerada ainda a mais respeitada autarquia no que diz respeito ao controle de gêneros alimentícios e medicamentos.

1936 – Surgimento da **CONSUMERS UNION**, tornando-se o maior órgão de proteção do consumidor do mundo. Dentre suas atribuições estava a de publicar revistas e material didático para a orientação dos consumidores.

Com influência do Direito Americano foi possível a criação do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro aonde o vocábulo “consumerismo” vem do inglês *consumerism*, e significa o movimento social surgido nos EUA na década de 1960, contra a produção, comercialização e a comunicação em massa, contra os abusos nas técnicas de *marketing*, propaganda, contra a periculosidade de produtos e serviços, visando a qualidade e confiabilidade dos mesmos.

De acordo com Gunglisk (2012) as experiências no campo da proteção do consumidor levaram a ONU a estabelecer, em 1985, na sua 106ª Sessão Plenária, através da Resolução nº 39/248, o princípio da vulnerabilidade do consumidor, reconhecendo-o como a parte mais fraca na relação de consumo, e tornando-o merecedor de tutela jurídica específica, exemplo que foi seguido pela legislação consumerista brasileira. Criava-se, assim, uma série de normas internacionais de proteção do consumidor, com o objetivo de universalizar esse direito. As regras ali contidas tinham por finalidade oferecer diretrizes para os países, especialmente os em desenvolvimento, para que as utilizasse na elaboração ou no aperfeiçoamento das normas e legislações de proteção e defesa do consumidor, bem assim encorajar a cooperação internacional nesse sentido.

O direito do consumidor, no Brasil tem base na Constituição Federal de 1988, cuja garantia de defesa do consumidor encontra-se consagrada em seu art. 5º, XXXII. (BRASIL, 1988). Assim sendo, no que se refere ao Código de Proteção

e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), constitui-se como um microsistema vinculado aos preceitos constitucionais. Há de se diferenciar, contudo, o sistema político do sistema normativo de defesa do consumidor. Aquele é representado pelo SNDC – Secretaria Nacional de Direito Econômico, enquanto o último decorre da lei. (BRASIL, 1990).

Nesse diapasão, cabe ressaltar que o CDC é uma **lei principiológica**, na medida em que encerra em si princípios gerais cujo objetivo precípua é o de abranger todas as situações envolvendo o consumo, sem, no entanto, especificar cada caso, como o fazem as leis casuísticas. É, portanto, um sistema de **cláusulas abertas** onde alguns dispositivos possuem rol meramente exemplificativo, dando margem interpretativa ao julgador quando da apreciação de ações cujo objeto é afeto às suas disposições.

4. DA RELAÇÃO DE CONSUMO ELETRÔNICO NO BRASIL

Os meios eletrônicos produzem uma grande intervenção na vida humana, que se inicia com os meios de informação até as facilidades que são proporcionadas caracterizando um avanço substancial no que tange a implantação de novas tecnologias de parâmetro eletrônico.

Foi realizada uma pesquisa pela Intel (2013), segundo a qual: a acessibilidade na utilização do serviço de internet, e a redução significativa no valor de aparelhos para realização do acesso, aumentam sua popularização e conseqüentemente o número de pessoas que fazem a utilização dos serviços.

E-commerce é o nome dado ao comércio eletrônico que surgiu juntamente com os benefícios tragos pela internet, que, de acordo com Fábio Ulhoa Coelho (2007) o comércio eletrônico:

Comércio eletrônico é a venda de produtos (virtuais ou físicos) ou a prestação de serviços realizadas em estabelecimento virtual. A oferta e o contrato são feitos por transmissão e recepção eletrônica de dados. O comércio eletrônico pode realizar-se através da rede mundial de computadores (comércio interbáltico) ou fora dela. (Fábio Ulhoa Coelho 2007, p. 32).

Pelo exposto, eis que na relação consumerista, o comércio eletrônico existe se for realizado em um estabelecimento virtual visto que pouco importa se o produto é virtual (*download* de um programa, MP3) ou não virtual (celular, notebook), pois não é a natureza do objeto do contrato que define, mas sim a forma da aceitação que no caso ocorre em um estabelecimento virtual. (ULHOA 2007).

Ressalta-se a importância desse mercado muito utilizado e pouco falado em que de acordo com o e-bit (2015), o e-commerce brasileiro faturou aproximadamente R\$ 41,3 bilhões em 2015, alcançando um crescimento nominal de 15,3% em relação a 2014, com 106,5 milhões de pedidos no período. Isso se explica pelo fato do crescimento de acesso à internet onde cada vez mais aumentou o uso das redes sociais em apoio a esse tipo de mercado virtual.

Com a facilidade para vender, este tipo de comércio tem atraído cada vez mais empreendedores para esse nicho, em que, de acordo com a Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (2015), para os próximos anos o setor deve permanecer crescendo e aumentando sua participação em relação ao varejo tradicional, com destaque para a expectativa do aumento no consumo de bens digitais, tais como e-books, músicas e filmes on demand. (CARVALHO, 2016).

Seguindo este raciocínio, conforme a Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (2015), as expectativas para o setor são positivas, pois o consumidor brasileiro está mais confiante para comprar online. As novas gerações, que agora entram no mercado de trabalho, já nasceram em tempos de internet, e os investimentos estrangeiros não estão vindo apenas na forma de capital, mas também como tecnologia e conhecimento. Em 2016, o e-bit projeta que o e-commerce no Brasil apresente um crescimento nominal de 8% em relação a 2015, atingindo um faturamento de, aproximadamente, R\$ 44,6 milhões. (CARVALHO, 2016).

Com o crescimento alarmante deste tipo de comércio, surgiu a necessidade de uma proteção a essas relações, que é o objeto desta pesquisa, onde, muitos não conhecem seus direitos e ficam desamparados pela Lei. Conforme o Código de Defesa do Consumidor (LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990), e de 1990, e nesta época não existia esse tipo de meio de consumo, existe carência de regramento específico no CDC para tratar demandas provenientes desse tipo de relação consumerista.

Por existir o desprovimento normativo para tratar desse tipo de relação, foi decretado o Decreto Federal 7.962/13, com a finalidade de Regular a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico.

E em se tratando de mercado eletrônico internacional, o artigo 7º do CDC, informa que “não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.” (BRASIL, 1990).

E ainda, para maior eficácia neste tipo de negócio a lei traz expressamente o contrato eletrônico que possui validade e, de modo geral, as mesmas normas incidentes, mudando basicamente o meio pelo qual é realizada a celebração do contrato.

Conforme menciona Maria Helena Diniz (2008, p. 756), sobre contrato eletrônico: o contrato virtual que se opera entre o titular do estabelecimento virtual e o internauta, mediante transmissão de dados.

O comércio eletrônico precisa de requisitos para ser considerado válido, e que conforme artigo 104 do Código Civil, a validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei. (BRASIL, 2002). Além disso, o Código de defesa do consumidor assegura que independentemente de previsão contratual, há garantia de produtos duráveis e não duráveis, conforme artigo 26, II, CDC "II – noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto duráveis." (BRASIL, 1990).

Ressalta-se que essas regras são também aplicadas as relações de consumo realizadas de forma eletrônica. Por haver uma maior vulnerabilidade do consumidor em relações consumeristas por meios eletrônicos, o legislador tentou balancear esta diferença, com a implementação do instituto criado exclusivamente para consumidores que realizam relações de consumo por via eletrônica, que é o prazo de arrependimento.

5. O COMÉRCIO ELETRÔNICO NA VISÃO INTERNACIONAL

Diante de um grande avanço tecnológico como o da internet, o comércio eletrônico ganhou bastante espaço e uma grande expansão nos últimos anos, tanto pela facilidade de compra quanto pela comodidade de se ter acesso a ele sem precisar ir a uma loja física, por esse fato as lojas eletrônicas investem copiosamente na divulgação de seus produtos pela internet para que chame a atenção dos consumidores, facilitando a forma de transação e conforto para seus clientes. Por essa facilidade, muitas vezes deixa-se de observar os contratos de negociação entre empresa e cliente, algumas vezes quebrando a boa-fé do negócio jurídico por apresentar coisa diversa ou distinta da pretendida ou firmada em contrato. Assim afirma (LORENZETTI, 2004):

Na contratação de consumo tornou-se habitual o documento não assinado: os vínculos que os consumidores celebram com os supermercados, postos de serviços, bares, espetáculos, meios de transporte, tratamento médico e muitos outros não contêm assinatura alguma e são formalizados com mera entrega de um tíquete.

Segundo o que fala Lorenzetti (2004) no trecho supracitado, ele elucida a ideia de que não se faz mais necessário a assinatura de um documento para que se firme um contrato entre as partes e que da mesma forma de um documento assinado tem sua garantia legal, estes se formalizam com apenas a entrega de um tíquete. Concernente aos contratos de comércio eletrônico, não há a necessidade de o consumidor assinar contrato, apenas o aceite do mesmo se faz valer a negociação amparada no âmbito jurídico como explica (LORENZETTI, 2004). No mundo digital, avança-se neste sentido: permite-se que o meio utilizado para vincular um documento ao seu autor seja um código e não a assinatura de próprio punho. Dessa forma, é dispensável a assinatura do consumidor já que o meio utilizado é digital.

O comércio eletrônico facilita a vida da sociedade, ultrapassa fronteiras nacionais frente a negociações de produtos e serviços, globalizando a comercialização virtual em que o consumidor tem uma profusão de produtos não ficando talante dos disponíveis no mercado interno.

Diante da observação da comercialização de produtos oferecidos virtualmente, de empresas dentro do país e de empresas estrangeiras, a vulnerabilidade do consumidor já vem intrínseca nas relações comerciais e aumenta quando se trata de negociações entre consumidor e fornecedor de países diferentes, isto porque se tratam de costumes, normas, ordenamento jurídico diferentes dos de origem brasileira, como explica (MARQUES, 2011):

O consumo internacional é hoje um fenômeno de massas, basta pensar o turismo sazonal, o time-sharing, com seus círculos de trocas internacionais, os pacotes turísticos para grandes festas, os transportes aéreos, os cruzeiros marítimos etc. Individualmente considerado o contrato internacional de consumo tem, porém, pequeno valor, seja para a economia de um país ou de um fornecedor. Este pequeno valor dificulta em muito o acesso à justiça, faz com que a lide fique reprimida, dificulta que o consumidor assuma gastos exagerados, seja para reclamar, para procurar novamente o fornecedor, para fazer valer sua garantia etc.

Em observância ao que a autora explica, firma a vulnerabilidade por parte do consumidor, tendo dificuldades ao acesso à defesa de seus direitos junto ao judiciário, logo pela onerosidade dos gastos em que iria fazer por se tratar de transações realizadas em fronteiras diferentes e pela falta de conhecimento de seus direitos relativos a estas transações, transações estas feitas rotineiramente pelos brasileiros em busca de mercadorias e serviços ou mais baratas ou indisponíveis nos países.

O crescimento das relações comerciais estrangeiras se dá pela facilidade de compra e o desenvolvimento da entrega de mercadorias com prazos razoáveis, atraem cada vez mais consumidores, prova disso é o chamado *cross border* que é a venda de mercadorias pela internet para fora do país de origem do fornecedor, ultrapassando fronteiras que delimitam o território nacional, abrangendo uma área maior no mercado, os lucros aumentam, em suas formas de exportação, direta e indireta em que, a primeira o fornecedor se responsabiliza por todo processo de envio para o consumidor e a outra é que, seus produtos são adquiridos por outras empresas nacionais que se comprometem a entregar o produto, neste aspecto, o fornecedor perde o contato direto com o consumidor, mas, fica isento de IPI e ICMS, por tanto, o lucro é maior.

Observando o crescimento desse ramo de negócios, muito atrativo e chamativo tanto pelo fornecedor quanto pelo consumidor, tem de se ter a observância sobre os contratos ali firmados entre as partes, pois como é de praxe dos contratos via eletrônico não serem discutidos pelas partes e sim já feitos pelo fornecedor, tendo apenas o aceite por parte do consumidor, em relações internacionais, pode se tornar mais oneroso para o consumidor já que as relações entre as partes ultrapassam as fronteiras de seus países de origem.

6. A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO E AS RELAÇÕES ELETRÔNICAS INTERNACIONAIS

O comércio internacional é do interesse de todos os países, já que suas atividades afetam a vida da sociedade mundial, e é resultado do processo de globalização que se iniciou após a Segunda Guerra Mundial. No Brasil, esse assunto ganhou destaque na abertura comercial feita na década de 90. Para regular essas novas relações comerciais, foi elaborado um conjunto de regras complexas que garantem segurança jurídica aos comerciantes, no Brasil e no mundo: a OMC.

A **Organização Mundial do Comércio (OMC)**, fundada após uma rodada de negociações comerciais em 1995, tem como objetivo centralizar acordos comerciais, seguindo um conjunto de princípios e normas que hoje regulam o comércio internacional.

As regras do comércio internacional defendidas pela OMC (2017) são normalmente baseadas nos princípios do **Direito Internacional do Comércio**, que serve de base para muitas das decisões nas disputas comerciais. Dentre os principais princípios estão: o Da **Nação mais favorecida que se fundamenta em** um país membro da OMC que deu benefícios aduaneiros para produtos de outro membro deve estender tais benefícios a todos os outros membros. O objetivo principal desse princípio é evitar com que haja privilégios entre alguns países.

Outro princípio é o do **Tratamento nacional**: se um país membro da OMC cobra impostos de determinado produto feito em seu território, veículos, por exemplo, deverá dar o mesmo tratamento de impostos ao mesmo produto importado.

O princípio da **Transparência**: os países membros da OMC devem divulgar e tornar público todos os seus decretos e leis sobre a temática do comércio internacional. Quando o Brasil edita um decreto alterando alguns valores do imposto sobre produtos importados, deve deixar esse decreto público. Conforme Teixeira (2017), apesar de obter uma excelente evolução nos objetivos e princípios de regulação internacional, a organização é alvo de críticas de internacionalistas por estar direcionada exclusivamente à eliminação de barreiras protecionistas, não se manifestando acerca da onda revolucionária traga pelos avanços tecnológicos e medidas de proteção ambiental.

O Brasil tem um forte histórico de participações na OMC desde quando a integrou em 1995. Hoje, o Brasil é o quarto país que mais participou do sistema de solução de controvérsias da Organização. (TEXEIRA, 2017). E com isso, o Brasil teve constantes vitórias em face aos países desenvolvidos, principalmente contra os Estados Unidos e a Comunidade Econômica Europeia. Portanto, sob representação dos diplomatas do Ministério das Relações Exteriores, o Brasil foi cada vez mais ganhando credibilidade e conferindo um peso maior às suas opiniões.

7 A RELAÇÃO INTERNACIONAL ELETRÔNICA: AMPARO JURÍDICO

O consumidor é parte vulnerável na relação conforme o inciso I do art. 4º do CDC, isso significa que o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo (NUNES, 2013). Nesta perspectiva, Claudia Lima Marques (2010) diz que vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo.

A vulnerabilidade não se esgota neste único conceito, pois ela pode ser revestida de várias particularidades. Dentre elas: A vulnerabilidade é informacional: "básica do consumidor, intrínseca e característica deste papel na sociedade". Isso porque "o que caracteriza o consumidor é justamente seu déficit informacional". O que fragiliza o consumidor não é a falta de informação, mas o fato de que ela é "abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, nos mais das vezes, desnecessária". (MARQUES, 2010).

Enquanto que na vulnerabilidade técnica, outra espécie de vulnerabilidade, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços.

O terceiro tipo de vulnerabilidade é a vulnerabilidade jurídica, ou científica, que se fundamenta na “falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia”. (MARQUES, 2010). Ela deve ser presumida para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física, enquanto que, quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas, vale a presunção em contrário.

A última é a vulnerabilidade fática ou socioeconômica, caracteriza-se no grande poderio econômico do fornecedor, em virtude do qual o fornecedor pode exercer superioridade, prejudicando os consumidores.

A incidência do Código de Defesa do Consumidor na relação de consumo possui um vínculo direto com o conceito de vulnerabilidade por isso se fez importante trazer este conceito na pesquisa, tendo em vista que todo consumidor é considerado vulnerável, mas nem todo consumidor é hipossuficiente.

Desta forma, é notável a diferença entre os dois conceitos, e ressalta-se que que todo consumidor é vulnerável, mas nem sempre hipossuficiente nas relações consumeristas.

Ainda não se tem uma proteção específica a tais relações jurídicas virtuais, porém, as normas tradicionais que regulam o mercado de consumo têm sido adaptadas com vistas à integração destas novas relações jurídicas de consumo.

Apesar de não existir norma específica que regule essas relações de consumo virtuais, “Lex Informatica”, por analogia, o Código de Defesa do Consumidor se aplica aos contratos eletrônicos, tendo em vista que se trata de relação jurídica cujos sujeitos (consumidor e fornecedor) e os efeitos (oferta, publicidade e consumo de produtos e serviços) estão perfeitamente enquadrados na sistemática da referida lei, sendo apenas a virtualidade e a extraterritorialidade o grande desafio de sua aplicação.

Para Marisa Delapievi Rossi (2017) as formas de contratação eletrônica em três categorias, das quais: intersistemática, a qual se estabelece por meio e sistemas aplicativos pré-programados, utilizando a internet como ponto convergente de vontades pré-existentes, estabelecidas em uma negociação prévia; interpessoal, cuja contratação pressupõe uma comunicação eletrônica (correio eletrônico, por exemplo), não havendo vontade pré-constituída e; interativas, sendo esta a mais usual no comércio eletrônico, pois se estabelece em caráter permanente através de um estabelecimento virtual (site), cujo usuário ao acessar manifesta a sua vontade em efetuar o negócio (compra e venda).

Contudo, o grande desafio destes tipos de contratos eletrônicos é a projeção extraterritorial de seus efeitos, uma vez que, a proteção jurídica tem encontrado forte

obstáculo pela falta de uniformidade quanto às normas que regulam este tipo de relação.

Desta forma, os consumidores antes da realização destes tipos de serviços devem verificar se o fornecedor possui escritório de representação em território nacional, ou se existe algum Tratado ou Convenção Internacional que discipline as relações comerciais com aquele país, e que o Brasil seja signatário, possibilitando assim a aplicação da lei brasileira, especificamente o Código de Defesa do Consumidor, para dirimir questões de responsabilidade.

8 CRIAÇÃO DO CONSELHO CNDC NO BRASIL

Conforme pesquisa realizada pelo conselho nacional de pesquisa (2017) A defesa do consumidor no Brasil desenvolveu-se a partir da década de 60, com o reconhecimento da vulnerabilidade e da importância do consumidor nas relações comerciais nos Estados Unidos. Por força do engajamento de vários setores da sociedade, Decreto n. 91.469, de 24 de julho de 1985, foi criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, do qual fizeram parte associações de consumidores, Procons Estaduais, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Confederação da Indústria, Comércio e Agricultura, o Conselho de Auto-regulamentação Publicitária, o Ministério Público e representações do Ministério da Justiça, o Ministério da Agricultura, o Ministério da Saúde, o Ministério da Indústria e do Comércio e o Ministério da Fazenda, com o escopo de assessorar o Presidente da República na elaboração de políticas de defesa do consumidor. (BRASIL 2017).

O Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CND) teve destacada atuação na elaboração de propostas na Assembleia Constituinte e, principalmente, por ter difundido a importância da defesa do consumidor no Brasil, possibilitando, inclusive, a criação de uma Política Nacional de Defesa do Consumidor.

E foi com a Constituição Federal de 1988, especificamente no art. 5º, XXXII, e art.170, V, que a proteção do consumidor foi vista como direito fundamental e princípio da ordem econômica cabendo ao Estado a promoção da defesa do consumidor, na forma da lei.

Dessa forma, em 11 de setembro de 1990, por meio da Lei n. 8.078/90, surgiu o Código de Defesa do Consumidor, que assegura o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e estabelece a boa-fé como princípio basilar das relações de consumo.

Além disso, em 2012 foi criada a Secretaria Nacional do Consumidor, da qual cabe exercer as competências estabelecidas na Lei n. 8.078/90 tais como formular,

promover, supervisionar e coordenar a Política Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor.

9 A CONVENÇÃO DE MONTREAL

Dentre as convenções internacionais da qual o Brasil é signatário encontra-se a convenção de Montreal (Varsóvia), promulgada pelo Decreto 5.910/2006, que regulamenta a limitação de responsabilidade do transportador aéreo internacional, cuja aplicabilidade ainda é um tema controvertido no Poder Judiciário. A Convenção foi ratificada e recepcionada pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) e regulada nos arts. 5º, §2º e 178, e art. 7º do Código de Defesa do Consumidor CDC.

Esta dispõe que os litígios de transporte internacional de pessoas aplicam-se o CDC e de mercadorias o CC, ou mesmo o próprio CDC. Aos litígios de transporte de mercadorias já existem decisões aplicando a Convenção em detrimento de outras normas. Em ação de regresso de seguradora contra o transportador, a matéria é divergente e ainda vem prevalecendo a aplicação do CDC e/ou CC em detrimento da Convenção. (SANDEN 2020).

Segundo a CF/88, ao se tornar signatário de Convenções internacionais o Brasil se obriga a cumpri-las em observância ao princípio da reciprocidade. A inaplicabilidade gera insegurança jurídica nas relações internacionais. Ao Poder Judiciário cabe o dever de aplicar a legislação (interna e recepcionada) de forma a manter o equilíbrio e preservar os direitos de todos os interessados, e, se possível, pacificar o entendimento sobre a norma aplicável ao caso concreto.

Neste sentido, a Convenção de Montreal foi criada em síntese para unificar as regras internacionais acerca do transporte aéreo de passageiros, bagagens e cargas. Contudo, a aplicação interna da Convenção de Montreal no Brasil conflitou com as regras estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor, esbarrando na antiga discussão jurídica entre *monistas* e *dualistas*, relacionada ao conflito de norma interna e internacional. (JUNIOR, 2015).

Em assim sendo, houve no decorrer dos anos, jurisprudências determinando a prevalência do Código de Defesa do Consumidor em detrimento da Convenção de Montreal, por entender que a relação de consumo existente entre empresa aérea e passageiro exige a defesa do consumidor, por mandamento constitucional. No entanto, em maio de 2014 o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento, em conjunto, de recursos extraordinários em que se discute a norma prevalecente nas hipóteses de conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e a Convenção de Montreal, momento em que os Ministros Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso e Teori Zavascki entenderam pela prevalência da Convenção. O julgamento foi interrompido e, em breve, a aplicação das normas que regem o transporte aéreo de

passageiros poderá sofrer grande alteração, em razão da interpretação constitucional exercida pela Suprema Corte brasileira.

Posto isto, é possível perceber que ainda há conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e a Convenção de Montreal, que ora é utilizada como parâmetro, outra hora não é, e a ausência normativa que regulamente essas decisões se mostra muito clara, pois havendo norma que regulamentasse essas relações internacionais, não haveria tamanho conflito, e quando se fala em relações eletrônicas internacionais que é a problemática desse estudo, se torna ainda mais essencial que se tenha regulamentação.

10 PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO CONSUMIDOR NO MERCADO BRASILEIRO

No Brasil, o Direito Internacional Privado determina a aplicação da Lei Introdução ao Código Civil em caso de conflitos internacionais. E, em se tratando de contratos eletrônicos, celebrados à distância, determinando-se a aplicação do §2º do art. 9º 4 de tal lei, o qual prevê a utilização da legislação do local da residência do proponente, que nos contratos de consumo é sempre o fornecedor, segundo o art. 30 do CDC. Assim, pelas regras do Direito Internacional Privado deverá ser aplicada a lei do local da residência do fornecedor estrangeiro, ou seja, de quem apresenta a oferta em caso de conflito internacional de consumo. (MACHADO 2011).

Desta forma, para o Direito Internacional Privado a lei do local de residência do fornecedor estrangeiro aos contratos de consumo à distância é a lei a ser aplicada, e da mesma forma funciona nos contratos eletrônicos internacionais de consumo. De forma que tal aplicação beneficiaria apenas o fornecedor estrangeiro, desprotegendo cada vez mais o consumidor brasileiro, pois estariam sujeitos a uma legislação que desconhecem além de não se ter nenhuma garantia de ser mais favorável que a legislação nacional.

Conforme explicita Cláudia Lima Marques (2004, p. 437), as regras do comércio internacional e as regras do Direito Internacional Privado, em geral, se baseiam no profissionalismo e especialidades dos parceiros envolvidos, para protegerem quem vende, quem fornece o produto e o serviço e não apenas aquele que paga, o consumidor, pois:

é necessário elaborar normas específicas de DIPr. para proteção dos consumidores leigos ou não profissionais, pois as conexões hoje existentes para regular o comércio internacional têm como base o equilíbrio estrutural de forças ou de interesses profissionais entre os agentes envolvidos, como conexões da autonomia da vontade (escolha da lei que regerà o contrato pelas partes, no contrato ou após), o local da execução

(geralmente o local de execução da prestação característica, sempre prestada pelo profissional em caso de consumo internacional), ou do local da conclusão do contrato (normalmente a sede do ofertante ou profissional, que, em contratos a distância, sempre faz a oferta aceita pelo consumidor).

Conforme a autora verifica-se a incompatibilidade da norma de Direito Internacional Privado brasileira com o princípio da proteção do consumidor, pois deixa desprotegido o consumidor brasileiro, o qual é constitucionalmente protegido pela Constituição Federal de 1988.

Portanto, as normas de Direito Internacional Privado deixam o consumidor desprotegido e para se obter a proteção do consumidor em ambiente internacional, é necessário que o princípio da proteção do consumidor tenha um poder estrutural e diretor que ultrapasse os limites dogmáticos do Direito 84 Internacional Privado e do Direito Internacional do Comércio que estão acostumados à solução dos conflitos de leis entre iguais, entre comerciantes (KLAUSNER, 2012).

Deste modo, é possível advir que a ausência de legislação específica para proteção do consumidor internacional, reflete na desproteção deste no cenário internacional. Assim, no comércio internacional, a proteção à saúde e segurança do consumidor se faz através de medidas tipicamente de Direito Internacional do Comércio, como medidas sanitárias e fitossanitárias e de natureza técnica.

11 ANÁLISES DE CASOS CONCRETOS COM E SEM RESOLUÇÃO JURÍDICA

A presente pesquisa teve por objetivo analisar o amparo jurídico nas relações internacionais do comércio eletrônico dos últimos cinco anos, onde foi possível verificar que a ausência legislativa sobre a regulamentação destas relações muito prejudica o consumidor, que é a parte mais vulnerável da relação, para isto foram analisadas jurisprudências sobre o tema, onde achou-se interessante trazer duas jurisprudências em que dizem respeito a caso que teve solução e outro não, o que convalida ainda mais a insegurança jurídica que o consumidor se encontra.

De acordo com a Súmula nº 8 da Turma de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais do DF:

1. Os produtos de consumo adquiridos em país estrangeiro não gozam da mesma proteção jurídica outorgada pelas normas brasileiras de proteção e defesa do consumidor destinadas aos negócios celebrados em território nacional.
2. É competente o juiz brasileiro para o processo e julgamento

da causa em que o consumidor, baseado na norma estrangeira ou na garantia contratual, busca proteção jurídica a produto adquirido no estrangeiro, contra pessoa jurídica domiciliada no Brasil, assim definida no parágrafo único do art. 21 do CPC. (BRASIL, 2019).

A garantia contratual própria de bens comercializados no Brasil não se aplica a produto comprado no exterior, salvo se adquirida proteção global para o produto, pois os bens de consumo advindos de país estrangeiro não gozam da mesma proteção jurídica conferida em favor do consumidor que celebrou negócio em território nacional.

Conforme Machado (2014), a jurisprudência brasileira tem apresentado um papel muito importante na proteção do consumidor brasileiro em face da globalização do consumo e da ausência de normas específicas em nível nacional e internacional para proteção da parte hipossuficiente na relação de consumo internacional. É possível perceber que no julgado a seguir, utiliza-se o entendimento da possibilidade de se aplicar a normatização brasileira em face da internacional, neste sentido:

DECISÃO: ACORDAM, os integrantes da 8ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, sob a Presidência do Desembargador FAGUNDES CUNHA - Relator, Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau OSVALDO NALLIM DUARTE em substituição à Desembargadora LILIAN ROMERO e Desembargador MARCOS GALLIANO DAROS - Vogais, por unanimidade de Votos, CONHECER o recurso de apelação e no mérito NEGAR PRO- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ 8ª Câmara Cível J. S. FAGUNDES CUNHA. EMENTA: J .S .F A G U N D E S C U N H A Estado do Paraná APELAÇÃO CIVIL Nº 1.123.008-7 Origem: 6ª VARA CIVIL DE MARINGÁ Apelante: AMERICAN AIRLINES Apelado: PÉRCIO CAMARGO DOS SANTOS, ANA PAULA MIYAZAKI DOS SANTOS E EMANUELLE MIYAZAKI DOS SANTOS Relator: DES. FAGUNDES CUNHA Revisor: DES. NÓBREGA ROLANSKI APELAÇÃO CIVIL AÇÃO COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. TRANS- PORTE AÉREO INTERNACIONAL. PREVALÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM RELAÇÃO ÀS REGRAS RESTRITIVAS DA CONVENÇÃO DE MONTREAL (CONVENÇÃO DE VARSÓVIA) ESTAS QUE SOMENTE SE APLICAM QUANDO NÃO CONTRARIAREM AS DISPOSIÇÕES DA LEGISLAÇÃO INTERNA NACIONAL.

DECADÊN- CIA. NÃO CONSUMAÇÃO. MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POR CANCELAMENTO DE VOO DE DAL- LAS A GUARULHOS. GREVE DOS CONTROLADO- RES DE VOO OCORRIDA EM 30.03.2007. FATO DE TERCEIRO. FORTUITO INTERNO QUE NÃO MITIGA O DEVER DE INDENIZAR. ATRASO DO VÔO ORIGINÁRIO EM 48 HORAS SITUAÇÃO QUE POTENCIALIZA A ANGÚSTIA DA ESPERA E AFETA OS DIREITOS DA PERSONALIDADE. DANOS MO- RAIS IN RE IPSA. DEVER DE INDENIZAR QUE SE IMPÕE. QUANTUM. MANUTENÇÃO. VALOR QUE ESTÁ DENTRO DOS PARÂMETROS DA RAZOABI- LIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ 8ª Câmara Cível J. S. FAGUNDES CUNHA Apelação Civil nº 1.123.008-7J .S .F A G U N D E S C U N H A Estado do Paraná APELAÇÃO CIVIL CONHECIDA E NO MÉRI- TO NÃO PROVIDA. Versam os presentes autos a respeito de recurso de apelação civil interposto, pela parte ré, AMERICAN AIR- LINES, em face do comando da sentença que julgou parcialmente o pleito autoral. Aduzirem os autores, em petição inicial às fls. 02/29, que em data de 30/03/2007, sofreram danos morais e materiais em decorrência do atraso do voo em eram passageiros, compreendido no trecho entre Dallas - Guarulhos. Afirmam que, em decorrência do ocorrido, chegaram ao destino com dois dias de atraso, período que ficaram sem nenhum atendimento pela companhia aérea. Aduz que, devido ao stress e sofrimento, a demandante, ANA PAULA MIYASAKI DOS SANTOS, teve paralisia facial em metade do rosto, tendo dispêndio com consultas, remédios e fisioterapia, totalizando os danos materiais suportados em R\$ 887.81. Por fim, pugnou pela condenação da ré a indenização por danos morais no montante de R\$30.000,00, a in- versão do ônus da prova e os benefícios da assistência jurídica integral e gratuita. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ 8ª Câmara Cível J. S. FAGUNDES CUNHA Apelação Civil nº 1.123.008-7J .S .F A G U N D E S C U N H A Estado do Paraná Documentos juntados às fls. 36/98. Devidamente citada, a ré, AMERICAN AIRLI- NES, apresentou contestação às fls.161/180, arguindo, em síntese: a) inaplicabilidade do CDC, face a aplicação do Convenção de Montreal; b) decadência; c) o cancelamento do voo se deu por força maior em decorrência da greve dos controladores de voo no Brasil; d) ausência de comprovação dos danos materiais alegados; e) inexistência de danos morais

por falta de provas. Documentos juntados às fls. 161/180. Réplica ofertada às fls. 184/204. Realizada audiência de instrução e julgamento, foi colhido o depoimento pessoal dos requerentes (fls. 227). Apresentada alegações finais pelos autores às fls. 230/253, e pela ré 255/261. Sobreveio sentença às fls. 268/272, em que o juiz singular houve por bem julgar parcialmente procedente, primeiramente afastando a tese de decadência, bem como a aplicabilidade das normas do CDC ao caso concreto. Sustentou ser fato incontroverso o atraso no voo AA0963, eis que fora admitido pela requerida. Quanto a responsabilidade civil, o fato extra-ordinário não importa em excludente de responsabilidade, pois caracteriza fortuito interno, devendo, na oportunidade, ter prestado TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ 8ª Câmara Cível J. S. FAGUNDES CUNHA Apelação Civil nº 1.123.008-7J .S .F A G U N D E S C U N H A Estado do Paraná assistência aos passageiros. Ademais, restaram comprovados os danos morais pleiteados, uma vez que os autores tiveram que aguardar por vários dias para conseguir embarcar um voo da companhia aérea ré. Afastou a pretensão quanto aos danos materiais, pois conforme os documentos acostados aos autos, não há comprovação de que os danos foram provados pelo fato ocorrido. Fixou o quantum indenizatório em R\$30.000,00, ou seja, R\$10.000,00 para cada autor, a título de danos morais, corrigidos pelo índice médio do INPC/IBGE, desde a data de seu arbitramento (Súmula 362 do STJ), e juros de mora de 1% ao mês, aplicados desde a data da citação. Ante o princípio da sucumbência, condenou a ré ao pagamento das custas e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação, a teor do disposto no art. 20, § 3º e art. 21, parágrafo único do CPC. Irresignado do teor da decisum, a ré, AMERICAN AIRLINES INS, apresentou as razões recursais às fls. 276/296, arguindo, em síntese: a) inaplicabilidade do CDC, haja vista, se tratar de relação de transporte aérea internacional, devendo serem aplicadas as normas da Convenção para Unificação de Certas Regras ao Transporte Aéreo Coletivo - Convenção de Montreal, da qual o Brasil é signatário desde 2006 (Decreto nº TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ 8ª Câmara Cível J. S. FAGUNDES CUNHA Apelação Civil nº 1.123.008-7J .S .F A G U N D E S C U N H A Estado do Paraná 5.910, de 27 de setembro de 2006), aplicando a o prazo

prescricional de dois anos; b) ausência de responsabilidade uma vez que o cancelamento do voo de Dallas para Guarulhos, no dia 30/03/2007, ocorreu em razão da greve dos controladores de voo brasileiros, ou seja, caso de força maior, o que exclui a responsabilidade civil da apelante; c) inexistência de danos morais por se caracterizar mero dissabor, bem como não há provas do alegado dano; d) caso não seja este o entendimento, que o valor indenizatório seja reduzido por se mostrar excessivo. Recebido o recurso em ambos os efeitos à fl.300. Contrarrazões apresentadas às fls. 304/313. Encaminhados os autos à Procuradoria, emitindo parecer no sentido de não dar provimento ao recurso interposto pela ré. Após vieram-me os autos conclusos. Incluso em pauta para julgamento. É o breve relatório.

ADMISSIBILIDADE TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ 8ª Câmara Cível J. S. FAGUNDES CUNHA Apelação Civil nº 1.123.008-7J . S . F A G U N D E S C U N H A Estado do Paraná O recurso deve ser conhecido posto que presentes os pressupostos recursais de admissibilidade intrínsecos (legitimidade, interesse, cabimento e inexistência de fato impeditivo e extintivo), e extrínsecos (tempestividade, preparo e regularidade formal); sendo os recursos próprios, devidamente firmados por advogados habilitados. Não existindo questão de ordem processual a ser considerada, passo à análise do mérito do pedido recursal.

MÉRITO RECURSAL No mérito, o recurso interposto não deve ser provido. Da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor Pretende ré apelante a aplicabilidade da Convenção para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional - Convenção de Montreal (Varsóvia), da qual o Brasil é signatário desde 2006 (Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006), sob argumento de que aplica-se ao caso a legislação especial e não o CDC. Num primeiro momento, faz-se mister apurar qual legislação deve ser aplicada ao caso. (TJ-PR - APL: 11230087 PR 1123008-7 (Acórdão), Relator: José Sebastião Fagundes Cunha, Data de Julgamento: 02/10/2014, 8ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1462 25/11/2014).

Conforme o julgado foi possível perceber que o entendimento firmado é o de que a normatização trazida pelo CDC prevaleceu sob a legislação de aplicação

internacional, mas, se preocupando com o equilíbrio de direitos e deveres, tendo como base a ideia de que o consumidor é a parte hipossuficiente nas relações de consumo.

Do mesmo modo, há julgados também recentes em que não abrange a lei brasileira como sendo a norma regularizadora nas relações de consumo internacional, conforme é possível perceber:

Assim, é de se concluir que as normas de proteção do consumidor editadas pelo Estado brasileiro não têm aplicação fora das suas fronteiras, e, portanto, não protegem negócios de consumo celebrados por brasileiros em país estrangeiro, ainda que adquiridos de empresas do mercado global. (...) em conclusão, o ato jurídico de aquisição de bens de consumo em país estrangeiro é regulado pela lei do lugar onde celebrado o contrato, mas é competente para a solução da controvérsia o juiz brasileiro, que pode '... exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência' da norma que o protege (art. 14, da LINDB)."

(Acórdão 1142178, UNJ 2018.00.2.003150-2, Relator: ASIEL HENRIQUE DE SOUSA, Turma de Uniformização, data de julgamento: 18/10/2018, publicado no DJe: 11/12/2018.)

Sendo assim, há uma disparidade entre as normas em que, ora a jurisprudência entende que a norma brasileira deve prevalecer, outra que a norma estrangeira deve prevalecer, deixando margem de interpretação aberta o que coloca em risco a segurança jurídica e quem mais precisa desta, o consumidor. E conforme a problemática desta pesquisa, diante do grande avanço tecnológico, o comércio eletrônico ganhou espaço e expansão nos últimos anos que antes não tinha, e este encontra-se desprotegido por não ter acesso ao produto assim que o compra, em se tratando de compras internacionais eletrônicas a atenção deve ser redobrada, necessitando portanto de norma que dê garantia sobre a efetiva eficácia do produto.

12 CONCLUSÃO

Conforme foi visto, o processual civil brasileiro permite a aplicação de seus dispositivos com base na analogia e interpretação lógico-sistemática do Código de Defesa do Consumidor no que tange às demandas que envolvem aquisição de produtos ou serviços entre sujeitos que não se encontram no mesmo espaço territorial, ou seja, as peculiaridades existentes nos contratos internacionais de consumo não podem impedir a aplicação das normas dos países que buscam a efetiva proteção do consumidor e o equilíbrio nas relações internacionais de

consumo. O consumo, como elemento quantitativo do sistema capitalista, precisou sofrer alterações justamente para acompanhar a sociedade frente às novas exigências de um mercado globalizado que desafia a individualidade de cada país que necessariamente deverá renunciar parte de sua soberania para se render às regras que estabelecem à nova dinâmica das relações jurídicas.

De acordo com o princípio da informação e da transparência que é onde o consumidor tem a garantia de ter um consumo consciente, surge a necessidade da ordem jurídica dos países inseridos na economia de mercado serem adaptadas de maneira que os contratos eletrônicos sejam abrangidos para a efetiva proteção das relações de consumo, em especial, do consumidor como elemento subjetivo dotado de vulnerabilidade diante da massificação da produção e da informação em relação aos infinitos produtos e serviços ofertados no mercado mundial globalizado.

Desta forma, com a realização da presente pesquisa, foi possível perceber que o consumidor brasileiro não encontra-se com sua garantia à segurança jurídica nessas relações pois ao ingressar em uma relação eletrônica internacional, além da incerteza de eficiência de seu produto, o consumidor fica à mercê de um sistema que por ausência de norma que o ampare se funde em convenções ou julgados que podem ser favoráveis a ele como não. E por ser naturalmente vulnerável, este merece todas as garantias que lhe são de direito.

Buscou-se com esta pesquisa, investigar se apenas as normas atuais que são usadas como parâmetro para a resolução destas questões seriam suficientes para que o consumidor tivesse segurança em suas relações eletrônicas internacionais tão quanto ele teria caso fizesse sua relação pessoalmente, e chegou-se à conclusão que é necessária norma específica que reconheça esses novos tipos de relações consumeristas que aqui foi levantado "relações jurídicas internacionais", e que traga ao consumidor todas as suas garantias,

Sendo assim, apesar dos processamentos e procedimentos distintos, seja nas espécies de sistemas, constituição de técnicas ou normas, é possível concluir que a relação de consumo praticado em estabelecimento comercial físico como eletrônico não divergem, ambos precisam de proteção jurídica, e quando se trata de consumo eletrônico internacional precisa bem mais (como por exemplo as compras eletrônicas feitas diariamente entre brasileiros e estrangeiros) pois o consumidor já inicia seu processo de consumo com insegurança, e o ordenamento jurídico não ampara legislativamente esses casos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988.

____. Decreto-Lei nº 8.080, de 11 de setembro de 1990. Código de defesa do consumidor. Rio de Janeiro, 11 de setembro de 1990.

BRASIL. Acórdão 1142178, UNJ 2018.00.2.003150-2, Relator: ASIEL HENRIQUE DE SOUSA, Turma de Uniformização, data de julgamento: 18/10/2018, publicado no DJe: 11/12/2018.). Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/cdc-na-visao-do-tjdft-1/definicao-de-consumidor-e-fornecedor/cdc-e-o-contrato-internacional>. Acesso em 21 de Março de 2020.

BRASIL. (TJ-PR - APL: 11230087 PR 1123008-7 (Acórdão), Relator: José Sebastião Fagundes Cunha, Data de Julgamento: 02/10/2014, 8ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1462 25/11/2014). Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11855452/Ac%C3%B3rd%C3%A3o>. Acesso em 21 de Março de 2020.

BRANDÃO. Caio Rogério. **Contratos de Consumo do Comércio Internacional**. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-contratos-de-consumo-no-comercio-eletronico-internacional>. Acesso em 18 de janeiro de 2020.

CARVALHO. Diego Mendes. **Relação de consumo em âmbito internacional**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62515/relacoes-de-consumo-em-ambito-internacional>. Acesso em 30 de janeiro de 2020.

CARVALHO. Ramon Nunes. **Relação de Consumo no comércio eletrônico e a vulnerabilidade entre fornecedor e consumidor**. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/computacao/relacao-consumo-comercio-eletronico-vulnerabilidade-entre-fornecedor-consumidor.htm> Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. _____. **Curso de direito comercial**. v. 1. São Paulo: Saraiva.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FLIPER. **O comércio eletrônico: cenário internacional, regulamentação e inserção brasileira**. Disponível em: <http://www.grupoflipper.com.br/comercio-eletronico-cenario-internacional-regulamentacao-e-insercao-brasileira/>. Acesso em 07 de março de 2020.

GUGLINSKI. Vitor. **Breve histórico sobre o direito do consumidor e origens do CDC**. Disponível em: <https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/112106596/breve->

historico-do-direito-do-consumidor-e-origens-do-cdc. Acesso em 25 de janeiro de 2020.

JUNIOR. Robson Tadeu. **O conflito entre a convenção de Montreal e o Código de defesa do consumidor.** Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=16&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjW9_LLktDoAhUFA9QKHU42CBcQFjAPegQICRAB&url=http%3A%2F%2Fpublicadireito.com.br%2Fartigos%2F%3Fcod%3D08a83ab0d6cfa10c&usg=AOvVaw1nrVSIHaw97owbC8-2PdYy. Acesso em 13 de Março de 2020.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *rcio eletro nico. a o Paulo*: RT, 2004. p. 219.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 885. _____. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

MACHADO. Daniele Maria Barbosa. **O CDC e a efetiva proteção do consumidor.** Disponível em: <http://www.ccj.ufpb.br/pos/contents/pdf/bibliovirtual/dissertacoes-2014/daniele-maria-tabosa-machado.pdf>. Acesso em 20 de Fevereiro de 2020.

NOVO. Benigno. **A importância do Direito Internacional na atualidade.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-163/a-importancia-do-direito-internacional-na-atualidade/>. Acesso em 20 de Março de 2020.

TEIXEIRA. Felipe. **Como é a regulamentação do mercado internacional feito pela OMC.** Disponível em: <https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/como-e-a-regulacao-do-comercio-internacional-feita-pela-omc/>. Acesso em 30 de janeiro de 2020.

VIEIRA. Fernando Borges. **O direito do consumidor no Brasil e sal breve história.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/163956/o-direito-do-consumidor-no-brasil-e-sua-breve-historia>. Acesso em 18 de janeiro de 2020.

NOTAS:

[1] Graduando do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA – Teresina-PI. *E-mail*: soares.joaquim@hotmail.com

[2] Orientadora professora do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA Teresina-PI. Doutoranda em Ciências Criminais pela Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. *E-mail*: wirnam@hotmail.com.

CONTRATOS INTELIGENTES: UMA NOVA IMPLEMENTAÇÃO DA TEORIA DOS CONTRATOS

FELIPPE TEIXEIRA DE GODOI:

Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil – Campus Fernandópolis

Artigo Científico apresentado à Universidade Brasil – Campus Fernandópolis, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Me. Ailton Nossa Mendonça. Coorientador: Prof. Me. Érica Cristina Molina dos Santos

RESUMO: O presente trabalho apresenta uma evolução tecnológica a teoria dos contratos, os contratos inteligentes, que tem seu funcionamento totalmente eletrônico e podendo ser acessado de qualquer lugar, por qualquer pessoa, mas jamais poderá ser alterado. O emprego desta tecnologia eliminará a necessidade da presença de terceiros ao se firmar um determinado contrato ou mesmo para verificar as cláusulas de sua execução, tendo em vista que completadas as cláusulas previstas neste contrato, o mesmo se auto executará. Da mesma forma que o contrato comum, deve cumprir os requisitos dispostos em lei e produz efeitos jurídicos a partir da data de sua realização. Com isso é necessário que as partes acordem sobre um determinado negócio jurídico e então por meio de linhas de código de programação, cria-se o contrato e ambas as partes assinam digitalmente. Através deste novo modelo de contrato, obtém-se uma maior segurança, transparência, agilidade e independência as relações contratuais realizadas diariamente.

Palavras-chave: Auto Executável. Contrato. Tecnologia.

ABSTRACT: This paper presents a technological evolution of the theory of contracts, smart contracts, has its fully electronic operation and can be accessed from anywhere, by anyone, but can never be changed. The use of this technology will eliminate the need for the presence of third parties when signing a certain contract or even to verify the clauses of its execution, since when the clauses provided for in this contract are completed, it will self-execute. Like the common contract, it must comply with the legal requirements and produces legal effects from the date of its execution. This requires the parties to agree on a particular legal business and then through programming code lines, the contract is created and both parties digitally sign. This new model of contract provides greater security, transparency, agility and independence in the contractual relationships performed on a daily basis.

Keywords: Self Executable. Contract. Technology.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DESENVOLVIMENTO. 2.1 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS. 2.2 FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS. 2.3 PROTOCOLO DE UTILIZAÇÃO. 2.4 CONTRATOS INTELIGENTES. 2.5 QUANDO SURTIU A IDEIA DOS CONTRATOS INTELIGENTES. 2.6 DA REALIZAÇÃO DOS CONTRATOS INTELIGENTES. 2.7 IMPACTO NAS NEGOCIAÇÕES. 2.8 VANTAGENS NA UTILIZAÇÃO DOS CONTRATOS INTELIGENTES. 2.8.1 Transparência. 2.8.2 Agilidade. 2.8.3 Independência. 2.8.4 Segurança. 3 RESULTADOS E/OU DISCUSSÕES. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O mundo tem passado por uma transformação ultimamente, graças ao grande uso da tecnologia nas mais diferentes áreas. Atualmente é muito raro encontrar um ramo que não tenha ocorrido uma inovação tecnológica, seja na zona urbana ou rural, saúde ou educação, agronegócio ou direito.

Mudar é necessário e deve-se estar preparado para lidar com a velocidade em que estas novas tecnologias aparecem, para que se possa empregá-las da forma mais útil. Surgiram nos últimos anos as chamadas criptomoedas com o objetivo de tornar digital tanto o capital como suas operações, de uma forma extremamente segura ao usuário através de uma tecnologia de registro distribuído chamada “Blockchain” que visa ao distribuir registros, gerar maior segurança as informações do usuário.

Com o uso desta tecnologia empregada nas operações com criptomoedas, torna-se possível uma inovação no ramo do direito, surgindo os “Smart Contracts” ou “Contratos inteligentes”, onde determinada a cláusula para que este seja cumprido, não haverá a necessidade de fiscalização do mesmo, pois este se auto executará. Não existe a menor chance de o contrato sofrer uma alteração, ficando armazenado na nuvem, assim gerando maior segurança e confiabilidade ao mesmo, tendo em vista que qualquer problema seria sanado ao visualizar o mesmo.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Teoria geral dos Contratos

Antigamente, as relações comerciais eram realizadas de acordo com o uso e costume da cidade em que se encontrava, os quais eram verbais e informais. A teoria geral dos contratos vem como solução para as incertezas que um acordo verbal e informal gera para as partes.

Com o avanço das antigas civilizações, à medida que as necessidades socioeconômicas foram crescendo, surgiu à necessidade de regular essas relações comerciais. Do latim “*contrahere*” ou “*contractus*”, que remete a convenção ou pacto, sendo um acordo de vontades que gera obrigações e direitos. É um acordo entre duas ou mais partes para um fim qualquer. É uma relação em que duas ou mais pessoas assumem determinados compromissos e/ou obrigações, ou asseguram entre si algum direito.

Contrato é um acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, que visa regulamentar um interesse entre as partes, com o objetivo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de cunho patrimonial. (DINIZ, 2008).

Após a Revolução Industrial ocorreu uma evolução na área do direito e nas necessidades humanas, assim surge o conceito de contrato como negócio jurídico bilateral, gerando obrigações para ambas às partes que o realizaram, com consentimento delas em dar, fazer ou não fazer algo. Assim podendo constituir, modificar ou extinguir o vínculo patrimonial, sendo o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes a realizarem suas obrigações pré-definidas na elaboração do contrato.

No art. 104, do código civil de 2002, estão listados os requisitos necessários para que um contrato tenha validade:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Ainda deve ser observado o cumprimento da função social do contrato, como previsto no art. 421 do Código Civil de 2002:

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Atendendo a estes requisitos o contrato já passaria a ter validade, não necessitando que terceiros sejam envolvidos para eventual garantia ou realização. Não haverá mais necessidade de se encontrar fiador, garantidor ou outro terceiro interessado, pois o contrato por si só gera a garantia de sua execução para ambos as partes e proporciona maior segurança sem a necessidade de participação de um terceiro.

2.2 Função Social dos Contratos

Ao passar dos anos ocorreu um aumento na quantidade de intervenções estatais nas relações entre particulares, passando-se então a explicar os princípios da função social dos contratos.

O interesse coletivo na função social do contrato se consolidou como um princípio que deve ser necessariamente observado nos negócios jurídicos.

Para Tartuce, a função social dos contratos é um verdadeiro princípio geral do ordenamento jurídico, abstraído das normas, das doutrinas, das jurisprudências, dos aspectos sociais, políticos e econômicos da sociedade.

Assim, observa-se que este princípio tem seu foco no interesse coletivo, se opondo ao interesse privado e ao individualismo.

“É de suma importância destacar que o contrato também deve observar e garantir a segurança jurídica entre as partes, como o dever de informação, confidencialidade, assistência e lealdade. Todo esse sistema é abraçado pelo princípio maior de proteção da dignidade da pessoa humana (GAGLIANO, 2009)”.

Assim, mesmo que estes contratos sejam escritos em linguagem de programação, desde que atendidos os requisitos citados acima, os contratos serão validados e produziram, normalmente, todos os seus efeitos jurídicos.

Ainda existe um obstáculo, nessa modalidade de contrato, para os operadores do direito e também para sociedade, que é a necessidade de conhecimentos técnicos na área de programação para a criação do código computacional do contrato inteligente. Porém atualmente, existem cursos dos mais básicos, até os mais avançados que você pode estar realizando de sua residência para poder programar, mas o fato de existirem, não quer dizer que o aprendizado seja fácil e rápido.

2.3 Protocolo de Utilização

Com o surgimento das criptomoedas no mercado, aparece também a tecnologia que torna o funcionamento das mesmas prático, seguro e possível, pois sem o uso da mesma, seria impossível gerar a confiabilidade necessária para atrair usuários. Esta tecnologia é conhecida como “*Blockchain*” ou corrente de blocos, tecnologia utilizada para a criação de registros distribuídos que tem o objetivo de tornar a informação mais segura por meio de sua descentralização.

Assim dados e registros distribuídos tem a função de criar um índice global para todas as transações ocorrendo em determinado mercado, funcionando de

maneira pública e universal como um livro de controle, criando vínculo e confiança na comunicação direta entre ambas as partes, sem a necessidade de um terceiro envolvido no negócio realizado.

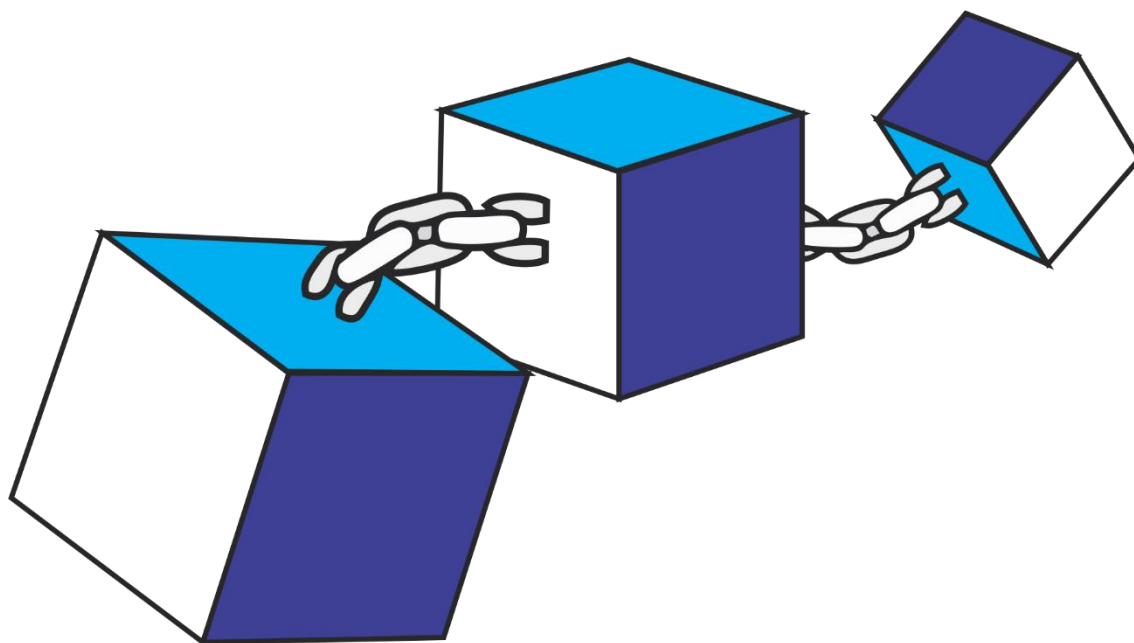
A corrente de informações vai crescendo à medida que novos blocos são inseridos nela por um conjunto de registros. Os blocos vão sendo inseridos na corrente de maneira cronológica e linearmente.

O fato destes blocos de informações estarem em domínio público torna as operações realizadas por meio dela totalmente segura e muito mais prática do que qualquer outro método físico ou digital onde as informações ficariam centralizadas em determinado ponto, com grande risco de se perderem sendo destruídas ou alteradas.

Diversos usos podem ser imaginados para o emprego desta tecnologia, um deles é sua utilização para a realização de contratos inteligentes, eliminando pilhas de papel e gerando maior confiabilidade para seus usuários.

A imagem 01 abaixo exemplifica de forma sucinta a estrutura da Blockchain.

FIGURA 1 - ESTRUTURA DO BLOCKCHAIN



Fonte: Elaborado pelo Autor

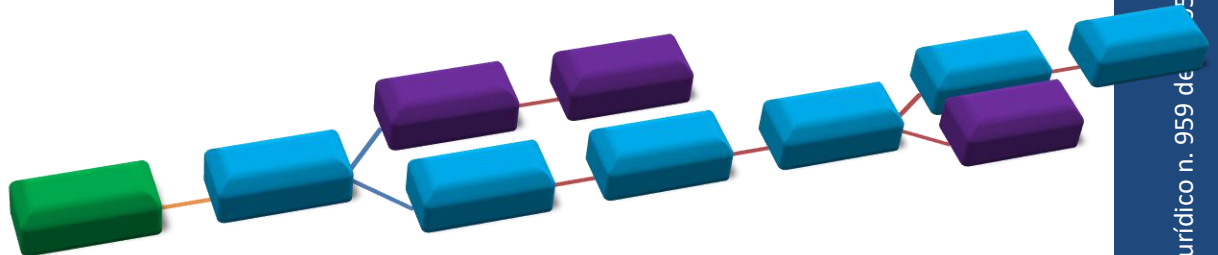
2.4 Contratos Inteligentes

De acordo com Hoinaski, o termo refere-se a um conjunto de linhas de código imutáveis, que, quando satisfeitas suas condições, se auto executam. Podendo estabelecer normas e consequências para as partes, sem que haja a necessidade da presença intermediador nas transações, como por exemplo um *marketplace*.

Os contratos inteligentes ou "*Smart Contracts*" são uma nova forma de se firmar um negócio jurídico entre as partes de maneira totalmente digital, prática e segura. O contrato seria totalmente autônomo quanto a execução das cláusulas já definidas, não correndo risco de ser fraudado para beneficiar uma das partes. Porém a qualquer momento uma nova cláusula poderia ser introduzida no contrato para que seja executada paralelamente ou sucessivamente a uma outra já pré-definida.

A imagem 02 que segue exemplifica o funcionamento da estrutura de um contrato inteligente.

FIGURA 2 - ESTRUTURA CONTRATO INTELIGENTE



Fonte: Elaborado pelo Autor

Olhando a estrutura do mesmo, consegue-se identificar facilmente a possibilidade de inserção futura de determinadas obrigações no contrato de forma totalmente autônoma e sem prejudicar o andamento do mesmo. E mesmo que seja feita qualquer tentativa de alterar as cláusulas já definidas, não terão êxito devida as informações serem descentralizadas e eles não terem autorização necessária pra acessar a toda ela pra que implantem as mudanças fraudulentas.

Esse fator gera credibilidade para o uso totalmente seguro desta tecnologia e sua implantação em todas as áreas possíveis para que possam substituir os contratos físicos, que são mais suscetíveis a adulterações e também possuem um custo de execução mais elevado. Com isso não existe mais a necessidade de um terceiro estar envolvido no contrato para que o mesmo seja realizado e tenha credibilidade.

2.5 Quando Surgiu a Ideia dos Contratos Inteligentes

Nick Szabo foi precursor quanto a "Smart Contracts", por volta do ano de 1993 ele usou o termo para descrever algumas práticas de um projeto sobre comércio eletrônico entre desconhecidos por meio da rede internacional de computadores.

Essa ideia surgiu devido a uma aversão a necessidade de terceiros para realizar os tradicionais contratos físicos, tendo o objetivo de realizar esses contratos sem a necessidade mediação ou fiscalização de terceiros que podem acabar envolvendo interesses exclusivos as partes e interferindo na aplicação do mesmo.

Segundo Szabo, em "*Trusted Third Parties Are Security Holes*", sempre há chances de parceiros de confiança não cumprirem com aquilo que são projetados para fazer.

2.6 Da Realização dos Contratos Inteligentes

São realizados normalmente como os demais contratos com as cláusulas definidas pelas partes, estipulando normas, os prazos e também as penalidades no caso de uma das partes não cumprir com sua obrigação.

A diferença é que não existe a necessidade de as partes não necessitam realizar encontro físico para definição de cláusulas, assinatura do mesmo e de posterior fiscalização a fim de verificar se os envolvidos estão cumprindo com suas obrigações e nada foi adulterado.

O *Smart Contract* é realizado digitalmente através de códigos de computação armazenadas numa corrente de dados imutáveis, assim qualquer ação fica registrada em um sistema de dados distribuído, podendo ser consultado publicamente de qualquer ponto de acesso, tornando a informação mais segura e sem necessidade de terceiro para dar validade a sua realização ou realizar posterior fiscalização do cumprimento das obrigações estabelecidas pelas partes.

O contrato ficará armazenado na lista de registros distribuído e toda vez que uma obrigação for cumprida, ele realizará a ação que ficou definida, de forma automática e sem a necessidade de qualquer ação manual de terceiro.

2.7 Impacto nas Negociações

Os Contratos inteligentes foram planejados pra otimizar todo e qualquer tipo de negociação, porém seu uso acarreta em diversas consequências futuras.

A ideia por trás dos *Smart contracts* é eliminar a necessidade da participação de terceiros, tanto na criação quanto ao decorrer de sua vigência, e isso quer dizer

que empresas que realizam serviços de auditoria e fiscalização, iriam se tornar cada vez mais desnecessárias.

2.8 Vantagens na Utilização dos Contratos Inteligentes

A automação de processos acarreta em inúmeros benefícios para os afetados. Os Smart contracts são parte dessa evolução da tecnologia e trazem consigo inúmeros benefícios.

Ao se analisar os benefícios, pode-se notar que alguns deles são proporcionados pela evolução de outros procedimentos e suas ferramentas.

2.8.1 Transparência

Um ponto atrelado a teoria dos contratos é a parcial transparência, para que as partes tenham total conhecimento do que elas estão acordando. Quando se tem uma pessoa ou órgão com o poder de controlar a execução de algo, também fica a seu critério disponibilizar para as partes o que lhe parecer conveniente.

Devido a utilização do Blockchain na realização deste tipo de contrato, o mesmo ficará armazenado num registro distribuído de forma totalmente descentralizada.

Uma rede descentralizada de transações permite que cada nó (agente) da rede tenha acessos às informações na íntegra. Devido a este acesso todos passam a ser gestores e vistoriadores do contrato.

A transparência é um dos itens mais solicitados nas negociações, hoje em dia. Por isso a transparência deixou de ser uma simples tendência para tornar-se uma prerrogativa nas transações pessoais e empresariais.

2.8.2 Agilidade

Contratos tradicionais tendem a ter diversas etapas e intermediações até que o mesmo consiga ser finalizado e registrado, como as negociações, reconhecimento de firma, registros e licenças. Graças a tecnologia Blockchain, pode-se encurtar estas etapas, gerando uma economia de tempo e recursos as partes.

Com a eliminação de terceiros como os intermediadores, torna-se o processo de negociação mais prático e rápido, refletindo de forma clara na gestão e nos resultados produzidos pela empresa.

2.8.3 Independência

Uma das consequências dos contratos inteligentes é uma maior liberdade comercial. Pode-se fazer um paralelo com a antiga economia de trocas. Antigamente cada agricultor produzia um determinado tipo de produto e para adquirir uma porção de outra, efetuava uma troca de uma quantia do seu, por uma quantia do produto desejado.

Essas negociações eram realizadas diretamente pelas partes interessadas na barganha, sem a necessidade de intervenção de terceiros.

A diferença é que atualmente pode-se fazer uso das novas tecnologias para tornar este processo mais simples e independente.

2.8.4 Segurança

Os contratos realizados da maneira usual estão sujeitos a situações adversas, como falhas e adulterações, podendo acontecer de maneira casual ou pela ação dos interessados ou de terceiros.

Com o propósito de tornar o negócio mais seguro, pode-se realizar o contrato inteligente de modo que o menor número possível de pessoas terá contato com o mesmo.

Como eles são realizados em linguagem de programação e o baixíssimo número de pessoas que tem acesso ao mesmo, não existe margem para manipulação, adulteração ou informações dúbias, proporcionando maior credibilidade ao mesmo.

3. RESULTADOS E/OU DISCUSSÕES

Por meio deste trabalho, observa-se que com o avanço tecnológico, atividades vão se modernizando, encontrando outra forma de serem realizadas com emprego de novas tecnologias. Através do conteúdo apresentado, constata-se que substituição da realização de contratos comuns pelo emprego dos contratos inteligentes trás inúmeros benefícios a ambas as partes, proporcionando transparência, segurança e independência as partes, bem como, gerando maior facilidade quanto propagação e efetivação dos efeitos jurídicos dos contratos efetuados.

4. CONCLUSÃO

Com o emprego desta nova tecnologia, juntamente a teoria dos contratos, são notórios os benefícios que o uso dos contratos inteligentes trazem as partes, bem como para uma melhor propagação dos efeitos jurídicos, tendo em vista que a concretização dos contratos ao serem atingidos os requisitos ficaria a cargo dele

mesmo se auto executar, e não a cargo de terceiros, tornando o processo mais lento e suscetível a falhas.

Percebe-se que existe uma grande relevância no tema, tendo em vista que pode ser aplicado em diversas áreas e setores econômicos ou sociais, com isso empresas poderiam realizar transações financeiras de maneira muito mais práticas e rápidas sem a necessidade e terceiros serem incluídos nelas, proporcionando muito mais segurança.

REFERÊNCIAS

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FENALAW DIGITAL. **Como os smart contracts estão transformando os negócios jurídicos**. 2018. Disponível em: <<https://digital.fenalaw.com.br/inova-o/como-os-smart-contracts-est-o-transformando-os-neg-cios-jur-dicos>>. Acesso em: 08 out. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral**. São Paulo: Saraiva, 2006.

HOINASKI, Fabio. **O que são Contratos Inteligentes e como funcionam**. 2019. Disponível em: <<https://www.ibid.com.br/blog/o-que-sao-contratos-inteligentes/>>. Acesso em: 21 out. 2019.

PRADO, Jean. **O que é blockchain? [indo além do bitcoin]**. 2017. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/227293/como-funciona-blockchain-bitcoin/>>. Acesso em: 07 out. 2019.

STAUT, Kareline. **Saiba o que são os contratos inteligentes e como eles funcionam na prática**. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68927/saiba-o-que-sao-os-contratos-inteligentes-e-como-eles-funcionam-na-pratica>>. Acesso em 10 out. 2019.

SZABO, Nick. **Formalizing and Securing Relationships on Public Networks. First Monday**. 2. 1997. Disponível em: <<http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548>>. Acesso em: 15 out. 2019.

SZABO, Nick. **Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets**. www.fon.hum.uva.nl. Retrieved.

<http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html>. Acesso em: 16 out. 2019.

SZABO, Nick. **Trusted Third Parties are Security Holes**. 2001.

TARTUCE, Flávio. **Função Social dos Contratos**. São Paulo: Método, 2007.

A VULNERABILIDADE DOS FORNECEDORES DIANTE OS EFEITOS DA PANDEMIA PROVOCADA PELO COVID-19

PATRICIA SAUGO: Pós Graduada em Direito Civil e Empresarial pelo Damásio Educacional e Ibmec

No que tange as relações de consumo não há dúvidas quanto a posição de fragilidade do consumidor frente aos fornecedores.

O Estado consagrou sua proteção através do Código de Defesa do Consumidor, onde o enquadrado como vulnerável.

A partir do enquadramento, o que de fato é, houve a facilitação da busca pelos direitos.

E não se pretende aqui discutir tal enquadramento, mas sim, chamar a atenção ao fato que ser vulnerável não equivale, obrigatoriamente, estar vulnerável.

A vulnerabilidade é uma situação que podemos nos encontrar, ou não, no exato momento da negociação, ou durante a prestação do serviço.

Até ontem deparávamos com situações de vulnerabilidade apenas do consumidor. Porém, nos dias atuais, impossível não atentarmos a frágil situação no qual encontram-se a maioria dos fornecedores, com ressalva do setor alimentício.

Vislumbra-se que diante das consequências para se conter a disseminação do Covid-19, que inicialmente foi de total isolamento, a maioria dos fornecedores encontram-se em estado de total fragilidade.

Isso porque ninguém é capaz de prever o dia de amanhã, muito menos a situação em que nos encontraremos daqui a alguns meses. Portanto, inevitável concluir que diante da situação imposta, estes fornecedores estão vulneráveis.

Em algumas localidades as Indústrias encontram-se fechadas, e assim deverão permanecer, reabrindo com pessoal muito reduzido. O que também se estende ao comércio.

As instituições de ensino, inevitavelmente tendo que adaptar-se as aulas a distância, garantindo a entrega na prestação do serviço, mesmo que diverso do contratado. A opção também beneficia os professores, que mantém garantido o salário.

Paralelamente sabemos que o consumidor não é obrigado a receber serviço diferentemente do contratado, mas o que sobressairá? O bom senso visando o bem estar da coletividade ou o interesse individual?

Quanto as indústrias, um exemplo é que passaram semanas impossibilitadas ao fornecimento de assistência técnica nos produtos que colocou a disposição no mercado. Isso porque não havia procedimento nem pessoal apto para atender os acionamentos.

Hoje, as frases de efeitos e suposta consciência de solidariedade são bem aceitas e inclusive replicadas. Porém, o bom senso pode ser passageiro, e o que hoje se diz compreensivo, amanhã, pode não mais fazer sentido. Principalmente diante da assombrosa mudança de perspectiva sobre a economia.

Com isso aumentará o interesse na distribuição de ações motivadas por consumidores *“vulneráveis”*.

Porém, inevitavelmente os fornecedores deverão enquadrar-se no mesmo estado de vulnerabilidade. Porque assim, diante da pandemia do coronavírus, também se encontram.

Seria imprudente e porque não dizer, injusto, impor ao fornecedor a responsabilidade por danos morais, mesmo que sobrevenha de “aparente” falha na prestação de seu serviço. Devemos lembrar que não decorreu de uma motivação intencional, mas sim porque encontra-se numa situação tão vulnerável quanto o próprio consumidor.

Não ha o que se falar em falha, muito menos em ilícito sobre os litígios decorrentes das relações consumeristas que se enquadrarem no período de vulnerabilidade do fornecedor.

Para tanto, entende que a mesma previsão do artigo 5º da Medida Provisória nº 948 de 8 de abril de 2020, onde a falha ou a falta do serviço se constitui caso fortuito e força maior, deverá ser estendida, por analogia, a todas as relações de consumo.

Este será o momento do nobre colega e advogado, ao ser consultado, pensar também na coletividade, lembrando o consumidor dos efeitos negativos já gerados pela pandemia na economia, o instruindo a litigar estritamente sobre o direito, e não com intuito de punição.

Será preciso atuar dentro de interesses que beneficiem não apenas o individuo, mas toda a coletividade. Ótima oportunidade para acordos extrajudiciais.

Porém, se nada der certo e as demandas ainda forem impetradas, caberá aos magistrados administrarem de forma a não incentivar ações que visem apenas interesses individuais, pois estes não podem se sobressair aos coletivos. Lembrando que não se discute o “aparente” direito, porém inevitável levar em consideração a situação de vulnerabilidade que encontram-se os fornecedores frente as consequências do isolamento obrigatório provocado pela pandemia do coronavírus.

Por fim, é prudente que todos usem de bom senso, pois é preciso entender a fragilidade dos fornecedores, que neste momento já estão envolvidos por inúmeros fatores negativos, sendo que eventuais condenações sem a devida cautela, principalmente em “supostos” danos morais, servirá apenas como golpe fatal, que gerará rompimento de vínculos trabalhistas e relações contratuais, inclusive com outros fornecedores. Afinal de contas a pessoal jurídica também mantém relação enquanto consumidor final.

Não é muito difícil constatar que tudo faz parte de uma cadeia de consumo e relações. Então, importante agir e manter a consciência de modo a unirmos forças visando o bem-estar coletivo, dando oportunidade de as empresas saírem da condição de vulnerabilidade que se encontram.

SUSPENSÃO DE DIREITOS SOCIAIS EM PROL DA ECONOMIA EM UMA PANDEMIA: O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO COMO PROIBIÇÃO A CONTRARREVOLUÇÃO SOCIAL

LUANA BISPO DE ASSIS: Doutoranda em Direito Constitucional pela UNB. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Goiás (2015), com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Goiás (FAPEG). Advogada com experiência na área de Direito Público e de Direito Privado. Foi pesquisadora e bolsista pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) em projetos com a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA)⁴.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar o princípio da vedação ao retrocesso de direitos sociais como base constitucional de uma vontade popular. Toma-se como ponto de partida as reformas propostas de suspensão e supressão de direitos sociais em razão da pandemia de Covid-19. A metodologia empregada foi a qualitativa, em uma busca dedutiva da bibliografia do princípio da vedação do retrocesso e, a partir disso, tem-se como resultado o debate teórico sobre a suspensão ou supressão de direitos sociais, além de ser uma violação da base do Estado Democrático de Direito, pode agravar a desigualdade social.

Palavras-chave: Constituição. Democracia. Direitos sociais. Pandemia. Vedação ao retrocesso.

ABSTRACT: This article aims to analyze the principle of prohibition against the setback of social rights as the constitutional basis of a popular will. The reforms

⁴É pesquisadora e Líder do Grupo de Pesquisas Interdisciplinares em Direito (GEPID), registrado no Diretório de Pesquisas do CNPq. É professora na Faculdade Evangélica de Goianésia (FACEG), mantida pela Associação Educativa Evangélica (AEE), onde desempenha as funções de membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE) do curso de graduação em Direito; É coordenadora de estágio do curso de graduação em Direito; coordenadora do projeto de extensão Faculdade Aberta da Terceira Idade (FATI); e coordenadora de monitoria acadêmica do curso de Direito. É, ainda, professora na Faculdade Metropolitana de Anápolis (FAMA) na disciplina de Direito Constitucional.

proposed to suspend and suppress social rights due to the Covid-19 pandemic are taken as a starting point. The methodology used was qualitative, in a deductive search of the bibliography of the principle of prohibition of retrocession and, from that, the theoretical debate on the suspension or suppression of social rights has resulted, in addition to being a violation of the basis of Democratic rule of law, can aggravate social inequality.

Keywords: Constitution. Democracy. Social rights. Pandemic. Reverse sealing.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direitos sociais como alicerce constitucional. 3. Conclusão. 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A ideia de Estado Democrático de Direito significa o povo no poder e um Estado que segue normas constitucionais. Para tanto, o povo, no exercício deste poder, elegeu direitos sociais essenciais para assegurar a qualidade de uma vida digna. Assim, suspender ou retirar esses direitos sociais é romper com o Estado democrático e violar a vontade popular. Nesse sentido, o princípio da vedação ao retrocesso tem o objetivo de assegurar a base constitucional. Contudo, o contexto da pandemia de Covid-19 contribui para o seguinte problema jurídico: a suspensão de direitos sociais em prol da economia, em uma pandemia, é uma violação constitucional?

Nesse sentido, exibimos como hipótese que reformas para suspender direitos sociais violam a essência constitucional estabelecida pelo poder originário, ou seja, o povo. Metodologicamente, a pesquisa se desenvolveu por meio de uma análise qualitativa pelo método dedutivo descritivo, considerando conceitos como princípio de vedação ao retrocesso, direitos sociais e disputas constitucionais.

Nesse sentido, o trabalho foi dividido da seguinte maneira: em um primeiro momento, uma breve abordagem sobre os direitos sociais como base constitucional, a identificação da suspensão de direitos sociais com a finalidade de impulsionar a economia em razão da pandemia de coronavírus, e, por fim, evidencia-se que um Estado Democrático de Direito é baseado na segurança jurídica e, por isso, é tão latente a vedação ao retrocesso.

2 DIREITOS SOCIAIS COMO ALICERCE CONSTITUCIONAL

Inicialmente, é importante ressaltar que os direitos constitucionalmente protegidos são frutos de uma extensa luta social[1]. Assim, na égide constitucional, os direitos conquistados são perpetrados, pois se trata do próprio fundamento constitucional. Diante disso, na própria formação estatal, há uma vinculação jurídica

natural, que sobressalta na concepção do Estado, sendo vedado que este deixe de lado a vontade do povo, tendo em vista que ela demonstra a concepção jurídica de uma comunidade, pelos seus valores culturais, éticos e sociais[2].

Nesse sentido, Pedro Lenza ensina que:

“[...] é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como ‘vontade do povo’”. Fala, ainda, na necessidade de observância dos princípios de Justiça (suprapositivos e supraleais) e, também, dos princípios de direito internacional (princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância de direitos humanos — neste último caso de vinculação jurídica, chegando a doutrina a propor uma juridicização e evolução do poder constituinte)[3].

Assim, mesmo diante de uma pandemia, é necessária a observância de princípios de justiça social, vinculados juridicamente à luta de uma comunidade por direitos sociais. São direitos suprapositivos, que transcendem outros valores, pois demonstram os anseios daquela comunidade[4]. Nesse sentido, em um momento de pandemia, faz-se necessário o reforço do bem estar social, reafirmando-se os direitos já conquistados.

Diante disso, a pandemia de Covid-19 tem acirrado o debate sobre o conflito entre direito à saúde, economia, direito do trabalho e direito à privacidade, uma combinação artilosa para novas normas com o fundamento de realinhar o ordenamento jurídico constitucional.

Deveras, as normas constitucionais são munidas pela eficácia para alcance dos fins da sociedade[5]. Assim, as prestações materiais constituem um objeto subjetivo constitucional, com o propósito de assegurar o mínimo existencial e a reserva do possível[6]. Por conseguinte, a vedação ao retrocesso deve ser percebida como princípio que solidifica o direito a uma prestação estatal[7].

Nesse sentido, Marcelo Novelino esclarece:

O princípio da vedação de retrocesso, o qual proíbe a redução injustificada do grau de concretização alcançado por um direito fundamental prestacional, tem sido objeto de inúmeras controvérsias doutrinárias envolvendo a terminologia, natureza, âmbito de incidência, fundamento jurídico e intensidade de aplicação. A nomenclatura utilizada para

designar este princípio é bastante diversificada. Dentre os vários termos utilizados pela doutrina estão "proibição de retrocesso", "vedação de retrocesso social", "efeito cliquet", "proibição de contrarrevolução social", "proibição de evolução reacionária", "eficácia vedativa/impeditiva de retrocesso" e "não retorno da concretização"[8].

Assim, conforme citado por Novelino, é possível compreender que a vedação ao retrocesso pode ser entendida como princípio que proíbe a diminuição injustificada daquilo conquistado. Ressalta, ainda o autor, que é uma proibição de contrarrevolução social ou a proibição de revolução reacionária.

É nesse sentido, que a análise da proibição ao retrocesso se justifica. À medida que se propõe medidas drásticas de isolamento social, se vislumbra que esses ajustes epidemiológicos provocariam efeitos severos na economia. Além disso, o direito à privacidade tem sido declinado para o monitoramento da Covid-19[9], por meio de ferramentas que acompanham a circulação de pessoas em tempo real. Por outro lado, para garantir o bem-estar das empresas[10], com a diminuição do consumo, o Estado lança pacotes e normativas de suspensão de contratos de trabalho[11].

Contrariamente às medidas adotadas, o princípio do retrocesso coloca limites extrajurídicos a alterações danosas à concretização dos direitos fundamentais de estilo prestacional[12]. No entanto, o conflito doutrinário sobre a forma de aplicação se apresenta em duas correntes: 1) o princípio não tem restrição abrangendo todos os direitos expostos na Constituição Federal de 1988; 2) a abrangência deste princípio deve ficar restrita aos direitos já sedimentados.

Nesse contexto, Marcelo Novelino afirma que:

A abrangência deste princípio deve ficar restrita, no entanto, aos direitos já sedimentados "na consciência social ou no sentimento jurídico coletivo" ou sobre os quais haja "consenso profundo" formado ao longo do tempo, não devendo sua aplicação ser estendida aos pormenores da regulamentação.[13]

Para Novelino, que notadamente se filia à segunda corrente, o princípio deve ficar restrito aos direitos já sedimentados na consciência social e sobre os quais haja um consenso profundo. Além disso, denota-se que é sedimentado na doutrina que o princípio da vedação ao retrocesso emerge de uma exigência democrática de estabilidade jurídica[14].

Outro fator necessário de se evidenciar é que o princípio da vedação ao retrocesso está diretamente ligado à proibição de proteção deficiente[15]. Para tanto, em um momento de pandemia, antes de reduzir o grau de concretização de direitos sociais, era necessário para enfrentamento da crise sanitária, o fomento desses direitos[16]. Denota-se que os destinatários dos direitos sociais são os que mais sofrem em crises sanitárias.

Logo, a repressão, suspensão ou extinção de direitos sociais em razão de uma crise sanitária viola o conteúdo essencial da constituição[17]. É nesse sentido, que a Organização Mundial de Saúde, por meio de coletiva proferida pelo diretor Tedros Adhanon, orientou que os países devem garantir renda básica para as populações vulneráveis para garantir que atos de combate à pandemia sejam concretos[18].

Assim, a suspensão de salários, ou até a falta de renda para os informais, age de forma contesta às formas de combate à pandemia. Conforme Moraes, é necessário considerar a problemática dos direitos que foram objeto de satisfação prestacional, no seguinte aspecto:

Ainda no que concerne à eficácia dos direitos a prestações de cunho programático, não se pode deixar de considerar a problemática dos direitos que já foram objeto de concretização pelo legislador, com a geração do que se denominou de uma proibição do retrocesso, isto é, de impedir o legislador de abolir posições jurídicas por ele próprio criadas[19].

Além disso, em uma análise macro dos aspectos constitucionais, não se pode afastar direitos sociais para benefício da economia. Ao contrário, há ganhos consideráveis para a economia, se direitos sociais como saúde, emprego e renda forem assegurados[20]. É diante disso, que Canotilho cita que o princípio da democracia econômica e social aponta por vedar o retrocesso social[21].

Pedro Lenza, citando Canotilho, mostra-nos essa ideia:

Segundo anotou Canotilho, “o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contrarrevolução social’ ou da ‘evolução reacionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo”. [22]

Nesse sentido, Lenza demonstra que o retrocesso de direitos sociais é uma revolução reacionária contra o núcleo duro constitucional. Além disso, a criação de meios compensatórios, alternativos ou de suspensão de direitos sociais é, na prática, a pura e simples anulação do núcleo essencial[23].

3 CONCLUSÃO

Os direitos sociais são objeto de luta e disputas constitucionais. Ao passo que os direitos sociais são uma imposição da sociedade para exigir do Estado uma prestação material de direitos que preserve o bem estar social, estes são, em *prima facie*, fundamentais para uma vida digna.

Além disso, o princípio da vedação ao retrocesso designa proibir uma contrarrevolução social e assegurar segurança jurídica, máxima efetividade da norma constitucional e a dignidade da pessoa humana.

Logo, podemos concluir que desprezar a vedação ao retrocesso, suspendendo ou retirando direitos sociais já conquistados em razão da pandemia, é violar os princípios supraleais e a vontade do povo. Assim, ignorar o princípio da vedação ao retrocesso para realizar reformas em direitos sociais em prol de interesses econômicos, além de agravar a desigualdade social, é uma violação da base do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Marina. **Governo lança pacote de R\$ 40 bi para socorrer pequenas e médias empresas.** Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/03/27/internas_economia,840689/governo-lanca-pacote-de-r-40-bi-para-socorrer-pequenas-e-medias-empre.shtml. Acesso em: 21 abr. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, José J. Gomes. Estado de direito. **Cadernos Democráticos** – Coleção Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva, 1999.

CANOTILHO, José J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

GONTIJO, Erickson. **Como o isolamento social pode ser capaz de salvar saúde e economia.** Disponível em: <https://www.uai.com.br/app/noticia/saude/colunistas/erickson->

gontijo/2020/03/29/noticias-saude,257067/como-o-isolamento-social-pode-ser-capaz-de-salvar-saude-e-economia.shtml. Acesso em: 21 abr. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2013.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. 24. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

R7. **OMS**: É preciso pôr dinheiro na mão de mais pobres para vencer covid-19. Disponível em: <https://noticias.r7.com/internacional/oms-e-preciso-por-dinheiro-na-mao-de-mais-pobres-para-vencer-covid-19-03042020>. Acesso em: 21 abr. 2020.

ROVER, Tadeu. **MP que permite suspensão de contrato de trabalho foi destaque**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-04/resumo-semana-mp-permite-suspensao-contrato-trabalho-foi-destaque>. Acesso em: 21 abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 4, n. 10, p. 205-228, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 82, p. 239, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 169-213.

TELLES, Vera da Silva. Direitos sociais: afinal do que se trata. **Revista USP**, São Paulo: 34-45, março/maio, São Paulo, 1988.

TOLEDO, Karina. **Ferramenta monitora em tempo real avanço da covid-19 em SP.** Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/coronavirus/ferramenta-monitora-em-tempo-real-avanco-da-covid-19-em-sp,9d9cb5a05f8f3bfd073230979eeb960ettglns2g.html>. Acesso em: 21 abr. 2020.

[1] LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito.** São Paulo: Brasiliense, 2017.

[2] CANOTILHO, José J. Gomes. Estado de direito. **Cadernos Democráticos** – Coleção Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva, 1999.

[3] LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

[4] TELLES, Vera da Silva. Direitos sociais: afinal do que se trata. **Revista USP**, São Paulo: 34-45, março/maio, São Paulo, 1988.

[5] MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva Educação SA, 2013.

[6] MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

[7] BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

[8] NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional.** 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

[9] TOLEDO, Karina. **Ferramenta monitora em tempo real avanço da covid-19 em SP.** Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/coronavirus/ferramenta-monitora-em-tempo-real-avanco-da-covid-19-em-sp,9d9cb5a05f8f3bfd073230979eeb960ettglns2g.html>. Acesso em: 21 abr. 2020.

[10] BARBOSA, Marina. **Governo lança pacote de R\$ 40 bi para socorrer pequenas e médias empresas.** Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/03/27/internas_economia,840689/governo-lanca-pacote-de-r-40-bi-para-socorrer-pequenas-e-medias-empre.shtml. Acesso em: 21 abr. 2020.

[11] ROVER, Tadeu. **MP que permite suspensão de contrato de trabalho foi destaque.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-04/resumo-semana-mp-permite-suspensao-contrato-trabalho-foi-destaque>. Acesso em: 21 abr. 2020.

[12] BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

[13] NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

[14] SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 82, p. 239, 2006.

[15] STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 169-213.

[16] SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 4, n. 10, p. 205-228, 2010.

[17] NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

[18] R7. **OMS**: É preciso pôr dinheiro na mão de mais pobres para vencer covid-19. Disponível em: <https://noticias.r7.com/internacional/oms-e-preciso-por-dinheiro-na-mao-de-mais-pobres-para-vencer-covid-19-03042020>. Acesso em: 21 abr. 2020.

[19] MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

[20] GONTIJO, Erickson. **Como o isolamento social pode ser capaz de salvar saúde e economia**. Disponível em: <https://www.uai.com.br/app/noticia/saude/colunistas/erickson-gontijo/2020/03/29/noticias-saude,257067/como-o-isolamento-social-pode-ser-capaz-de-salvar-saude-e-economia.shtml>. Acesso em: 21 abr. 2020.

[21] CANOTILHO, José J. Gomes. Estado de direito. **Cadernos Democráticos** – Coleção Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva, 1999.

[22] LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

[23] MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. 24. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

O LINCHAMENTO COMO FORMA DE JUSTIÇA COLETIVA NA CIDADE DE MANAUS

FERNANDA DA MACENA CONCEICAO:

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus CEULM/ULBRA.

Resumo: As mortes violentas passaram a ser veiculadas na mídia com maior frequência, essa massificação da violência em sentido amplo, tem deixado uma lacuna aberta entre justiça e sociedade, que transmite para a coletividade uma sensação de impunidade. A descrença no poder judiciário por uma grande parcela da população, aflora o sentimento de impotência e aumenta a intolerância, com isso, cresce o desejo de “justiça com as próprias mãos”. O linchamento que é uma prática coletiva de execução sumária, tem se tornado praxe nas ruas de Manaus, entre os anos de 2015 a 2018 foram 69 casos, que culminaram com óbito. Nessas práticas coletivas, os envolvidos agem como juízes da vida, sem qualquer respaldo legal, sem qualquer apuração, cujo objetivo é a de “fazer justiça com as próprias mãos” com o intuito de punir exemplarmente. Portanto, buscar a consumação da justiça com as próprias mãos, é um retrocesso em um Estado Democrático de Direito, onde a Constituição Federal assegura aos acusados o contraditório e a ampla defesa.

Palavras-chave: Linchamento - Violência - Impunidade.

1.Introdução

As mortes violentas passaram a ser exploradas na mídia com maior frequência, essa exposição da violência nos meios de comunicação vem sendo o carro chefe dos noticiários que são divulgados com ênfase no dia a dia. A banalização da violência deixa uma lacuna aberta, transmitindo para a população a sensação de impunidade, tal sentimento tem feito com que uma grande parcela da população desacredite na justiça.

Para Lopes (2016) os atos de violência, linchamentos e mortes cometidos pela população vem crescendo assustadoramente. Em meio a esse cenário, o fenômeno do linchamento tem se tornado praxe na região metropolitana de Manaus conforme noticiaram os principais jornais da capital amazonense. Martins (2015) salienta que o justicamento popular, que nada mais é que a “justiça com as próprias mãos” é um retrocesso em um estado democrático de direito.

A ausência de punição nos vários tipos de crimes gera um descontentamento com a justiça, tal sentimento nutre a vontade de se fazer “justiça com as próprias mãos”. ICJBrasil (2017) que pesquisa o Índice Confiança de Justiça no Brasil, mostrou que cerca de 24% confiam no judiciário, de 2013 para 2017, a confiança no judiciário

caiu 10 pontos percentuais, esses números refletem o descrédito que os cidadãos têm perante ao poder judiciário.

Implicitamente, é nítido a perda de confiança que a população tem na justiça, a desconfiança no poder judiciário pode ser um dos fatores que tem levado as pessoas a agirem nas vias públicas como “juízes” sem respaldo legal, com objetivo de “fazer justiça”, cuja finalidade é o de punir exemplarmente .

Neste artigo, aborda as questões de linchamento que culminaram com óbito. Acredita-se que a quantidade de agressões coletivas sejam bastante elevadas, pois o “acerto de conta” no crime organizado se encaixa no perfil de “justiça com as próprias mãos”, mas não é objeto deste estudo.

O sentimento impunidade por grande parte da população, é uma premissa das possíveis causas que desencadeiam esse fenômeno de agressão em Manaus. Ressalta-se que não se sabe ao certo, se as pessoas envolvidas nesse tipo de crime são punidos a rigor da lei, uma vez que, a mídia não dá enfoque nos casos, dos 69 casos, apenas em um deles, foi noticiado que os envolvidos foram identificados e denunciados pelo Ministério Público do Amazonas - MPAM.

Este trabalho tem como objetivo averiguar se as pessoas que participam direta ou indiretamente dos linchamentos são punidas pela justiça e qual a forma encontrada pelo estado para coibir esse tipo de crime e punir os agressores que participam dos linchamentos.

Esta pesquisa visa mostrar como ocorre o ato de linchamento, e quais são as características desse tipo de agressão. Também o que leva as pessoas a se juntarem em grupos e por um curto período de tempo se instituírem “juízes” sem que o contraditório e a ampla defesa sejam aplicados. E por fim, além dessa seção introdutória, este artigo está estruturado em: seção 2 apresenta o embasamento teórico, seção 3 mostra a análise, seção 4 considerações finais.

2. Justiça com as próprias mãos

Uma das possíveis causas para “justificar” esse tipo de crime é a sensação de impunidade vivida pela população, porém há uma variação no que tange o motivo, mas a prática são as mesmas. Martins (1996) aponta que o que leva a multidão à prática do linchamento é a motivação conservadora, pois acredita-se que aplicando castigo coletivo, está se aplicando um castigo exemplar.

Segundo Sinhoretto (2009) “os linchamentos são práticas coletivas de execução sumária de pessoas consideradas criminosas” para exemplificar esse

conceito, grupos de pessoas rodeiam a vítima e praticam múltiplas agressões, logo após o ato, o grupo se dissolve.

Benevides (1982) salienta que há duas formas de linchamento, anônimos e comunitários, nesse projeto será dado enfoque apenas no linchamento anônimo. Ainda Benevides (1982) os linchamentos anônimos visariam a execução de um suposto delinquente por pessoas não necessariamente por ele atingidas.

O linchamento anônimo é característico dos centros urbanos, onde um simples eco de "pega-ladrão" é o suficiente para chamar a atenção das pessoas, que na grande maioria das vezes, não foram atingidas pelas ações do delinquente, porém, se sentem no dever de agredir o indivíduo que praticou um delito isolado, Sinhoretto (2009).

Esse envolvimento individual que forma um grupo e culmina com o linchamento, chama-se a atenção da espontaneidade para a formação e dissolução logo após a prática da agressão coletiva. Martins (1996) afirma que nesses casos "o linchamento tem caráter espontâneo e o típico linchamento se configura em decisão súbita, difusa, irresponsável e irracional da multidão".

Ainda Martins (1996) os linchamentos são constituídos por reunião ocasional de grande número de pessoas e a conseqüente formação de multidão. Nesse caso a razão é deixada de lado e sobre o impulso coletivo os integrantes do grupo tornam-se agressores orquestrados pelo sentimento de justiça.

Esse sentimento de justiça praticada pela coletividade com o intuito de punir, é relatada por Foucault (2006).

No caso de uma justiça popular, não há três elementos; há as massas e os seus inimigos. Em seguida, as massas, quando reconhecem em alguém um inimigo, quando decidem castigar esse inimigo – ou reeducá-lo – não se referem a uma ideia universal abstrata de justiça, referem-se somente à sua própria experiência, à dos danos que sofreram, da maneira como foram lesadas, como foram oprimidas. Enfim, a decisão delas não é uma decisão de autoridade, quer dizer, elas não se apoiam em um aparelho de Estado que tem a capacidade de impor decisões. Elas as executam pura e simplesmente.

O sinônimo da justiça relatada por Foucault, é a agressão coletiva, popularmente denominado de linchamento, que pode ser caracterizada como um meio de julgamento e condenação sem a anuência do estado de direito, logo sem chances de defesa por parte do real, quando culmina com o óbito do agredido(a).

2.1 Realidade dos linchamentos ocorridos em Manaus ocorridos entre os anos de 2015 a 2018

Em relação aos linchamentos ocorridos nos últimos 4 anos que compreendem aos anos de 2015 a 2018, foi feita uma pesquisa no sítio da secretaria de Segurança Pública do Amazonas, mas não foi encontrado informações sobre crimes de linchamento.

Entretanto foi analisado as principais mídias que veiculam notícias em Manaus, dentro do período de realização dessa pesquisa foram constatadas as seguintes ocorrências: O Jornal D24AM (2017) publicou que em 2015 de acordo com fontes da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Amazonas (SSP-AM) registrou dois casos de linchamento em Manau. Em 2016, segundo o Jornal Emtempo (2017) ocorreram 26 casos de pessoas assassinadas por espancamento da população. O jornal A Crítica (2018) relatou que em 2015, 2016 e 2017 ocorreram 56 casos de mortes oriundas de linchamentos. Em 2018 foram 13 casos conforme noticiou a página do G1 AMAZONAS (2019). Vide tabela 1.

Tabela 1 - Número de linchamentos em Manaus (anos 2015, 2016,2017,2018)

Cidade	Ano	Linchamentos consumados
Manaus	2015	2
	2016	26
	2017	28
	2018	13

Fonte: Guia de mídia

Ressalta-se que esse números são referentes aos linchamentos que culminaram com óbito, outros tipos de “justiça com as próprias mãos” que terminaram com lesões e/ou vítimas de acerto de contas oriundas do tráfico de drogas não foram incluídos neste estudo.

Em dos casos ocorrido em 2018, onde um jovem de 16 anos das iniciais K.C.O, quando o mesmo retornava da escola e foi confundido com um “ladrão”, o mesmo foi espancado até a morte, esse caso ainda não foi julgado, mas o Ministério Público conseguiu identificar os envolvidos que tiveram participação direta e indireta, e acrescentou que a morte foi ocasionada por:

“Conforme a denúncia do MP-AM, Kayube foi morto em via pública a pauladas, chutes, socos, pedradas e facadas, pelos denunciados e por outros indivíduos ainda não qualificados no processo. A ação violenta causou à vítima traumatismo craniano encefálico, múltiplas lesões na cabeça e agressão física” Acritica.com (2018) .

Nesses casos os agressores agem como juízes, movidos pelo sentimento de fazer “fazer justiça”. O promotor de justiça que atua no caso destacou:

“O promotor destacou que os réus agiram de forma arbitrária, como juízes da vida, sem qualquer respaldo legal, sob o pretexto de, sumariamente, sem qualquer apuração, estar reprimindo práticas delituosas” Acritica.com (2018)

De acordo com o relato da promotoria, o linchamento é uma prática arbitrária, cuja os envolvidos agem como juízes, sem qualquer respaldo, encurralam a vítima que não tem nenhuma chance de defesa perante ao tribunal dos justiceiros. Sinhoretto (2009), alega que tais práticas tem como objetivo de dar uma punição exemplar, pois acreditam que a repercussão do ocorrido intimidará novos indeliquentes a cometerem crimes.

A C.F. em seu art. 5º inciso XXXIX, assim como no código penal art. 1º, dispõe que “Não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988). Esse princípio que é o da legalidade, vai de encontro com a execução primária, no qual os “linchadores” acreditam que ao agredir alguém que cometeu algum delito, suas ações serão isentas ou absorvidas perante a justiça.

Entretanto, a vontade do povo não é plena e/ou soberana, logo, não cabe a grupos de indivíduos julgar e punir aqueles que de alguma forma transgrediram a lei. Segundo o Superior Tribunal de Justiça - STJ (2020) “se a vontade do povo fosse plena e soberana, deveríamos permitir linchamentos públicos”.

Contudo, uma das premissas do linchamento é a descrença por parte da população na justiça comum, por isso, recorrem a tais atos. Costa (2014) salienta que os populares não acreditam que os criminosos serão punidos decidem julgá-los sumariamente, impondo pena de morte como sanção. Ainda Costa (2014), os cidadãos revoltados com a justiça resolvem impor sua vontade ao estado, pois demonstram sua insatisfação com o judiciário conforme pesquisa realizada pelo ICJBrasil (2017).

Essa descrença na justiça, leva a população a utilizar a seguinte frase “lei não pune bandidos”, esta frase tem se multiplicado junto a população. Costa (2014) salienta que “o que é comum em todos os casos é a fúria com que a população

executa ou tenta executar o indivíduo, não questionando os motivos que levam a cometer a atrocidade contra seu semelhante, amigo ou vizinho”. Desta feita, os participantes, na maioria das vezes, se juntam para fazer justiça sem nenhuma justificativa

3. Análise do crime de linchamento

Como foi abordado nos itens 2 e 2.1, o linchamento é um crime cuja finalidade é punir exemplarmente, ou seja, a busca da consumação da justiça com as próprias mãos, Fretias (2015) salienta:

Um linchamento é um assassinato (ou uma tentativa) cometido por um grupo grande de pessoas, cujas motivações conjugam a ideia de execução sumária, justiça social e vingança. Os contextos podem variar, mas o caráter coletivo da ação, a ideia de justiça com as próprias mãos e os preconceitos que geralmente orientam esse tipo de comportamento são elementos comuns na maioria dos episódios.

Entretanto, nesse contexto, fica a seguinte pergunta. Qual é a pena aplicada as pessoas que participam de linchamento? Costa (2015) salienta que o que se tem de concreto é a impunidade dos linchadores, a aceitação pela sociedade de justiça ou crime.

Nas mídias pesquisadas não se fala em prisão dos envolvidos nos casos de linchamento, exceto os envolvidos no caso K.C.O, citado no item 2.1. A ausência de prisão *in locu* do crime, faz com que muitos indivíduos que participam das agressões coletivas fiquem impunes.

Nesses casos, como o que vitimou o menor K.C.O, não se pode alegar legítima defesa, pois percebe-se que há forças desproporcionais empregadas contra uma pessoa. Sobre legítima defesa o Art. 25 “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Do total de linchamentos ocorrido em Manaus no período de 2015 a 2019, o caso K.C.O foi o único que ganhou notoriedade na mídia local. Quanto aos demais casos, não se sabe o curso do processo, também não se sabe o número de pessoas que participaram direta e/ou indiretamente e se os mesmos foram denunciados pelo MPE/AM.

Então, com base nas pesquisas realizadas, a pergunta: Qual é a pena aplicada as pessoas que participaram de linchamento? Não momento, ficará sem resposta,

prevalecendo o que fora colocado por Costa (2014), prevalecendo a impunidade dos linchadores.

4. Considerações finais

Viver em sociedade nos faz abdicar de direitos em função de um bem maior, em um estado de direito, a vontade individual ou coletiva, mesmo que soberana são limitadas pelas Leis, Costa (2014). Tal limitação, impõe restrições individuais aos cidadãos, mesmo estes dotados de livre arbítrio e vontade própria. A CF garante aos cidadãos brasileiros e estrangeiros a inviolabilidade do direito à vida.

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:

LV - 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;

O cidadão, independente da gravidade do delito, tem a seu favor o direito ao contraditório e a ampla defesa. Nos julgamentos rápidos ocorridos nas vias públicas, os acusados não dispõem dessa prerrogativa, pois os “juízes” agem de forma arbitrária e sem respaldo legal, às vezes sem mesmo conhecer o motivo pelo qual estão participando.

No caso K.C.O, ocorreu uma série de agressões sem nenhum pretexto, ou seja, sem qualquer apuração para averiguar se a vítima tinha ou não cometido algum crime. Percebe-se que o único objetivo é “fazer justiça com as próprias mãos” cujo intuito é punir exemplarmente alguém, pois acredita-se que servirá de lição.

Como já discorrido, essa reunião se dá pelo simples eco de “pega ladrão”, que reúne ocasionalmente uma certa quantidade de pessoas com a mesma finalidade e culmina no linchamento e conseqüentemente termina em óbito. Após a ocorrência, o movimento é desfeito rapidamente, geralmente a vítima fica estendida ao chão, pois geralmente está morta. Nota-se que a mesma mídia que explora os casos de violência, para esses casos é dada pouca ênfase, na maioria das vezes, os envolvidos diretamente não são identificados.

Como já fora mencionado neste trabalho, não foram encontrados relatos de prisões de linchadores. São 69 casos que estão ficaram no esquecimento, exceto exceto o caso K.C.O. Costa (2014), salienta que torna-se difícil de tipificar o

linchamento em homicídio qualificado, lesão corporal grave, exercício arbitrário das próprias razões ou crime de bando ou quadrilha.

Esses crimes denunciam a omissão do estado. A ausência de políticas efetivas de combate ao crime e a falta de confiança da população na justiça são fatores que podem ter contribuído para o aumento de números de linchamento. Lincha-se muito, isso mostra que o pensamento da sociedade vão de encontro com os ideais de um estado democrático de direito.

O linchamento é somente um dos problemas de violência urbana que escancara a fragilidade do estado, nesse cenário prevalece a vontade individual sedenta por justiça. Tal prática é arbitrária, pois a vontade de terceiros ultrapassa os limites da lei. É um tema importante e que precisa ser debatido, pois tais práticas são frutos da insegurança e do descrédito na justiça. Portanto, o estado precisa com urgência coibir esse tipo de violência, pois em um estado de direito as leis devem limitar a vontade individual.

4. Referências

AMAZONAS registrou 56 mortes por linchamento nos últimos três anos, diz SSP. Acritica.com, Manaus, 29, março de 2018. Disponível em: <<https://www.acritica.com/channels/cotidiano/news/amazonas-registrou-56-mortes-em-linchamentos-nos-ultimos-tres-anos-revela-ssp-am>>. Acesso em: 20, abril de 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 19 mar. 2020.

COSTA, S.D. DIREITOS DE PUNIR: Casos de linchamentos na Paraíba. Campina Grande/PB - 2014. Acesso em: 30, abril de 2020.

FGV, relatório ICJBrasil 1º SEMESTRE / 2017. Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/publicacoes/icj-brasil>>. Acesso em: 30, abril de 2020.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Cadernos da Puc: Série Letras e Artes, Rio de Janeiro, n. 16, jan. 1978. Disponível em: <<http://www.pucpr.br/eventos/educere/educere2007/anaisEvento/arquivos/CI-355-07.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

FREITAS, Ana. Justiça com as próprias mãos: uma realidade cotidiana. 2015. In: NEXO. Disponível em: . Acesso em: out. 2018.

G1 AM, Manaus, 17, julho de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/amazonas-registra-cinco-casos-de-linchamentos-em-2018-diz-ssp-am.ghtml>>. Acesso em: 20, abril de 2020.

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/832784292/agravo-em-recurso-especial-aresp-1657175-sc-2020-0023681-0?ref=serp>

MARRECO, N. D. Justiça com as próprias mãos: Manaus registrou 10 casos de linchamentos. Em tempo, Manaus, 06, novembro de 2017. Disponível em: <<https://d.emtempo.com.br/policia/82641/justica-com-as-proprias-maos-manaus-registrou-10-casos-de-linchamentos>>. Acesso em: 20, abril de 2020.

MARTINS, José de Souza. Linchamento, o lado sombrio da mente conservadora. Revista LEVS/UNESP-Marília, 2014 – Ed. 14 – Nov/2014 – ISSN 1983-2192

MARTINS, José de Souza. Linchamentos: a vida por um fio. Revista Travessia, 21-27, maio-ago. 1989.

MEDEIROS, G. Linchamentos em Manaus saltam de dois casos em 2015 para 36 em um ano e meio. D24AM. Manaus, 24, setembro de 2017. Disponível em: <<https://d24am.com/amazonas/linchamentos-em-manaus-saltam-de-dois-casos-em-2015-para-36-em-um-ano-e-meio/>>. Acesso em: 20, abril de 2020.

QUEIROZ, J. MP denunciou 7 envolvidos em linchamento de estudante por homicídio qualificado. Em tempo, Manaus, 23, fevereiro de 2019. Acritica.com. Disponível em: <<https://www.acritica.com/channels/manaus/news/mp-am-denuncia-7-envolvidos-em-linchamento-de-estudante-por-homicidio-qualificado>>. Acesso em: 20, abril de 2020.

RYLO, I. Justiça com as próprias mãos: Manaus registrou 10 casos de linchamentos.

Sinhoretto, Jacqueline. Linchamentos: insegurança e revolta popular, Revista Brasileira de Segurança Pública | Ano 3 Edição 4 Fev/Mar 2009

OS BENEFÍCIOS DA LEGALIZAÇÃO DA MACONHA NO BRASIL

AMADEU NETO LOPES DE CARVALHO:

Graduando em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho.

RAIMUNDO FILOMENO DA ROCHA NETTO^[1]

(coautor)

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL^[2]

(orientador)

RESUMO: O presente estudo visa analisar o benefício da legalização da *cannabis*, popularmente conhecida como maconha, utilizando como exemplo os países que legalizaram o entorpecente, ressaltando-se o impacto da legalização da maconha no tráfico ilícito de entorpecentes. A questão é tratada como uma forma alternativa do combate ao crime organizado, vez que, o atual modelo de guerra ao ópio demonstrou-se ineficaz. Serão confrontados os dados obtidos em países nos quais a maconha é legalizada, com os dados obtidos no sistema atual brasileiro, que atualmente adota o proibicionismo, concomitantemente com a despenalização da utilização de quaisquer entorpecentes quando para consumo pessoal.

Palavras-chave: *Cannabis*. Legalização. Benefícios. Tráfico.

ABSTRACT: The present study aims to analyze the benefit of legalizing *cannabis*, popularly known as marijuanas, using as an example the countries that legalized the narcotic, highlighting the impact of the legalization of marijuana on illicit drug trafficking. The issue is treated as an alternative way of fighting organized crime, since the current model of war on opium has proved ineffective. The data obtained in countries where marijuana is legalized will be compared with the data obtained in the current Brazilian system, which currently adopts prohibitionism, concomitantly with the decriminalization of the use of any narcotics when for personal consumption.

Keywords: *Cannabis*. Legalization. Benefits. Traffic.

Sumário: 1 introdução. 2 A criminalização das drogas. 2.1 Do surgimento das drogas. 2.2 A guerra contra as drogas. 2.3 As drogas no ordenamento jurídico brasileiro. 3 O consumo da maconha. 3.1 O uso medicinal da maconha. 3.2 O uso recreativo da maconha pelo mundo. 3.3 A descriminalização da maconha. 4 Viabilidade da legalização no brasil. 4.1 O tráfico de drogas. 4.2 Os benefícios da descriminalização .5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda um sério problema, que está ligado ao tráfico de drogas e à legalização da Maconha no Brasil, um assunto que vem gerando grandes discussões ao seu redor, porém é sabido que desde os tempos da antiguidade já se consumiam vários tipos de ervas, que continham substâncias químicas utilizadas tanto para a alimentação como para tratamentos de doenças.

Desta forma, com a evolução da humanidade e conseqüentemente, da tecnologia, viu-se surgir as chamadas drogas sintéticas, produzidas em larga escala para venda ilegal, muitas dessas substâncias incluindo a *Cannabis*. No ordenamento jurídico brasileiro a comercialização e o uso desta, configura infração penal passível de punição, sendo que, para o comércio tem-se uma pena mais severa, enquanto para o consumo são aplicadas penas mais brandas.

O uso da maconha é bastante conturbado, porém o estudo mostra que não é somente para fins recreativos, mas sim para o uso medicinal combatendo determinadas doenças, deve-se destacar que o uso recreativo da maconha fora legalizado por alguns países pelo mundo, os quais anteriormente adotavam a teoria proibicionista. Os benefícios da legalização da maconha no Brasil podem ser os melhores possíveis, tal como ocorreu nos países que decidiram acerca da legalização da *cannabis*.

Muito se tem discutido, recentemente, acerca do tema, e o presente estudo visa buscar meios e formas para analisar o problema em questão, compreendendo o método descritivo de pesquisa, sendo feito e realizando o levantamento bibliográfico por meio de artigos de diversas revistas, doutrinas e sites, buscando descrever características de determinada população que neste caso se encontra no território brasileiro.

O estudo tem como objetivo explicitar como se deu o início da criminalização das drogas, fazendo assim, uma análise com o ordenamento jurídico brasileiro que em dias atuais é considerado crime portar e consumir certas substâncias, analisando, ainda, o contexto atual sobre a criminalização da maconha, a política proibicionista e analisar a possibilidade da legalização da maconha no Brasil, utilizando como embasamento os dados obtidos dos países que já a adotaram.

2 A CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS

2.1 Do surgimento das drogas

É considerada droga qualquer substância química, seja ela natural ou sintética lícita ou ilícita, que é capaz de mudar o estado físico ou mental de quem usa, sendo ela consumida tanto para fins medidos como remédios ou para de fato se drogar, de

acordo com a Portaria n. 344, 12 de maio de 1998, da ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária:

Droga - Substância ou matéria-prima que tenha finalidade medicamentosa ou sanitária.

Entorpecente - Substância que pode determinar dependência física ou psíquica relacionada, como tal, nas listas aprovadas pela Convenção Única sobre Entorpecentes, reproduzidas nos anexos deste Regulamento Técnico.

Ao longo da história, com o surgimento e evolução do homem, estes já as consumiam, não como nos tempos modernos mais nas condições da época. Sendo assim um fato histórico presentes em várias civilizações pelo mundo, com uso direcionado a diversas finalidades. Segundo MacRae (2003): "desde a pré-história, diferentes substâncias psicoativas vêm sendo usadas para um grande leque de finalidade que se estendem do seu emprego lúdico, com fins estritamente prazerosos, até o desencadeamento de estados de êxtase místico/religioso".

No Brasil tem sua aparição associado aos índios, que conforme levantamentos de estudos históricos, eles descobriram plantas com substâncias tóxicas e as utilizavam em suas manifestações religiosas, diversos rituais e confraternizações. Dessa forma descreve Albuquerque (2014):

É utilizada tanto por grupos indígenas quanto pela população mestiça ou cabocla da Amazônia, bem como por diversos sujeitos dos centros urbanos, com diferentes finalidades: práticas, medicinais, religiosas, divinatórias, pedagógicas, dentre outras.¹ Ressalto neste artigo a dimensão pedagógica da ayahuasca, uma vez que é considerada pelos grupos usuários como uma planta professora portadora de inteligência com a qual é possível travar contato e obter conhecimentos.

A primeira droga a chegar ao Brasil foi à popularmente conhecida como maconha, trazida por escravos angolanos que vinham em caravanas portuguesas, que foram os colonizadores do Brasil. Almeida (2013) descreve: "a maconha chegou ao país através dos colonizadores no século XVI, onde era cultivada no Brasil, pois era incentivada pela coroa portuguesa que tinha muito interesse nos lucros da venda da maconha, atitude que para muitos da época deveria ser contra".

2.2 A guerra contra as drogas

O uso de drogas ou psicoativos existem em quase toda sociedade, pois como mencionado, começou como forma de cultura de determinada sociedade, por exemplo: a cultura indígena do Brasil desenvolveu o cauim que foi derivado da mandioca. Portanto, em todo o mundo se consome drogas lícitas àquelas destinadas para tratamentos médicos conhecidos como remédios, ocorrendo da mesma forma com as ilícitas. A princípio havia um consumo moderado das drogas, porém com o avanço da tecnologia, tendo como marco principal a chegada da revolução industrial na Inglaterra, onde se passou a produzir as substâncias puras, os princípios ativos extraídos das plantas em laboratório, sendo a morfina do ópio a cocaína da coca e a cafeína do café. Tal evento proporcionou o aumento de dependentes químicos dessas substâncias na sociedade, ocasionando um aumento súbito no consumo de drogas à nível mundial. Em levantamento realizado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC, 2019) estimou-se que: “em 2017, estima-se que 271 milhões de pessoas - ou 5,5% da população mundial entre 15 e 64 anos - usaram drogas no ano anterior”.

No tocante a criminalização do consumo de drogas, este vem ocasionando violência pelo consumo e, também, traz consigo o comércio irregular sobre controle dos traficantes. No mais, demonstra o descumprimento com direitos e garantias constitucionais dos cidadãos que sofrem com os métodos arbitrários de poder usado pelo o Estado, cessando-lhes a liberdade que as pertencem. A teoria do Garantismo Penal se fundamenta como um modelo normativo de direito, bem como um sistema de limites de poder de punição do Estado, não abrangendo somente a liberdade, mas também todos os demais direitos fundamentais que um cidadão possua, ou seja, é uma democracia de poderes, funcionando como uma forma de jogo, onde as regras não podem constranger a liberdade do indivíduo, sendo assim democrático, pois tem como finalidade moldar as regras no âmbito penal, para o garantismo, direito e garantias fundamentais são o que sustenta o lado mais fraco da relação, como se sabe no direito penal as partes não está em uma situação de igualdade.

Nos dizeres de Ferrajoli (2002, p.694): “ser um projeto de democracia social, que se constitui em um Estado Social de Direitos dos cidadãos e como consequência gerando deveres ao Estado, elevando ao máximo a liberdade e diminuindo os poderes arbitrários do Estado”.

Neste ponto de vista a teoria pode ser aplicada no âmbito do direito penal, pois tem como finalidade garantir as pessoas uma convivência pacífica entre-se, possuindo meios para alcançar esse fim, sendo a proteção dos bens jurídicos mais importantes para um indivíduo, porém o direito penal com sua política de repressão ao uso de certas substâncias, esta indo de contra ponto a liberdade individual que garante ao indivíduo exprimir sua vontade a frente de um grupo, sociedade ou Estado.

A história dos Estados Unidos contra as drogas, teve seu início no comércio lucrativo do ópio, relação que mantinham com a China, comércio esse que alavancou a economia Americana dessa forma era vista com bons olhos por pessoas que tinham influência no Brasil, dessa forma descreve Valois (2017, p.48) "foi o lucrativo comércio de ópio a base da fortuna de diversas famílias Norte-americanas ligadas ao comércio e política, possibilitando o desenvolvimento da infraestrutura de transporte e informação daquele país", foi também nos Estados Unidos que surgiram os primeiros sistemas penitenciários com a intenção de retirar de dentro da sociedade pessoas consideradas viciadas para os padrões de comportamento consideradas corretos na época, após serem detidas nesses sistemas eram submetidas a medidas de ressocialização pelo crimes cometidos, entre os vários motivos das prisões estavam relacionadas ao uso de drogas.

Este período foi marcado pela participação da igreja que tinha um viés de bons costumes e moral para que haja uma convivência em sociedade, deste modo os cidadãos tinham que seguir esses conceitos impostos pela igreja, caso contrário à sociedade ficaria cheia de indivíduos sem valores morais.

Foram, portanto, os esforços dos movimentos religiosos norte-americanos os primeiros a estimular legislações estaduais e federais de proibição das drogas nos Estados Unidos, como também a criação de um regime global de proibição das convenções internacionais e de agências para controle de drogas das organizações internacionais. Valois (2017, p.52)

Medidas que ocasionaram um grande aumento da criminalidade devido à proibição do uso de certas substâncias, por exemplo, o álcool, dando margem para o aparecimento do narcotráfico e do crime organizado que comercializavam de forma clandestina esses produtos, contudo se intensifica a política de repressão tendo como consequência o aumento da violência por parte do Estado em usar a força para reprimir o uso de produtos considerados ilícitos, o tráfico ilegal torna muito mais caro essas substâncias, assim gerando lucros exorbitantes para esses traficantes, consequentemente intensificando ainda mais esses comércios ilegais.

Apesar de tanta repressão, em vários Estados Americanos foi aprovado o uso medicinal, também o uso recreativo da maconha. É notório que a guerra contra as drogas não tem eficácia absoluta, por exemplo, o Brasil, que em sua legislação domina a política de repressão que incrimina até mesmo aqueles que somente fazem uso para consumo próprio, não obteve êxito contra o tráfico de drogas, assim intensificando conflitos entre polícia e traficantes, ocasionando medo, violência aos cidadãos que vivem as margens desse caos que a tempos assola a sociedade. Como pode ser travada uma guerra simplesmente pelo fato de uma lei impor condutas a

um indivíduo para que o mesmo não faça o que deseja, impondo regras de como usar o próprio corpo.

2.3 As drogas no ordenamento jurídico brasileiro

A realidade do Brasil em se tratando do consumo de entorpecentes, está ligada tanto com consumo dos seus usuários como também ao tráfico desses entorpecentes, onde no Brasil pelo fato dos seus grandes centros urbano, surgem as aglomerações de pessoas que vivem em locais não apropriados para se morar, que são conhecidas por favelas, locais propícios para a venda de certas substâncias, motivado pela ineficaz atuação por parte do estado no que se refere à segurança pública, contribuindo para uma política de marginalização de todos que tenham o mínimo de contato com qualquer substância que para o sistema seja considerada ilícita, ocasionando em uma política de repressão.

Para o direito penal brasileiro, as drogas podem estar sobre manipulação de qualquer indivíduo, sendo consumida por qualquer pessoa, ou seja, pode-se tipificar qualquer indivíduo que esteja na posse de algum entorpecente considerado ilícito. No que se refere ao crime de uso próprio de drogas, a lei nº11. 343 exemplifica no “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”.

No Brasil tanto a polícia como a política relacionada a esse tema é no sentido de impor políticas de repressão ao tráfico e consumo próprio, sendo mais severa a punição para quem trafica no que se refere ao crime de tráfico, a Lei nº11. 343, explicita:

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.

É claro que ordenamento jurídico do Brasil tomou uma posição proibicionista, indo contra a liberdade individual e consciência própria do cidadão, o direito penal busca promover uma convivência plena em sociedade, onde todos possam atuar conforme sua consciência sem que prejudique direito de outrem, assim o indivíduo ao usar droga considerada para o direito ilícito vai prejudicar exclusivamente a quem usar não atingindo a esfera de outra pessoa, não se justificando toda essa repressão em torno de uma pessoa que deseja fazer uso de determinado produto.

3 O CONSUMO DA MACONHA

3.1 O uso medicinal da maconha

No Brasil, o uso medicinal de produtos à base de Canabidiol em associação com outros canabinóides foi autorizado para pessoa física, desde que seja para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde. A autorização advém da Resolução da Diretoria Colegiada número 17 (dezessete), de 06 de maio de 2015 (RDC 17/2015), que posteriormente foi substituída pela RDC 335/2020, ambas editadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. As substâncias citadas podem ser encontradas na *Cannabis sativa Linnaeus*, que vulgarmente é conhecida como maconha.

A princípio, com o advento da RDC 17/2015, tais componentes passaram da lista de substâncias proibidas para lista C1 do controle especial. Diante de tal resolução, o Brasil autoriza a prescrição por neurocirurgiões, neurologistas e psiquiatras. Dentre os benefícios da substância, tem-se: os efeitos anticonvulsionantes, neuro protetores, anti-inflamatórios, antitumorais, antipsicóticos e ansiolíticos.

A resolução supramencionada, disciplina acerca da qualidade do produto a ser importado, devendo este ser constituído de derivado vegetal, possuir teor de tetrahydrocannabinol (THC) inferior ao de Canabidiol, ser produzido e distribuído por estabelecimentos devidamente regularizados pelas autoridades competentes em seus países de origem e, por fim, conter certificado de análise, com especificação e teor de Canabidiol e THC, que atendam às exigências das autoridades competentes em seus países de origem.

Para que o brasileiro tenha acesso a medicamentos à base de Canabidiol e outros canabinóides, é necessário que realize o cadastro junto a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), necessitando ainda, da aprovação da agência reguladora a depender de sua avaliação. Caso seja aprovado, o cadastro será válido pelo período de 1 (um) ano.

A ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) publicou em 27 de janeiro de 2020, a RDC (Resolução da Diretoria Colegiada) 335/2020, revogando a RDC 17/2015, entretanto mantendo os mesmos procedimentos burocráticos de cadastro. Ampliou a validade do registro para 2 (dois) anos e, ainda, deixou de impor o controle do teor de tetrahydrocannabinol (THC), que anteriormente deveria ser inferior ao de Canabidiol.

Com base nas mudanças recentes, a tendência mundial é a legalização do uso medicinal da maconha, dessa forma, o Brasil, tão somente acompanhou a legislação

de países como a Argentina, Austrália, Bélgica, Canadá, Chile, Colômbia, dentre outros (WORLDPOPULATIONREVIEW, 2020).

3.2 O uso recreativo da maconha pelo mundo

Dos países que autorizam o uso recreativo da *cannabis*, o Canadá foi o primeiro pertencente ao G-20 que permitiu a utilização da erva de forma não medicinal (EL PAÍS, 2018). A legislação impõe idade mínima de 18 anos, restringiu, ainda, o cultivo a 4 (quatro) pés de maconha, entretanto, existe a possibilidade de adquirir o entorpecente em varejo, da mesma forma que o cigarro de tabaco no Brasil, desde que contenha os avisos quanto aos riscos à saúde (WORLDPOPULATIONREVIEW, 2020). O uso medicinal é autorizado desde 2001 e em julho de 2018 foi aprovada pelo Senado canadense a legalização do uso recreativo, entrando em vigor em 17 de outubro do mesmo ano. A justificativa para tanto, foi a de combater o mercado do tráfico e ter um maior controle quanto à saúde pública.

A princípio, os resultados da legalização no Canadá mostraram-se promissores, principalmente a arrecadação de fundos provenientes dos impostos sobre a erva, que incidem tanto na forma medicinal quanto na forma recreativa. Conforme apresentado na revista Época Negócios (2018):

Relatório do Statistics Canada divulgado em janeiro mostra que, em 2017, os canadenses gastaram US\$ 5,7 milhões em maconha (prioritariamente para uso recreativo). Segundo o Quartz, a demanda por maconha medicinal e recreativa no país alcançará 575 toneladas em 2021 - o que representaria US\$ 4,5 bilhões em vendas. Já o ministro de finanças canadense disse que o governo espera arrecadar, no mínimo, 300 milhões de dólares canadenses em impostos incididos no comércio de Cannabis.

No Brasil, conforme explicitado por Silva, Lima e Teixeira (2016), a projeção para uma possível legalização no território nacional alcançaria uma arrecadação tributária no patamar de R\$ 5 (cinco) bilhões de reais, valendo ressaltar ainda que, haveria uma diminuição de custos com manutenção de presidiários, tratamento de saúde e custos judiciais.

Para Honório, Arroio e Silva (2006), em relação aos malefícios do uso da maconha, existem duas categorias, os que advêm do fumo da planta e os provenientes das substâncias. O hábito de fumar a erva pode causar alterações nas células do trato digestivo e, ainda, há a possibilidade de aumentar a incidência de câncer de pulmão, sendo importante salientar que os números são inferiores ao dos usuários de tabaco. Quanto aos psicoativos, à exposição em longo prazo destes,

pode causar à dependência psicológica, entretanto, as pesquisas demonstraram que os princípios ativos não causam dependência física ou abstinência após a suspensão.

Em estudo realizado pela universidade de Oxford (CAMCHONG; LIM; KUMRA, 2019), nos Estados Unidos da América, foi observado que adolescentes os quais utilizaram a erva por um intervalo de 18 meses consecutivos, tiveram efeitos adversos dos supramencionados, os principais foram: a diminuição no quociente de inteligência e diminuição nas funções executivas do cérebro. Frisa-se que o estudo foi feito com intuito de ratificar uma hipótese proposta por Nora Volkow, psiquiatra diretora do Instituto Nacional de Abuso de Drogas dos Estados Unidos. No mais, os pesquisadores consideraram que para ter conclusões mais assertivas, é necessário que o estudo seja realizado em escala maior.

3.3 A descriminalização da maconha

No cenário atual, o Brasil adota a despenalização da maconha. Como mencionado anteriormente, não é penalizado o porte de entorpecentes para consumo próprio, tendo como sanção para os usuários somente advertências sobre o uso, dentre outras. Entretanto, existe uma linha tênue entre o usuário e o traficante, vez que, não é especificado em lei a quantidade exata que uma pessoa pode portar, sendo decidido subjetivamente por cada magistrado. Já em outros países, como a Bélgica, a distinção é feita na própria legislação, a qual especifica que um adulto pode portar até 3 gramas de *cannabis* para consumo próprio, caso exceda tal quantidade, é considerado tráfico (WORLDPOPULATIONREVIEW, 2020).

No tocante aos problemas da despenalização, existe o tráfico de entorpecentes, que além de aumentar os índices de criminalidade, diminui a qualidade do produto final, pois, por ser uma atividade ilegal e ter como único objetivo o lucro, as pessoas que manipulam o produto misturam-no com outras substâncias, visando baratear o custo de produção, para compensar o risco da traficância.

No relatório mais recente emitido pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen (2020), correspondente ao período entre julho e dezembro de 2019, foram registrados um total de 989.263 presos no âmbito estadual, sendo que 200.583 destes foram encarcerados pela prática de crimes previstos na lei 11.343/2006, a lei de drogas. Na base de dados pesquisados não há informações sobre os crimes cometidos, também não há a descrição de qual entorpecente foi objeto para a prática do delito o qual deu causa à prisão.

A descriminalização da maconha, por si só, não conseguiria diminuir subitamente tais números, entretanto, diminuiria os custos consideravelmente. Em estudo realizado por Silva, Lima e Teixeira (2016), estima-se que o custo dos presos custodiados somente por crimes relacionados à maconha, atinge o patamar de R\$

997.300.000 (novecentos e noventa e sete milhões e trezentos mil reais). Vale ressaltar que, para tal estimativa, os autores utilizaram uma média de custo mensal de R\$ 1.824,44 (mil oitocentos e vinte e quatro reais e quarenta e quatro centavos), entretanto, o Conselho Nacional de Justiça (2017) estimou por meio da presidente na época Cármen Lúcia, que cada pessoa custodiada no sistema prisional brasileiro custa em média R\$2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais). E mais, na época da estimativa, haviam 151.843 presos por crimes relacionados a entorpecentes, no momento atual, conforme mencionado anteriormente, os números chegaram a 200.583 encarcerados. Desta forma, os números atualizados certamente ultrapassam a quantia de um bilhão de reais para a manutenção dos presidiários que cometeram crimes com porte ou tráfico de *cannabis*.

4 VIABILIDADE DA LEGALIZAÇÃO NO BRASIL

4.1 O tráfico de drogas

A problemática advinda do tráfico de drogas não se exaure na comercialização de entorpecentes ilegais, vez que, também, difunde diversos outros crimes previstos em lei, o que poderia ser combatido com uma possível legalização, vez que, o tráfico é uma instituição que somente existe para suprir a demanda dos usuários (ANDOS; SANCHES, 2014).

Tomando como exemplo países em que houve a legalização da *cannabis*, vale citar os Estados Unidos da América, no qual alguns estados normatizaram acerca da liberação do uso recreativo, com isso, a quantidade de maconha traficada diminuiu absolutamente, conforme levantamento realizado pela Ilisp (2017), os dados oficiais da Patrulha de Fronteira dos Estados Unidos da América mostraram que a quantidade de maconha apreendida nas fronteiras americanas chegara ao número de 1147 toneladas em 2011. Em 2014 começaram as legalizações, e diminuiu a quantidade, para 870 toneladas. Conforme levantamento mais recente, o ano de 2019 alcançou a marca de 121 toneladas, uma diminuição súbita, quando comparado com os anos anteriores (STATISTA, 2020).

Ou seja, no caso dos Estados Unidos, a diminuição da demanda consequentemente diminuiu o tráfico, entretanto, não conseguiu extinguir. Segundo um agricultor de *cannabis* mexicano, o quilo que costumava ser vendido entre U\$ 60,00 e U\$ 90,00, agora está sendo vendido entre U\$ 30,00 e U\$ 40,00 dólares (NPR, 2014). A relação entre a queda do valor venal e a diminuição da quantidade apreendida parece lógica, vez que o lucro dos traficantes foi reduzido abruptamente, fazendo com que o risco não seja compensado pela vantagem econômica.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, entende que não é suficiente a descriminalização, sendo a legalização das drogas a medida mais

sensata, pois esta poderia diminuir o poder do tráfico, que advém da ilegalidade. A opinião tem como fundamento a falha do método atual, qual seja a guerra contra as drogas, mostrando-se então a legalização uma maneira alternativa de lidar com os problemas, devendo ser realizada a princípio pela maconha, posteriormente estendendo-se às demais drogas (O GLOBO, 2017).

As estatísticas alcançadas nos Estados Unidos da América têm total convergência com a opinião explicitada por Luís Roberto Barroso, vez que, em 9 anos a quantidade apreendida pelas autoridades de repressão ao tráfico americanas decresceu de 1147 toneladas para 121 toneladas. A justificativa também se mostra convergente, pois houve a diminuição do valor venal da maconha traficada, o que desencadeou na diminuição da venda, pois não há uma compensação monetária suficiente pelo risco da atividade no mercado clandestino.

4.2 Os benefícios da descriminalização

Quanto aos benefícios, pode-se discutir acerca da perda do monopólio do comércio por parte dos capitalistas do narcotráfico de drogas, assim descreve Sírtoli, Filho e Schaedler (2019, p.8): “A diminuição do tráfico. Como já esclarecido acima, a venda ilegal cairia drasticamente, graças a uma melhor qualidade do produto, e a conscientização do cidadão de adquirir um produto legal”. Com a legalização da maconha, pode o governo iniciar a cobrança de impostos sobre esse produto, que antes somente ocasionavam problemas para o Estado, tanto na área de saúde pública, quanto segurança pública.

Em Portugal, com o advento da descriminalização da maconha, foram obtidos bons retornos à sociedade portuguesa, quais sejam, a diminuição do consumo de drogas e o aumento da procura para o tratamento de dependência a essas substâncias. Na análise de Annan *et al.* (2016), Portugal pode ser o país mais bem-sucedido nessa prática, pois após a descriminalização de toda substância ilícita foram obtidos resultados positivos, como a própria redução ao consumo de drogas em determinados setores de pessoas vulneráveis e houve aumento na procura de tratamento.

Ademais, a legalização pode diminuir um grande problema existente no Brasil, o sistema carcerário, que se encontra em uma situação de superlotação por faltas de vagas e falta de investimento. Além disso, um grande número de prisões relacionadas à maconha, pelo simples fato da marginalização por parte da sociedade contra quem faz o uso de alguma substância considerada proibida, dessa forma entende-se que existe uma seleção para a realização de prisões relacionadas ao uso de drogas. Da mesma forma entende Oliveira (2018, p.59):

O direito penal pune de forma seletiva e desigual, desde o momento em que determinadas condutas são classificadas como crime e outras não, até o momento da aplicação da norma em que os indivíduos são escolhidos seletivamente para se submeterem as normas penais.

Por fim, a legalização pode trazer resultados positivos diversos, como a diminuição do consumo desse entorpecente, o aumento na procura de tratamento médico, necessitando, ainda, ser tratada de forma similar ao do álcool e ao cigarro de tabaco, com proibição de consumo para menores de 18 anos e advertências acerca da sua utilização (DE AZEVEDO; DA CRUZ, 2015).

5 CONCLUSÃO

A legalização da maconha como meio de combate ao tráfico, mostrou-se promissora nos países que adotaram tal medida. Apesar dos bons resultados, a implementação não garantiria a extinção do tráfico, vez que, diferentemente dos países comparados, no Brasil o mercado ilícito de drogas é uma entidade forte, o que torna mais dificultoso o embate. Como benefícios colaterais, foram identificados principalmente os econômicos, advindos da diminuição da sobrecarga do sistema penitenciário e da arrecadação de tributos sobre a *cannabis*. Portanto, a legalização pode ser estudada como um meio alternativo para o conflito com o crime organizado.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, M. B. B. **Epistemologia da ayahuasca e a dissolução das fronteiras natureza /cultura da ciência moderna**. Fragmentos de cultura, v. 24, n. 2, p. 179-193, Goiânia. Abr/jun. 2014.

ALMEIDA, A. R. **Contexto histórico do surgimento e consumo de algumas drogas naturais e sintéticas**. Universidade federal de Goiás; Goiânia 2013.

ANDO, Daniel Amaral; SANCHES, Cláudio José Palma. Maconha, Criminalidade e Legalização. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498**, v. 10, n. 10, 2014.

ANNAN. Kofi, et al. **Avanço na reforma de políticas sobre drogas: uma nova abordagem à descriminalização**. Comissão global de políticas sobre drogas. Relatório 2016.

DE AZEVEDO, Guilherme; DA CRUZ, Jorge Henrique Tatim. Proibição, descriminalização e legalização: alternativas de enfrentamento à crise do proibicionismo. **Revista Conhecimento Online**, v. 1, p. 104-118, 2015.

BRASIL. Lei N

º 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema nacional de políticas sobre Drogas; Brasília**, 23 ago. 2006.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Define os critérios e os procedimentos para a importação de Produto derivado de Cannabis, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde. **Resolução da Diretoria Colegiada – RDC N° 335, 24 de janeiro de 2020.**

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Define os critérios e os procedimentos para a importação, em caráter de excepcionalidade, de produto à base de

Canabidiol em associação com outros canabinóides, por pessoa física, para uso próprio, mediante prescrição de profissional legalmente habilitado, para tratamento de saúde. **Resolução da Diretoria Colegiada – RDC N° 17, de 06 de maio de 2015.**

BRASIL. Ministério da saúde. Secretaria de vigilância em saúde. **Portaria n. 344, de 12 de maio de 1998.**

CAMCHONG, Jazmin; LIM, Kelvin O.; KUMRA, Sanjiv. Adverse effects of cannabis on adolescent brain development: a longitudinal study. **Cerebral cortex**, v. 27, n. 3, p. 1922-1930, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **BID diz que Brasil tem menor gasto com presídios da América Latina.** 17 jul. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/brasil-tem-menor-gasto-de-custeio-com-presidios-da-america-latina-2/>. Acesso em: 04 abr. 2020.

EL PAÍS. **Canadá é o primeiro país do G20 a legalizar a maconha para fins recreativos.** 21 jun. 2018. Disponível em: brasil.elpais.com/brasil/2018/06/20/actualidad/1529497956_323016.html. Acesso em 14 abr. 2020.

ÉPOCA NEGÓCIOS. **Por que o Canadá legalizou ousou recreativo da maconha.** 20 jun. 2018. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2018/06/por-que-o-canada-legalizou-o-uso-recreativo-da-maconha.html>. Acesso em 04 abr. 2020.

Escritório das nações unidas sobre drogas e crimes, UNODC. **O relatório mundial sobre drogas 2019.** Disponível em: https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2019/06/relatrio-mundial-sobre-drogas-2019_-35-milhes-de-pessoas-em-todo-o-mundo-sofrem-de-transtornos-por-uso-de-drogas--enquanto-apenas-1-em-cada-7-pessoas-recebe-tratamento.html. Acesso em: 20 out. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3.ed. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2002.

G1, **ONU, Colômbia continua sendo o maior produtor de cocaína do mundo.** Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/09/19/onu-colombia-continua-sendo-o-maior-produtor-de-cocaina-do-mundo.ghtml>. Acesso em: 20 out. 2019.

GIL, A. C. **métodos e técnicas de pesquisa social.** 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008

MACRAE, Edward. **Aspectos socioculturais do uso de drogas e políticas de redução de danos.** Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre psicoativos. 2020.

HONÓRIO, Káthia Maria; ARROIO, Agnaldo; SILVA, Albérico Borges Ferreira da. **Aspectos terapêuticos de compostos da planta Cannabis sativa.** Química nova, v. 29, n. 2, p. 318-325, 2006.

ILISP. **Dados do governo dos EUA mostram que legalização da maconha está acabando com o tráfico.** 04 set. 2017. Disponível em: <http://www.ilisp.org/noticias/dados-do-governo-dos-eua-mostram-que-legalizacao-da-maconha-esta-acabando-com-o-trafico/>. Acesso em 19 abr. 2020.

NPR. **Legal Pot In The U.S. May Be Undercutting Mexican Marijuana.** 1 dez. 2014. Disponível em: <https://www.npr.org/sections/parallels/2014/12/01/367802425/legal-pot-in-the-u-s-may-be-undercutting-mexican-marijuana>. Acesso em 22 abr. 2020.

O GLOBO. **'Minha principal escolha é diminuir o poder do tráfico', diz ministro do STF.** 04 fev. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/minha-principal-escolha-diminuir-poder-do-trafico-diz-ministro-do-stf-20872440>. Acesso em 23 abr. 2020.

OLIVEIRA, Vitória. **Proibicionismo é política criminal de drogas no Brasil: Um estudo sobre a ineficácia da atual política e sua repercussão no sistema penitenciário brasileiro.** Centro Universitário de Brasília – UniCEUB Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS. Brasília 2018.

SILVA, Adriano da Nóbrega; LIMA, Pedro Garrido da Costa; TEIXEIRA, Luciana da Silva. **Impacto econômico da legalização da Cannabis no Brasil**. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, abr. 2016, p. 33.

SÍRTOLI, Erick; FILHO, Sérgio; SCHAEDLER, Peterson. **As vantagens e desvantagens da descriminalização da maconha**. Anuário pesquisa e extensão UNOESC. São Miguel do Oeste 2019.

STATISTA. **Marijuana confiscated by the U.S. border patrol in the fiscal year of 2019, sorted by sector**. 2 mar. 2020. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/328829/us-border-patrol-confiscated-marijuana-by-sector/>. Acesso em 22 abr. 2020.

TRIVIÑOS, A. N. S. **introdução a pesquisa em ciências sociais**. 1.ed. São Paulo: Atlas, 1987.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 1.ed. Belo Horizonte- MG. Editora D'Plácido. 2017.

VENTURI, G. Consumo de drogas, opinião pública e moralidade, Motivações e argumentos baseados em uso. Tempo Social, **revista de sociologia da USP**, v. 29, n. 2, p.164.

WORLDPOPULATIONREVIEW. **Countries where weed is illegal**. 04 abr. 2020. Disponível em: <http://worldpopulationreview.com/countries/countries-where-weed-is-illegal/>. Acesso em: 14 abr. 2020.

[1] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho UNIFSA. *E-mail*: raimundofilomeno300@gmail.com.

[2] Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília - UCB. *E-mail*: julianoleonel@hotmail.com.

“IN DUBIO PRO REO” E “IN DUBIO PRO SOCIETATE”: ANÁLISE DOS INSTITUTOS NA DECISÃO DE PRONÚNCIA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

GUSTAVO NAHMIAZ VAZ SANTOS:

Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA

LARA LYANA FEITOSA SOARES ^[1]

(coautora)

JULIANO OLIVEIRA LEONEL ^[2]

(orientador)

RESUMO: O presente estudo visa analisar e particularizar o cenário do Tribunal do Júri, tendo como essência incrementar um reconhecimento crítico diante da decisão de pronúncia em decorrência do conflito existente na aplicação de institutos para o embasamento do ato. Com isso, ressalta-se, havendo objeção quanto aos indícios probatórios da autoria de um delito seria coerente a aplicação do princípio *in dubio pro societate* na decisão de pronúncia à luz do ordenamento jurídico brasileiro? Sendo assim, faz-se necessário elencar o objetivo crucial de tal questionamento, qual seja, análise crítica do surgimento e consequências na aplicação do brocardo *in dubio pro societate*, o qual não resguarda qualquer alicerce na legislação vigente. Para tanto, o estudo fora desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica com abordagem dialética entre os princípios *in dubio pro reo* e *in dubio pro societate*. Portanto, o enfrentamento de ideias resume-se a definir se tal entendimento fere o texto constitucional, bem como, o tangenciamento evidente do princípio *in dubio pro reo*, caminhando-se a uma inaplicabilidade de um processo penal garantista, em face dos direitos e garantias do acusado. Toma-se por base a doutrina e jurisprudência do ordenamento jurídico brasileiro para sustentar a tese.

Palavras-chave: Processo Penal. Pronúncia. Princípios.

ABSTRACT: This study aims to analyze and particularize the scenario of the Jury Court, having its essence of to increase critical recognition in the face of the decision to pronounce as a result of the conflict existing in the application of institutes to support the act. With this, it is emphasized, if there is an objection to the evidence of the authorship of a crime, would the application of the principle *in dubio pro societate* in the decision of pronouncement in the light of the Brazilian legal system be consistent? Therefore, it is necessary to list the crucial objective of such questioning, namely, critical analysis of the emergence and consequences in the application of brocardo *in dubio pro societate*, which does not protect any foundation in the current legislation. To this end, the study was developed through bibliographic research with a dialectical approach between the principles *in dubio pro reo* and *in dubio pro societate*. Therefore, the confrontation of ideas boils down to defining whether such

an understanding hurts the constitutional text, as well as the evident tangent of the principle *in dubio pro reo*, leading to the inapplicability of a guaranteeing criminal process, in the face of rights and guarantees of the accused. The doctrine and jurisprudence of the Brazilian legal system is based on supporting the thesis.

Keywords: Criminal Proceedings. Pronunciation. Principles.

Sumário: 1 Introdução; 2 Sistemas processuais e a busca da verdade; 3 A instrumentalidade garantista do processo pena: 3.1 O processo penal como situação jurídica; 3.2 O princípio da presunção de inocência e *in dubio pro reo*; 4 Ponderações acerca da criação e repercussão prática do "*in dubio pro societate*" e *standards*: 4.1 *Standards* probatórios; 4.2 Panprincipiologismo no processo penal; 4.3 Aplicação do *in dubio pro societate* em caso concreto; 5 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O artigo 5º, XXXVIII da Constituição Federal (1988), resguarda o Tribunal do Júri como uma garantia constitucional. Com o estudo em questão busca pormenorizar o amplo cenário que é o tribunal e esmiúça-lo ao princípio do *in dubio pro societate* na decisão de pronúncia. Leva-se em consideração a incoerência da aplicação do mencionado brocardo, tendo em vista que a Carta Magna resguarda o princípio da presunção de inocência como garantia constitucional, sendo tais princípios totalmente antagônicos.

A motivação do presente estudo é acarretar uma bagagem de conhecimento e senso crítico, tendo em vista que o debate de temas polêmicos, além de nos fazer analisar os diversos ângulos existentes, ocasionam o aferimento de sabedoria ao indivíduo. Assim, o estudo aprofundado de qualquer que seja o tema proporciona o crescimento pessoal, além de acarretar uma contribuição para o meio acadêmico. É evidente que, existe aqui uma justificativa que vai além, sendo esta a contribuição social para o levantamento de uma sociedade com juízo de valor acerca das normas e princípios que os regem.

O objetivo primordial fora realizar uma análise crítica com a criação de um princípio por meio de uma jurisprudência, que não resguarda qualquer alicerce na legislação vigente, contudo, o objetivo vai além da crítica, já que se busca a garantia de um processo penal justo, o qual deverá resguardar todas as garantias à luz da Constituição Federal.

Dada a relevância da aplicação de uma pena em relação a um indivíduo acusado de ter cometido algum delito contra a vida de outrem, deve-se ser respeitada todas as garantias trazidas pela Carta Magna. Atualmente, em diversas

decisões de pronúncia os Magistrados fundamentam sua decisão com base no princípio do *in dubio pro societate*, alegando dúvida quanto a autoria de um delito, em que a dúvida irá favorecer a sociedade. Diante disso, nasce a problemática do estudo, onde, havendo dúvida quanto a autoria de um delito a aplicação do princípio *in dubio pro societate* na decisão de pronúncia caracteriza-se como coerente à luz do ordenamento jurídico brasileiro?

O presente estudo se desenvolve através de pesquisa bibliográfica com abordagem dialética entre os princípios *in dubio pro reo* e *in dubio pro societate*. Conforme Engels (1979), a dialética é uma grande ideia fundamental, segundo a qual, o mundo não deve ser considerado como um complexo de coisas acabadas. Tal entendimento se justifica pelo autor tendo em vista que, as ideias estão em constante processo de mudança, conseqüentemente o entendimento sobre alguma tese poderá ser sempre discutido, tornando assim como mutável. Concomitantemente, Stalin (2000), refere-se que o método dialético considera que nenhum fenômeno da natureza pode ser compreendido, quando encarado isoladamente, fora dos fenômenos circundantes, com isso, entende-se que um fato não deve ser observado embasado apenas em uma única vertente, o mesmo deverá ser analisado à luz de todas as circunstâncias que o norteiam, possibilitando um enfrentamento de ideias tuteladas pelo método dialético.

Ao longo do estudo será apresentado de forma dinâmica referente aos sistemas processuais e a busca da verdade, além de discorrer categoricamente a instrumentalidade garantista no processo penal, o processo como situação jurídica, o princípio da presunção de inocência, *standards* probatórios, panprincipiologismo no processo penal, e por final a aplicação do *in dubio pro societate* em caso concreto. Toda essa construção sistemática viabilizará a elaboração de uma construção de raciocínio crítico sobre a temática em análise.

Por fim, visa-se delinear a inadmissibilidade da aplicação do *in dubio pro societate* na decisão de pronúncia, quando não se tem provas suficientes quanto a autoria do crime que sane qualquer dúvida, além do mais, tal instrumento afronta totalmente o atual estado de direito, ou seja, é intolerável que juízes togados pactuem com um princípio que se quer resguarda amparo na Constituição, logo, a atitude mais pacífica e certa seria aplicação do *in dubio pro reo*.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS E A BUSCA DA VERDADE

A presente pesquisa tem como escopo a crítica em relação a utilização do princípio do *in dubio pro societate* na decisão de pronúncia. Nessa ótica, faz-se necessário de início a abordagem teórica dos sistemas processuais penais presentes

no ordenamento jurídico brasileiro, pois conforme tutela Lopes (2018), inexistente a paz conceitual a respeito da matéria elencada, destacando o tratamento ora reducionista, ora punitivista dado, por segmentos da doutrina, à temática.

Em que se pese, a abordagem sobre os sistemas processuais penais está englobada em uma grande divergência doutrinária, tanto no âmbito doméstico, quanto internacional, conseqüentemente observam-se várias correntes a fim de definir o sistema processual de forma una. Parte defende como sistema inquisitivo, outra como acusatório e por fim, como um sistema misto, o qual apresenta um termo autoexplicativo, caracterizando como a detentor de aspectos dos dois sistemas anteriores. Ademais, ressalta-se que o direito brasileiro, não só em relação ao âmbito penal é oriundo de diversas outras culturas, com isso, tornam-se claro a ausência de uma identidade própria em decorrência de sua formação.

Dito isso, inicia-se a abordagem sobre os sistemas. Primeiramente, elenca-se o sistema inquisitivo, o qual caracteriza-se como uma das formas inquisitoriais em relação a aplicação do direito, tendo como marco inicial no século XII a partir dos tribunais eclesiásticos servindo como persecução criminal. Tem como principal peculiaridade a concentração do poder do Estado-juiz, ou seja, um sistema resumido em que o responsável pela acusação também detém a função de julgador. Posteriormente, demonstra-se ser um sistema desequilibrado, haja vista que, o acusador certamente busca a condenação do indivíduo, concentrando assim o réu, como mero objeto de investigação processual.

Certamente, neste sistema processual observa-se traços do princípio elencado acima, qual seja, *in dubio pro societate*, onde, na existência ou não da dúvida sobre a culpabilidade do indivíduo em relação ao fato, este teria grande possibilidade de ser condenado e receber uma sanção. Porém, não se resume ao desejo de não aplicar uma pena ou até uma discussão geral da inimputabilidade, e sim, uma preocupação a respeito de uma sanção aplicada de forma devida, justa, a fim de evitar futuros problemas individuais, os quais posteriormente podem gerar dissídios coletivos, tendo em vista que, mesmo uma aplicação gerando de imediato conseqüências para uma única pessoa, essa, está inserida em um meio social.

Com o avanço social a respeito da luta visando assegurar direitos e garantias individuais e em decorrência das inúmeras conseqüências negativas geradas pelo sistema inquisitorial, o meio social obrigou uma solução estatal. Sendo esta, o afastamento do magistrado, em relação a persecução penal, visando assegurar as garantias individuais, além da imparcialidade do julgador, pisa-se que o processo penal era concentrado nas mãos apenas de um único indivíduo, este não tinha por obrigação respeitar a publicidade dos atos. E conseqüentemente, inúmeras situações

indesejáveis decorriam, sendo assim, buscou-se a implementação de outro sistema processual.

Diante do exposto, desenvolveu-se o sistema acusatório, o qual apresenta como principal objetivo a separação de uma atividade acusatória exercida por um órgão e a função julgadora por outro órgão. Estrutura-se por um protagonismo das partes, distinguindo-se do inquisitório, o qual observava apenas a figura do magistrado, elas teriam as funções da iniciativa, bem como pela gestão probatória. O modelo caracteriza-se ainda pela oralidade, por assegurar as garantias individuais, como o contraditório e a ampla defesa, pela publicidade dos atos, tendo em vista a não concentração una do processo, sendo assim, o juiz perde a condição de investigador da demanda judicial e assume uma função de árbitro da mesma.

Torna-se inegável garantir que o sistema processual vigente no país apresenta características singulares de cada mecanismo anteriormente apresentado, contudo, não se discute principalmente a possibilidade de total superação ou rompimento com o sistema inquisitivo. Parte da doutrina brasileira defende a ideia de que o sistema processual penal brasileiro pode ser definido como “(neo) inquisitorial”, considerando como um novo ou aperfeiçoado sistema inquisitivo, haja vista a insistência na gestão de prova destinado a figura do juiz[3].

Concomitantemente, discute-se o fato de que o desejo de garantir o respeito aos direitos fundamentais do ora acusado seja capaz de refletir o estado de impunidade tantas vezes elencado como plano de fundo para a implementação de medidas em discordância com princípios como da dignidade da pessoa humana, apresentando-se de forma clarividente ligação com o sistema inquisitivo (MORO; BOCHENEK, 2015).

Em suma, dado os pontos elencados por ambos os sistemas desenvolvidos, cada qual buscando garantir sua finalidade, parte da doutrina defende a existência de um sistema misto, detentor de características presentes nos dois sistemas anteriores. Observa-se o fato que, a figura do magistrado ainda apresenta função inquisitiva, tratando-se por exemplo a respeito das provas judicializadas, bem como, nota-se a busca da separação e autonomia das partes para a solução do dissídio, além do respeito as garantias individuais e coletivas, observando por exemplo a possibilidade do magistrado em decidir de forma contrária ao posicionamento do órgão acusatório, muita das vezes sendo o Ministério Público.

É relevante o entendimento de Winter (2018), referente ao tema, pois observa-se a incoerência da discussão a respeito da polarização entre os sistemas acusatório e inquisitório, por entender como superada ou até mesmo irrelevante, além do mais aperfeiçoar o sistema processual penal, tendo em vista que, apresenta-se de forma

mais relevante ao invés de simplesmente tentar encontrar um termo capaz de defini-lo[4].

Paralelo a isto, se tratando da verdade no processo penal, inexistente na doutrina um consentimento a respeito da temática, nítido até uma comparação em relação a atuação do processo penal em paralelo ao processo civil. Observa-se a discussão a respeito da função de cada um em relação a busca da verdade. Em se tratando do processo penal, parte da doutrina leciona que o mesmo apresenta como finalidade o encontro da verdade material, real ou substancial, paralelo a isso, o processo civil destina-se a busca da verdade de forma instrumental, compactuando com esse entendimento partilha os autores Demercian e Maluly (2014)[5].

À luz do que tutela o Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, observa-se que em um julgado não tão distante, a figura do processo penal está intimamente amparada na apuração exaustiva e ampla dos fatos, a fim de lograr êxito na busca incessante da verdade real (BRASIL, 2003). De forma harmônica, o Superior Tribunal de Justiça, diante da colheita das provas testemunhais, requerida de ofício, a consonância com o entendimento da busca sobre a verdade real (BRASIL, 2011).

Com base no que leciona Lima (2016, p. 234), “a verdade absoluta é sempre inatingível pelo juiz, sempre teremos, de qualquer modo, uma mera verdade relativa”, diante disso, a discussão em momento algum deveria estar intimamente ligada sobre verdade material ou formal, bem como, o tema abordado anteriormente a respeito da definição processual, em se tratando de acusatório, inquisitório ou misto, toda e qualquer estudo doutrinário ou entendimento jurisprudência deveria destina-se ao (des)respeito para obtenção da verdade, a qual seria, o resultado conquistado após os trâmites processuais[6].

Diante das possibilidades atribuídas ao juiz em relação a solução da demanda, em contraponto com a busca da verdade, destaca-se uma missão audaciosa, haja vista que o magistrado, tentará através de atividades probatórias a reconstrução de um fato pretérito. Consequentemente, dotado do conhecimento de que possui tanto “poder”, o juiz afasta-se da capacidade arbitrária, pois aproxima-se diretamente com a causa penal em análise. Nota-se então um juiz inquisidor:

“O método cartesiano inspira a dogmática do processo penal no sentido de pensar a possibilidade de, a partir da fragmentação e do estudo microscópico do caso penal, recriar o fato passado, não mais passível de experimentação e alcançar a verdades. Assim, após decompor e estudar minuciosamente os elementos probatórios incorporados nos autos, a verdade

seria atingida pelo juiz através da livre apreciação da prova (CARVALHO, 2013, p. 162)."

Ante ao entendimento de Salo de Carvalho (2013), o processo penal tornaria então um laboratório em que, todos os meios processuais, como os meios de prova e a realidade histórica, iriam se adequar a sentença final.

Segundo Tutela Lopes (2014, p. 590):

"Em suma, o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, em que, através das provas produzidas em contraditório, pretende-se criar condições para a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato passado. As partes buscam sua captura psíquica (para mantê-lo em crença), sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na sentença. Ou seja, o poder do juiz não precisa da verdade para se legitimar, até porque, sendo ela contingencial, caso a sentença não corresponda à verdade, o poder seria ilegítimo. E isso não ocorre, por quê? Porque a legitimidade da decisão é dada pela estrita observância do contraditório e das regras do devido processo penal ao longo do ritual judiciário, e não em nome de uma (pseudo) verdade nem sempre possível de ser obtida."

A problemática não gira em torno da definição da verdade, caracterizando-a como material ou formal, destinando então a discussão a respeito da verdade em si, tendo em vista que, o processo destina-se ao convencimento do magistrado, o qual não é detentor de todo o conhecimento fático de cada caso, haja vista que, nem todos os elementos são carregados aos autos processuais.

Portanto, nota-se a importância do pensamento anteriormente exposto, em relação a observância do respeito as normas processuais vigentes, tendo em vista que, notadamente, torna-se inequívoca a busca de uma "verdade absoluta" em relação a algum fato, além do mais que, a verdade em si não funda o processo penal, conseqüentemente o processo não depende da mesma para torna-lo legítimo, bem como justifica-lo, além do que se a verdade propriamente dita a respeito de um fato não é alcançada na íntegra, a dúvida não deveria ser parâmetro para prosseguir um processo penal e buscar aplicação de uma medida punitiva.

3 A INSTRUMENTALIDADE GARANTISTA DO PROCESSO PENAL

Ao longo dos anos é evidente a evolução do Estado de Direto, o qual de forma efetiva eleva a outro nível o processo penal, que se tornou fielmente ligado a

evolução da pena. Esta é uma sanção imposta pelo Estado, pelo seu poder *jus puniendi*, ou seja, o poder que o Estado tem de punir, uma manifestação da justiça aos cometedores dos delitos. Concomitantemente, o processo penal é uma conquista fundamental da humanidade, como efetivo instrumento para a proteção dos indivíduos contra os abusos do poder punitivo estatal. Portanto, é clarividente que o processo penal é um estágio de evolução da pena, o qual tenta neutralizar o monopólio dado ao Estado, seja o poder de perseguir e punir (LOPES, 2014).

De acordo com Aroca (1997), podem ser repartidos em três o poder monopolista estatal, quais sejam: Exclusividade do Direito Penal; Exclusividade pelos Tribunais e Exclusividade Processual.

A exclusividade do Direito Penal está literalmente ligado ao fato de retirar dos cometedores dos delitos o poder de praticarem a autotutela, já a exclusividade dos tribunais deve ser analisada juntamente com a exclusividade processual, pois os tribunais definem o delito e cominam a pena, porém, para isso ocorrer de forma eficaz e garantidora dos direitos do réu, obrigatoriamente observará o papel desempenhado pelo processo penal, que anteceda a imposição de qualquer punição.

Ante ao exposto, chega-se a um efetivo indágamento: qual seria a verdadeira função do processo penal?

Com os fatos demonstrados, conclui-se que o processo penal é um verdadeiro instrumento a fim de aplicar uma pena justa e correspondente as garantias fundamentais do réu. Nestes termos, evidencia-se que o processo seria um meio para a obtenção de um fim coerente com o ordenamento jurídico vigente. Dinamarco (1990), pontua que, ao afirmar que o processo serve como um meio de tutela do indivíduo frente aos possíveis abusos ou desvio de poder dos agentes estatais: é o equilíbrio entre os valores poder do estado e liberdade do indivíduo.

É de caráter essencial destacar além da instrumentalidade do processo penal, a sua função garantista, como bem afirma Ferrajoli (1997), é possível extrair um imperativo básico: o Direito existe para tutelar os direitos fundamentais. Portanto, em um Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional não se limita meramente a aplicação de uma pena, mas sim com a preocupação constitucional, a qual fora instituída visando a proteção dos direitos e garantias dos indivíduos.

Entretanto, Goldschmit (1935) estabelece que esta necessidade de proteção dos indivíduos contra os abusos do poder estatal é uma "construção técnica artificial" que não merece prosperar, além do mais, o processo penal iria se resumir como uma trilha para a aplicação da pena. Paralelo a isso, não há questionamento quanto a função garantista que o processo penal oferece face ao monopólio estatal. Como já mencionado anteriormente, o processo serve como instrumento garantista dos

direitos e garantias fundamentais, desempenhando um papel de barreira eficaz, vedando diretamente a possibilidade de supostos abusos do poder Estatal.

Ademais, Goldschmit (1986) aduz que os direitos fundamentais, caracterizam-se como ferramentas contra o Estado, sendo uma segurança constitucional individual em desfavor do poder Estatal. A quantidade de normas dispendo sobre o processo penal, é prova irrefutável de que o processo tem a finalidade primordial de garantir a plena eficácia dos direitos do réu enquanto estiver na fase processual.

Categoricamente aduz Lopes (2014, p. 1) revela, “é possível justificar que instrumentalidade e garantismo não são fundamentos antagônicos, senão que se complementam, de modo que da fusão de ambos encontramos o verdadeiro fundamento da existência do processo penal: a instrumentalidade garantista”. Com base no que fora apresentado, conclui-se que o processo penal não se apresenta apenas como instrumento para aplicação da pena, mais do mesmo modo, como garantidor dos direitos e garantias individuais, conseqüentemente este pode ser classificado como instrumentalista e garantidor de forma simultânea, por desempenhar as duas funções de forma conjunta.

3.1 O processo penal como situação jurídica

De acordo com Goldschmit (1936), o processo deve ser encarado como um conjunto de atos processuais, os quais as partes devem “dialogar” entre si afim de tomada de decisão, apresenta que:

(...) quando a guerra estoura, tudo se encontra na ponta da espada; os direitos mais intangíveis se convertem em expectativas, possibilidades e obrigações, e todo direito pode se aniquilar como consequência de não ter aproveitado uma ocasião ou descuidado de uma obrigação; como, pelo contrário, a guerra pode proporcionar ao vencedor o desfrute de um direito que não lhe corresponde (GOLDSCHMIT, 1936, p. 49).

Portanto, Goldschmit encara o processo baseado na epistemologia da incerteza, ou seja, o analisa como uma guerra, a qual não existe segurança e estática durante a relação processual. Diante disso, o processo seria de fato uma situação jurídica, onde os diversos atos realizados durante a relação processual vão gerando chances aos “jogadores”, a qual vencerá quem melhor aproveitá-las.

Quanto ao fato do processo penal não ser estático, quer dizer que ele está sempre em movimento, o que enseja de forma direta expectativas, chances, cargas e liberação de cargas (LOPES; SILVA, 2009). Com isso, a busca por uma sentença

favorável poderá se efetivar de fato para quem melhor aproveitar as chances oferecidas durante este movimento processual.

Contudo, como aduz Calamandrei (1999) para poder aproveitar as chances que irão surgir, os participantes deverão saber em sua totalidade como funcionam as regras do jogo. O ponto ao qual se deseja chegar nesse momento é o fato de que, para se desfrutar da justiça não é necessário somente que se tenha o direito, mas, que, além de tudo saiba jogar o jogo e se apresentar extremamente maleável durante o processo. Diante disso, evidencia-se uma insegurança jurídica a respeito do resultado final, onde nenhuma das partes sabe qual será o resultado de sentença.

Além do mais, afirma o autor que esta decisão favorável não irá depender somente das partes da relação processual, mas também da figura do juiz, que tem função essencial nesse jogo da epistemologia da incerteza. Portanto, os polos do processo devem aproveitar todas as chances possíveis para que desta forma consigam convencer o juiz, árbitro, sobre seus respectivos direitos. Transcrevendo Calamandrei (1999, p. 223): "O êxito depende, por conseguinte, da interferência destas psicologias individuais e da força de convicção com que as razões feitas pelo demandante consigam fazer suscitar ressonâncias e simpatias na consciência do julgador". Situação, em que o juiz deverá decidir com base nas provas apresentadas, ou seja, não deverá tomar decisões baseadas em seu foro íntimo.

É evidente que o processo ainda é visto como algo seguro, todavia, é de extrema urgência deixar de lado tal pensamento, e encarar o processo como uma verdadeira relação jurídica de incerteza, além de encará-lo com toda sua dinamicidade, perigos e incertezas.

Portanto, a busca das garantias fundamentais que em meio a epistemologia da incerteza, o processo como um jogo e uma guerra, foram diretamente comprometidos. É necessário efetivar que a procura é por um devido processo legal juntamente com suas garantias constitucionais. Deve-se encarar a realidade de frente, deixando de lado a ingênua crença na bondade dos bons, isto fará com que "se duvide da bondade (do juiz, do promotor e do próprio ritual), e que se questione a própria legitimidade do poder" (LOPES; SILVA, 2009).

Diante dos fatos mencionados, pode-se concluir que a epistemologia da incerteza é uma atual característica do processo penal, o qual diante do que fora elencado pode ser visto como um jogo/guerra, que vencerá aquele que melhor aproveitar as chances que surgirem diante da dinamicidade que apresenta. Contudo, é algo que deve ser integralmente mudado, para que desta forma se tenha um mínimo possível de garantias constitucionais, uma conseqüente segurança jurídica quanto ao resultado que se espera.

3.2 O princípio da presunção de inocência e *in dubio pro reo*

Diante do cenário de insegurança jurídica em que nos encontramos é de extrema importância o questionamento acerca da origem do princípio da presunção de inocência e qual sua importância nos dias atuais. Tal princípio tem como base a época em que a Europa vivia tempos de revolução, período em que os juristas se dedicaram em fazer estudos em relação a temática.

Posteriormente, incluiu-se na Declaração do Homem e do Cidadão (1789), em seu art. 9º, o qual revelava que, todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. Contudo, a ideia principal é entender o contexto social que levou o surgimento do princípio em questão. Este tem como sustentação a extinção de qualquer arbitrariedade existente no processo penal, tendo em vista que antes do seu surgimento, o processo penal era usado pelos soberanos com objetivo de obter do réu uma confissão forçada.

Com isso, é evidente que tal princípio é um dos alicerces do processo penal, o qual prevê que inexistindo a comprovação da autoria do imputado, ou seja, na presença da dúvida, esta deverá ser avocada em favor do acusado, prosperando a presunção de inocência. Conseqüentemente, tem como função essencial garantir a proteção do indivíduo com relação ao poder de punir dado ao Estado.

Elencado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (1988), "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", bem como, no artigo 11 da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), "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". Observa-se que a finalidade de especificar nessas legislações é demonstrar a necessidade e relevância da temática, buscando o respeito a essa prerrogativa em todos os processos que obedeçam às legislações mencionadas, tornando-se como indiscutíveis a validade e admissibilidade dessa garantia.

Vejamos o artigo 386, inciso "IV" do Código de Processo Penal (1941), o qual aduz expressamente tal princípio, "O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência".

Senão vejamos, a descrição realizada por Lima (2017, p. 478):

(...) na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois não tem ele a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provocando além de uma dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída.

Por conseguinte, o réu deverá ser presumido inocente, até a existência da comprovação a respeito da sua culpabilidade, bem como o trânsito em julgado da ação condenatória, como assevera o artigo 5º, LVII da Constituição Federal (1988). Já que os princípios da Presunção de Inocência e o *In dubio pro reo*, são verdadeiras normas instituídas pelo legislador como alicerces no ordenamento jurídico vigente.

Em acordo com a legislação, a título de exemplificação, observa-se o voto do ministro Celso de Mello, quanto ao julgamento da AP 858/DF (2014):

A absoluta insuficiência da prova penal existente nos autos não pode legitimar a formulação de um juízo de certeza quanto à culpabilidade do réu. Na realidade, em nosso sistema jurídico, como ninguém o desconhece, a situação de dúvida razoável só pode beneficiar o réu, jamais prejudicá-lo, pois esse é um princípio básico que deve sempre prevalecer nos modelos constitucionais que consagram o Estado democrático de Direito. O exame dos elementos constantes destes autos evidencia que o Ministério Público deixou de produzir prova penal lícita que corroborasse o conteúdo da imputação penal deduzida contra o réu, não sendo capaz de cumprir, por isso mesmo, a norma inscrita no art. 156, "caput", do CPP, que atribui ao órgão estatal da acusação penal o encargo de provar, para além de qualquer dúvida razoável, a autoria e a materialidade do fato delituoso. Como sabemos, nenhuma acusação penal se presume provada.

É nítido sua defesa quando a matéria da dúvida em relação ao acusado, além de corroborar que a função do ônus da prova (responsável para sustentar uma afirmação ou conceito) destina-se ao órgão ou a quem tenha proferido acusação, de forma que, não sendo devidamente comprovada, acarretará na impossibilidade de prejudicar o réu. Por fim, destaca-se ainda a confirmação do princípio como sustentação básica do ordenamento atual.

O texto constitucional garante que qualquer indivíduo não será destinado uma imputação de culpa pelo simples fato da existência de uma denúncia, devendo, necessariamente para acarretar na culpa de alguém ser respeitada toda a realização processual. Ademais, observa-se que o texto constitucional (1988) reza, ainda em seu art. 5º inciso LV que “todos os litigantes em processos, bem como os acusados em geral são assegurados ao contraditório e a ampla defesa”.

Corroborando com esse dispositivo, segue o entendimento de Nicollit (2010) acerca do tratamento dado as pessoas durante o processo penal: “Embora recaiam sobre o imputado suspeitas de prática criminosa, no curso do processo deve ele ser tratado como inocente, não podendo vê-se diminuído social, moral nem fisicamente diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo”. Dadas as legislações pertinentes ao tema, como as defesas teóricas em consonância com a lei, o réu deverá ser visto e tratado pelo Estado como inocente, bem como pela sociedade.

Portanto, para uma devida condenação do indivíduo, e por conseguinte uma proteção frente ao Estado, não deverá existir qualquer objeção quanto a culpabilidade da parte ré. Logo, a colocação da dúvida perante a realização do processo leva ao julgador, além das partes, a busca incessante pela realidade fática.

Da forma como fora abordado o tema com as apresentações dos dispositivos legais, assim como dos doutrinadores, torna-se de forma incontestável que a presunção de inocência, como também, o princípio do *in dubio pro reo*, foram elencados na legislação visando a redução das medidas penais de forma abusiva por parte do Estado, embasados em uma preponderância histórica, a qual desencadeou inúmeras circunstâncias humanamente desleais, isto posto, qualquer decisão em desacordo com esse arcabouço iria totalmente de encontro com o que garante o ordenamento jurídico vigente.

4 PONDERAÇÕES ACERCA DA CRIAÇÃO E REPERCUSSÃO PRÁTICA DO “*IN DUBIO PRO SOCIETATE*” E STANDARDS

4.1 *Standards* probatórios

É indiscutível que mesmo havendo institutos constitucionais acerca de uma matéria, sendo essa *in dubio pro reo*, não é capaz de garantir o êxito da presunção de inocência no processo penal brasileiro. Com isso, necessário se faz a implementação de outros parâmetros jurídicos a fim de buscar-se uma maior assertividade nas decisões.

Ante ao exposto, inobstante se observa que, os *standards* probatórios desempenham tal função, caracterizando como mecanismo norteadores de critérios e/ou diretrizes, os quais possibilitam auxiliar o julgador em relação a assertividade

de obter a prova de um fato, ou seja, além de ratificar a pretensão punitiva ocorre a justificação por meio deste instituto. São oriundos da tradição do direito anglo-americano, aplicável nas esferas cíveis e penais.

Com efeito, assevera-se a ausência desse auxiliador, bem como de um similar, na legislação brasileira ao que tange o processo penal, reforçando com isso o pressuposto de que o magistrado se encontra carente de um procedimento comprobatório, figurando como refém de sua convicção moral para proferir a decisão.

Concomitantemente, como explanado pelo estudo, a presunção de inocência e seus princípios norteadores como *in dubio pro reo*, apresentam-se vulneráveis de acordo com as reintegradas atuações dos magistrados, do mesmo modo, se encontra a função garantista do processo penal. Nesse cenário, é indiscutível a necessidade de uma tutela suficiente para as lacunas anteriormente elencadas.

Torna-se fundamental elencar que os *standards* probatórios não se confundem com o princípio *in dubio pro reo*, eis que tal método não apresenta a capacidade de oferecer ao acusado solidez exigida para suportar uma condenação. Pela alusão desenvolvida, em relação a dúvida em face a condenação de um indivíduo não permite a extração suficiente consistência probatória para condená-lo do que absolvê-lo. Observando nas situações em que o magistrado não detém da dúvida, entretanto, tenha convicção da culpa do acusado, inexistente preceito capaz de auferir a veracidade deste convencimento, de forma que o entendimento formulado esteja intimamente ligado com a subjetividade.

Nesse cenário, é coerente a sustentação de que a falta de uma previsão em relação aos *standards* mais rigorosos para legitimar as decisões em si, abre um leque de possibilidades das existências de decisões fundadas em aspectos escassos, deixando o julgador livre para a interpretação a respeito do nível elevado de prova para uma decisão. Desse modo, a definição encontra abarcada tanto pela subjetividade da concepção do juiz, como sua moral, de forma que não obedeça a qualquer método válido de raciocínio.

Com base nos entendimentos abordados, um *standard*, além de solidificar a decisão de acatar a aplicação do *jus puniendi* por parte do Estado, deverá ter uma compreensão racional no ato proferido pelo magistrado. Corroborando com essa tese, observam-se as palavras de Roberts e Zuckerman (2010, p.258), em que o *standard* criminal atua como procedimento para o raciocínio acerca da prova.

Com esse panorama, necessita-se da atuação ativa por parte estatal a fim de normatizar os posicionamentos dos *standards*, apresentando uma lógica de tolerância dos erros, havendo a ponderação de absolvições indevidas em meio a uma

condenação de um inocente. Bem como, capaz de delinear a triagem comprobatória, cabendo portando, a definição legal, afastando-se da convicção de cada juiz, buscando um padrão desejado.

Destarte, aduz Beltrán (2007, p. 147) acerca da temática[7]:

1. A hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as previsões de novos dados que a hipótese permita formular devem ter sido confirmadas.
2. Devem ter sido refutadas todas as demais hipóteses plausíveis capazes de explicar os mesmos dados que sejam compatíveis com a inocência do acusado, excluídas as meras hipóteses ad hoc.

O magistrado dotado apenas da presunção da inocência apresenta-se diretamente interligado com o pressuposto de inocência do indivíduo, devendo formular sua atuação diante da valoração da prova, a fim de diagnosticar uma explicação mais coerente para uma das hipóteses. Com a presença dos *standards* não se resumirá na hipótese de maior grau de confirmação dos elementos probatórios, devendo necessariamente o distanciamento da dúvida razoável em relação ao acusado.

Evidentemente, com base no que fora explanado, a fim de alcançar uma maior efetividade da garantia da presunção do indivíduo, instituto taxado na Carta Maior do ordenamento jurídico, depende da previsão de um *standard* probatório eficaz, possibilitando ao julgador um auxílio, de forma a constatar ideia, evitando assim decisões infundadas, bem como, o distanciamento de um juízo refém do ânimo de quem está desempenhando o papel de julgador, conseqüentemente a aproximação de um padrão certo e determinado de constatação, desempenhada através da atuação dos *standards*, possibilitando ainda o aprimoramento das decisões.

4.2 Panprincipiologismo no processo penal

Observa-se o desenvolvimento do mecanismo elencado, qual seja, o panprincipiologismo, quando há criação de normativos com ausência de normatividade, na maioria das vezes buscando fundamentar decisões ou até mesmo caracterizando como um instrumento utilizado para deturpar a aplicação de normativas já existentes.

No estudo destinou-se a abordagem da criação e atuação do princípio do *in dubio pro societate*, onde, havendo dúvida quanto a autoria de um fato, o juiz embasado nesse fundamento pronunciará o acusado para julgamento em fase plenária – Tribunal do Júri – órgão competente para o julgamento de crimes contra

a vida, dando assim prosseguimento a ação penal mesmo com a existência da dúvida. Paralelo a isso, torna-se indiscutível a aplicação deste mecanismo quanto a materialidade do fato, pois o convencimento do magistrado deve ser absoluto quanto ao aspecto do acontecimento do delito.

Ademais, sua aplicação pode ser observada em dois momentos, no primeiro refere-se no ato do magistrado ao receber a denúncia e o segundo caracteriza-se na decisão de pronúncia. O estudo, destina a análise crítica da aplicação desse princípio no segundo momento apresentado.

A doutrina majoritária tutela que a pronúncia do acusado para o julgamento no Tribunal do Júri não necessita a existência de prova substancial em face a autoria do delito, uma vez que nessa fase processual, o simples fato de haver indícios de autoria e a materialidade comprovada do delito seria coerente a aplicação de tal princípio, com o fundamento de que sua atuação estaria em harmonia com o ordenamento tendo em vista que o acusado seria exposto a um novo cenário de julgamento, respeitando assim a presunção de inocência.

Destaca-se nesse ponto um entendimento ao qual tutela essa aplicação, proferido por Ministra Laurita Vaz (2018), existindo defesa da atuação desse princípio com base no argumento de ir ao encontro da usurpação de competência, ou seja, tendo em vista que, a Constituição Federal da República destinou competência ao Tribunal do Júri aos crimes contra a vida, esse raciocínio aduz que a destinação do julgamento a um órgão distinto ou o prosseguimento da ação penal não irá ferir o ordenamento jurídico mesmo havendo dúvida.

A etapa atinente à pronúncia é regida pelo princípio *in dubio pro societate* e, por via de consequência, estando presentes indícios de materialidade e autoria do delito - no caso, homicídio tentado - o feito deve ser submetido ao Tribunal do Júri, sob pena de usurpação de competência (BRASIL, 2018).

Concomitantemente, em desacordo com esse entendimento acima proferido, observa a compreensão a respeito da matéria pelo Ministro Gilmar Mendes (2019), veja-se:

Para a pronúncia, não se exige uma certeza além da dúvida razoável, necessária para a condenação. Contudo, a submissão de um acusado ao julgamento pelo Tribunal do Júri pressupõe a existência de um lastro probatório consistente no sentido da tese acusatória. Ou seja, requer-se um standard probatório um pouco inferior, mas ainda assim dependente de uma preponderância de provas incriminatórias.

Ante ao exposto, nota-se que existe uma demasiada crítica a respeito da aplicação do princípio *in dubio pro societate* na decisão de pronúncia, haja visto que tal instituto não encontra amparo constitucional ou até mesmo legal, além de acarretar divergências em relação as premissas acerca da valoração da prova. Simultaneamente a este contexto, esse princípio desvirtua do procedimento bifásico do Tribunal do Júri, asseverando que não deve prosperar tendo em vista sua omissão legal, bem como a existência expressa da presunção de inocência pela Carta Magna, fazendo-se necessário a atuação do *in dubio pro reo*, antagônico ao princípio anteriormente abordado.

4.3 Aplicação do *in dubio pro societate* em caso concreto

Em face do conteúdo discutido acerca do *in dubio pro societate*, é evidente que tal princípio estar em total desacordo com o atual Estado de Direito, sendo que, por tal motivo este não poderá interferir em nenhuma condenação. Simultaneamente, sua aplicação além de traduzir uma discordância com a legislação vigente, poderá acarretar em consequências drásticas, de início para o acusado do processo e posteriormente para toda a sociedade.

Elenca-se o pensamento de Neto (1999, p. 83) acerca do tema:

Na dúvida, arquiva-se, tranca-se a Ação Penal ou absolve-se (*in dubio pro reo*), e nunca se processa, pronuncia-se ou condena-se (*in dubio pro societate*). As garantias individuais são direitos concretos que prevalecem ante as abstrações (*in dubio pro societate*), estas servem ao direito autoritário, aos regimes antidemocráticos ou aos governos ditatoriais. Não se pode permitir que nos regimes democráticos as abstrações 'em nome da sociedade' venham destruir o sistema jurídico humanitário positivo, para dar lugar a um odioso direito repressivo, onde o Estado condena e acusa sem provas concretas.

Na história jurídica brasileira, são incontáveis os números de pessoas que foram julgadas injustamente, pelo simples fato de não haver a absolvição nos casos em que era evidente a falta de materialidade do crime, e que por consequência tiveram que passar todas suas vidas com marcas desse erro. Um grande exemplo de tais circunstâncias é o caso dos irmãos naves, observa-se trecho da decisão de pronúncia:

A decisão de pronúncia, de 21 de março de 1938, aponta: O crime de que se ocupa esse processo é da espécie daqueles que exigem do julgador inteligência aguda, atenção

permanente, cuidado extraordinário no exame das provas, pois, no Juízo Penal, onde estão em perigo à honra e liberdade alheias, deve o julgador preocupar-se com a possibilidade de um tremendo erro judiciário. (...) No caso em apreço, em que o cadáver da vítima não apareceu, como não apareceu também o dinheiro furtado, a prova gira em quase que exclusivamente em torno das confissões prestadas pelos indiciados à autoridade policial, sendo notar que o patrono dos acusados, nas razões de fls. 143, informa ao juiz que tais confissões foram extorquidas e são produto da truculência, dos maus tratos e da desumanidade de que fez uso e abuso o delegado nas investigações primárias do delito (SILVA, 2010).

Diante disso, é indubitável que o juiz togado, em caso de dúvidas opte em delegar tal decisão a um juízo de leigos, qual seja, o conselho de sentença do tribunal do júri, com argumento de que é apenas um juízo de admissibilidade e que a ele não cabe analisar o mérito. Portanto, o fato de optar pela impronúncia não estaria tirando a competência do colegiado, mas sim compreendendo que é garantia constitucional o benefício da dúvida, além do mais delegar a função de julgamento a leigos diante de um cenário em que se predomina a dúvida seria uma total injustiça.

Compreende ainda, no mesmo sentido, Tourinho Filho (2008) que, para a pronúncia, é essencial a existência de existir indícios inequívocos, não sendo suficiente uma simples suspeita. Nessa fase, é competência exclusiva do juiz, e somente a ele, a atribuição de apontar os indícios suficientes do crime. Assim, “se ele entender que os indícios não o convenceram, a impronúncia é de rigor”.

Portanto, ante ao exposto, é clarividente que processo penal liberal tem como base o princípio da presunção de inocência, diante disso seria impossível encaixar um brocardo como o *in dubio pro societate*, que contradiz em sua totalidade as garantias aduzidas pelo texto constitucional, conseqüentemente, seria um aforismo o uso de tal princípio para justificar a decisão de pronúncia, o julgador deverá se abster desse princípio e atuar de forma harmônica a legislação constitucional, respeitando-a. Ademais, evidente se torna, que a pronúncia além de um juízo de admissibilidade, apresenta outra fundamental função, qual seja, a real garantia do processo penal.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto durante todo o estudo, é indiscutível que o princípio *in dubio pro societate* figura como um obstáculo no que se refere a liberdade dos indiciados, já que este funciona como uma “barreira” que impede diretamente que o

acusado tenha a oportunidade de receber um processo penal garantista. Além do mais, é totalmente divergente com o atual Estado Democrático de Direito que perdura no Brasil, o qual tem como objetivo primordial o respeito das liberdades civis, o que conseqüentemente leva a busca incessante pelas garantias fundamentais, ou seja, uma proteção jurídica.

A aplicação do brocardo *in dubio pro societate* fora analisada especificamente durante a decisão de pronúncia, é certo que o tribunal do júri é um rito utilizado quando tem-se a existência de crime contra a vida, ou seja, um crime mais gravoso, com penas mais elevadas, por este motivo é que faz-se necessário aprofundar a análise de todas as provas dispostas, tendo em vista que, uma simples dúvida poderá causar danos irreparáveis a figura do indiciado, bem como de sua família.

Além do mais, é essencial destacar que tal aforismo jurídico afronta diretamente o princípio do *in dubio pro reo*, elencado expressamente na Carta Maior do ordenamento jurídico brasileiro, contudo, como fora discutido durante o presente estudo, ele sozinho não é capaz de garantir um processo penal garantista à figura do acusado, devendo, portanto, juntar-se a outros parâmetros com a finalidade de existir uma segurança maior nas decisões judiciais. Evidentemente, o *in dubio pro societate* se resume a mais um panprincipiologismo, já que é utilizado erroneamente pelos operadores do direito para fundamentar decisões que podem acarretar drásticas conseqüências a seus receptores.

Por isso tudo, chega-se a efetiva conclusão da importância da aplicação dos direitos e garantias dispostos nas legislações vigentes, com o único fim de um processo penal garantista para o réu, já que é essencial não ter dúvidas quanto a decisão que fora tomada, pois esta poderá implicar em conseqüências irreversíveis na vida do indiciado, bem como, atuação em harmonia com o que é garantido pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

AROCA, J. M. **Principios del proceso penal** – una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

BELTRÁN, J. F. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2019.

BRASIL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Assembléia Nacional Constituinte, 1789.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 01 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Habeas Corpus n. 82393/RJ**. Relator Min. Celso de Mello, 22 de agosto de 2003. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/771098/habeas-corpus-hc-82393-rj>. Acesso em: 01 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso em Habeas Corpus n. 24203/RS**. Relatora: Min. Vaz Laurita, 04 de abril de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19126617/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-24203-rs-2008-0164214-9-stj>. Acesso em: 01 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. turma). **ARE 1067392/CE**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de março de 2019 (Info 935). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=pro%20societat e>. Acesso em: 01 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. turma). **Habeas Corpus n. 471414/PE**. Relatora: Min. Laurita Vaz, 06 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://portaljustica.com.br/acordao/2163839>. Acesso em: 01 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal: AP 858**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de agosto de 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342186/acao-penal-ap-858-df-stf/inteiro-teor-159437416?ref=juris-tabs>. Acesso em: 01 mai. 2020.

CALAMANDREI, P. **Direito Processual Civil**. V. 3, Campinas: Bookseller, 1999.

CARVALHO, S. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DEMERCIAN, P. H.; MALULY, J. A. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Forense, 2014.

DINAMARCO, C. R. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1990.

ENGELS, F. In: POLITIZER, G. **Princípios elementares de filosofia**. 9. ed. Lisboa: Prelo, 1979.

FERRAJOLI, L. **Derecho y Razón** – Teoria del Garantismo Penal. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997.

GOLDSCHMIDT, J. **Principios Generales del Proceso**. Barcelona: EJEA, 1936.

GOLDSCHMIDT, J. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

GOLDSCHMIDT, W. **La Ciencia de la Justicia** - Dikelogía. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1986.

LIMA, R. B. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

LIMA, M. P. A chamada "verdade real" sua evolução e o convencimento judicial. In: PEREIRA, F. C. **Verdade e prova no processo penal**: Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica. 2016.

LOPES, A. J. A Instrumentalidade Garantista do Processo Penal. **Jus Povivm**. Salvador, 2014.

LOPES, A. J.; SILVA, P. R. A. A incompreendida concepção de processo como "situação jurídica": vida e obra de James Goldschmidt. **Revista Eletrônica Acadêmica de Direito**. Santa Maria, 2009.

LOPES, A. J. Sistemas Processuais Penais: ainda precisamos falar a respeito?. In: GLOECKNER, R. J. **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito. 2018.

LOPES, A. J. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORO, S. F.; BOCHENEK, A. C. O problema é o processo. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 29 mar. 2015. p 2.

NETO, C. F. M. **O promotor de justiça e os direitos humanos – acusação com racionalidade**. Curitiba. Juruá Editora, 1999.

NICOLITT, A. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

ROBERTS, P.; ZUCKERMAN, A. **Criminal Evidence**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral. 1948.

SILVA, C. G. O caso dos irmãos Naves: "tudo o que disse foi de medo e pancada...". **Revista Liberdades**. São Paulo, 2010. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=58. Acesso em: 01 mai. 2020.

STALIN. In. POLITZER, G. **Princípios fundamentais de filosofia**. 3. ed. São Paulo: Hemus, 2000.

TOURINHO, F. C. F. **Processo Penal**. 4. v. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WINTER. L. B. Acusatório versus Inquisitório: reflexões sobre o processo penal. In: GLOECKNER, R. J. **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito. 2018.

NOTAS:

[1] Graduanda de Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail*: laraliana2011@hotmail.com.

[2] Mestre em Direito, pela Universidade Católica de Brasília. *E-mail*: julianoleonel@hotmail.com.

[3] LOPES. J. A. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

[4] Autora defende a discussão acerca do respeito das garantias processuais, quais sejam: “1) como funciona a divisão entre as funções de investigar, acusar e julgar; 2) como se equilibram os poderes de cada uma das partes que intervêm no processo penal; 3) a quem é atribuída a responsabilidade de decidir sobre o início da investigação e, sendo o caso, da abertura da instrução processual; ou 4) como são canalizadas e controladas as soluções negociadas ou de consenso no processo penal; 5) como se cumprem as garantias de defesa do acusado, dentro de um marco de proteção à vítima.”

[5] “No processo civil vige o princípio da verdade formal, no qual o juiz se satisfaz com as alegações deduzidas pelas partes, máxime porque, em regra, elas, as partes, podem dispor da ação de acordo com seus interesses. O magistrado, portanto, deverá quedar-se inerte, por exemplo, diante da negligência de uma ou ambas as partes, julgando antecipadamente a lide. Ressalve-se, contudo, aquelas ações que cuidam de direitos indisponíveis, em que o tratamento a ser dispensado é bastante diverso. Na Justiça Penal, ao reverso, o juiz não é mero espectador das provas produzidas pelas partes. Tem o dever de investigar a fundo a realidade do fato. Tão largo é o alcance desse princípio que até mesmo a confissão, no processo penal, tem valor relativo (art. 197) e deve ser valorada de acordo com as demais provas coligidas, enquanto, no processo civil, esse mesmo ato, quando não se cuidar de direitos indisponíveis, tem importância definitiva e absoluta (art. 351, CPC), autorizado, desde logo, o julgamento da lide”.

[6] “Portanto, trata-se de formas diversas, em graus e limites diversos, para se atingir a verdade, mas como a verdade absoluta é sempre inatingível pelo juiz, sempre teremos, de qualquer modo, uma merda verdade relativa. A dicotomia entre verdade real ou material e formal, também não é útil, por este motivo, para distinguir o processo acusatório do inquisitório”.

[7] FERRER BELTRÁN, Jordi. La valoración... cit., p. 147. Por hipóteses ad-hoc o autor se refere às estratégias probatórias que se configuram a posteriori, as quais normalmente são insuscetíveis de contrastação porque insensíveis à experiência. Beltrán exemplifica com a hipótese de complô contra o acusado, argumento genérico que pode ser utilizado para rebater todo o tipo de prova apresentada pela acusação. (p. 149).

MULTIPARENTALIDADE: EFEITO SUCESSÓRIO PARA O PAI

ERISLANY RODRIGUES DE ALENCAR:

Bacharelanda do Curso de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho - UNIFSA

STEPHANY BARRADAS RIBEIRO RAMOS ^[1]

(coautora)

JULIANA CASTELO BRANCO EVARISTO DE PAIVA ^[2]

(orientadora)

RESUMO: A multiparentalidade é um instituto novo criado em decorrência da variedade de famílias que existem atualmente, e por ser novo na área do Direito Civil, algumas questões não possuem apoio no ordenamento jurídico, tal como no que concerne ao direito sucessório, em como fica o direito do pai socioafetivo ao herdar os bens do filho quando este, falecer anteriormente a aquele. Desta forma, o presente estudo tem como objetivo identificar como no Brasil é tratada a questão dos direitos do pai socioafetivo no direito sucessório, assim como analisar o instituto da multiparentalidade e seus efeitos na sucessão. Para a realização do presente estudo utilizou-se a pesquisa qualitativa com base em doutrina e jurisprudências, afim de chegar a uma compreensão integralizada e embasadas nas razões jurídicas, promovendo reflexão acerca da multiparentalidade e seus reflexos no direito civil de família e direito sucessório, sendo de extrema importância para compreensão na aplicação do caso concreto.

Palavras-chave: Multiparentalidade. Direito sucessório. Filiação Socioafetiva.

ABSTRACT: Multiparenting is a new institute created as a result of the variety of families that currently exist, and because it is new in the area of Civil Law, some issues are not supported in the legal system, such as with regard to inheritance law, as is the law of the socio-affective father when inheriting the son's assets when the latter dies previously. Thus, the present study aims to identify how in Brazil the issue of socio-affective father's rights in inheritance law is treated, as well as to analyze the institute of multi-parenting and its effects on succession. In order to carry out this study, qualitative research based on doctrine and jurisprudence was used, in order to arrive at an integrated understanding and based on legal reasons, promoting reflection on multiparenting and its reflexes in civil family law and succession law, being extremely important for understanding the application of the specific case.

Keywords: Multiparenting. Succession law. Socio-affective affiliation.

Sumário: 1 Introdução. 2 Da Evolução da Filiação no Brasil. 2.1 Evolução. 2.2 Conceito De Filiação nos dias Atuais. 2.3 Espécies de Filiação. 2.4 Princípios Ligados a Filiação.

2.5 Dignidade. 2.6 Igualdade Entre os Filhos. 2.7 Afetividade. 3 Da Multiparentalidade E A Repercussão Geral 622 E O Direito Sucessório Conferido Ao Pai Socioafetivo Quando O Filho Falece Anteriormente A Ele. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Após o advento da Constituição Federal de 1988 o entendimento jurídico acerca da família sofreu grandes transformações. Baseado nas grandes mudanças que houveram sobre a constituição da entidade familiar, a família deixou de ser vista pela concepção taxativa e limitada que antes perpetuava e ganhou um novo conceito, com novas possibilidades de reconhecimento desafiando a ordem jurídica. Os princípios trazidos pela nova Constituição possibilitaram a modificação na estrutura familiar e trouxeram diversidade para a formação dos agrupamentos familiares, tendo como destaque o princípio da afetividade. O afeto ganhou relevância no Direito se tornando marco inicial para a formação de novas famílias, e na criação do instituto da multiparentalidade, que consiste na possibilidade de o filho possuir pais biológicos e socioafetivos reconhecidos pelo direito (GONÇALVES, 2019), em proteção a filiação socioafetiva.

Nesse entendimento, o Supremo Tribunal Federal declarou na Repercussão nº 622 que a paternidade biológica se equipara com a paternidade socioafetiva, sendo reconhecidas juridicamente iguais em direitos e obrigações. No entanto, ainda existem lacunas no campo sucessório, quanto aos direitos do pai socioafetivo, uma vez que essa situação não possui amparo na legislação brasileira.

Sendo assim, o presente estudo tem por objetivo identificar como no Brasil é tratada a questão dos direitos do pai socioafetivo quando o filho falece anteriormente a ele de acordo com as razões jurídicas correntes, bem como analisar o instituto da multiparentalidade e seus efeitos na sucessão.

2 DA EVOLUÇÃO DA FILIAÇÃO NO BRASIL

Desde os primórdios existe a ideia de família como uma instituição de agrupamento humano dos mais antigos, tendo em vista que todo ser humano é advindo em razão de uma família e com essa, tem relação de agrupamento com os demais membros já existentes. A ideia de filiação acompanha desde os tempos remotos a ideia de família, conforme é possível observar na seguinte citação:

De acordo com o artigo 226 da Constituição Federal, a família é a base da sociedade e por isto tem especial proteção do Estado, a convivência humana está estruturada a partir de cada uma das diversas células familiares que compõem a comunidade social e política

do Estado, que assim se encarrega de amparar e aprimorar a família, como fora de fortalecer a sua própria instituição política (MADALENO, 2017, p. 76).

O instituto da filiação para as famílias de algumas décadas atrás não é mesma da atualidade tendo em vista a constante evolução social e jurídica, o direito vem se modificando e dessa forma se adequando aos novos direcionamentos que estão sendo trazidos pela sociedade no que diz respeito a mudança de concepções e valores pela qual a sociedade e a própria família são regidas, surgindo novas situações que devem ser observadas e levadas em consideração pelo legislador para que exista medidas para a devida adequação dessas mudanças que diz respeito a família como um todo, e desta forma abrangendo diretamente a relação da filiação.

2.1 Evolução

Nos primórdios, a família era vista como uma instituição patriarcal e hierarquizada. Ao patriarca era dado o status de poder de chefia sendo ele a base da família, sendo assim o responsável pela manutenção e os direitos inerentes a ela, e sua formação objetivava a posição social e perpetuação do nome. Tinha-se ainda como uma característica intrínseca o fato de a entidade familiar ser constituída exclusivamente através do casamento entre homem e mulher, sendo considerados filhos apenas os legítimos, ou seja, aqueles que possuíam relação biológica com seus pais. Segundo o autor Carlos Roberto Gonçalves (2017):

No direito romano a família era organizada sob o *pater família* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*nus vitae ac necis*). Podia desse modo, vendê-los, importa-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada a autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido. O *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. (GONÇALVES, 2017, p. 25).

De acordo com o que aduz Carlos Roberto Gonçalves (2017):

O Código Civil de 1916 proclamava no art. 229, que o primeiro e principal efeito do casamento é a criação da família legítima. A família estabelecida fora do casamento era considerada ilegítima e só era mencionada em alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, então chamado

de concubinato, proibindo-se, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida. Os filhos que não procediam de justas núpcias, mas de relações extramatrimoniais, eram classificados como ilegítimos e não tinham sua filiação assegurada pela lei. (GONÇALVES, 2017, p.23).

Em observação a esse prisma, percebe-se que a filiação no percurso da história foi tida de modo discriminatório, sendo os filhos tratados conforme a Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1996, que prevaleceu em vigor por mais de 80 décadas identificando os filhos conforme o estado civil dos genitores.

Com base no que vinha expresso no Código Civil de 1916, os filhos eram classificados em legítimos e ilegítimos. “Legítimos originavam das justas núpcias, e os filhos ilegítimos todos os demais filhos cuja origem não vinha do casamento”. (MADALENO, 2017, p. 743).

Para o reconhecimento da filiação legítima usava-se da presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*, (é o pai p marido como indicado no matrimônio na época da concepção do filho) os filhos legítimos eram protegidos por essa presunção. Trazendo assim o significado de que o pai é aquele que é marido da mãe quando da geração da criança. Era tido como filho legítimo aquele que nasceu ao tempo em que existia o casamento, sendo esse, no entanto considerado de forma presumida filho do marido.

Os filhos ilegítimos assim entendido eram os que nasciam de uma relação fora do casamento, e esses eram tidos ainda como naturais ou espúrios. Sendo segundo o autor Carlos Roberto Gonçalves:

Os naturais eram os que nasciam de homem e mulher entre os quais não havia impedimento matrimonial. Os espúrios eram os nascidos de pais impedidos de se casar entre si em decorrência de parentesco, afinidade ou casamento anterior e se dividiam em adúlteros e incestuosos (GONÇALVES, 2017, p. 272).

Classifica-se ainda como filho ilegítimo o adúltero: “Adúlteros eram os filhos de pais casados, ainda que só um deles ou mesmo ambos, e incestuosos eram os filhos advindos de uma relação proibida pelo parentesco muito próximo dos pais” (MADALENO, 2017, p. 743). No que tange a legitimidade, nota-se que se posteriormente ao nascimento do filho houvesse o casamento dos pais os esse então poderia vir a ser reconhecido, podendo esse reconhecimento ser de forma judicial,

ou espontânea de acordo com o exposto pelo Código Civil de 1916 em seu artigo 355 que assim dizia: "Art. 355: O filho ilegítimo pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente". (LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916).

Com a disposição acima citada que vigorava a época, nota-se que o casamento tem alguns efeitos, sedo um deles a legitimação do filho, que concebido antes da constância pode ser reconhecido após o ato. De acordo com o que é trazido pelo autor Carlos Roberto Gonçalves: "tinha este o condão de conferir aos filhos havidos anteriormente os mesmos direitos e qualificações dos filhos legítimos, como se houvessem sidos concebidos após as núpcias" (GONÇALVES, 2017, p. 272).

Ainda no que diz respeito a filiação ilegítima, os filhos espúrios se subdividiam em adúlteros e incestuosos. Sendo entendido como adúltero quando da concepção ou nascimento da criança um ou ambos (*patre ou matre*) já esteja em matrimônio com outro e incestuosa aqueles que não poderiam constituir casamento por terem relação de parentesco.

Com as mudanças ocorridas com o decorrer do tempo e a evolução da sociedade e seus valores, também se modifica o instituto da filiação, mudando a concepção de família tais como no que diz respeito a igualdade entre os filhos, o divórcio, entre outros.

Importante notar que, as maiores e importantes mudanças feitas no direito de família se deu com a Constituição Federal de 1988, com a extinção do reconhecimento da família constituída exclusivamente pela relação matrimonial, evidencia-se a priorização pelo legislador da instituição familiar tendo como base o afeto para melhor integração dos membros que a compõem, surgindo assim a concepção de família eudemonista. Demonstrando-se a importância dos novos aspectos trazidos principalmente no que diz respeito a igualdade em direitos entre os cônjuges, e entre os filhos.

O matrimônio deixou de forma efetiva de ser critério *sui generis* para definição legítima da paternidade no Brasil. De acordo com o que vem expressamente aduzido no artigo 227 da Constituição Federal no que diz: Art. 227. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (BRASIL, 1988).

Carlos Roberto Gonçalves em sua obra, trata do tema dizendo que:

A Constituição de 1988 (art. 227, §6º) estabeleceu absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima e ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e

adotiva, que existia no Código Civil de 1916 (GONÇALVES, 2019, p. 272).

De acordo com o citado artigo, nota-se algumas alterações no instituto da filiação, trazendo assim a importância da igualdade determinando a extinção da diferenciação entre os filhos, mesmo que a origem biológica seja diferente, e exalta-se expressamente a importância do afeto nas relações paterno-filiais, tornando a filiação socioafetiva tão importante quanto a filiação de caráter consanguíneo ou por meio de adoção. Desta forma, o vínculo afetivo como importante para a família, ganha um valor jurídico muito maior. Conforme explicita Madaleno (2017):

O texto constitucional em vigor habilita-se a consagrar o princípio da isonomia entre os filhos, ao pretender estabelecer um novo perfil na filiação, de completa igualdade entre todas as antigas classes sociais de perfilhação, trazendo a prole para um único e idêntico degrau de tratamento, e ao tentar derrogar quaisquer disposições legais que ainda ousassem ordenar em sentido contrário para diferenciar a descendência dos pais (MADALENO, 2017, p. 741).

A filiação é instituto de grande importância para construção do indivíduo especificamente no que diz respeito a composição da sua personalidade.

Com a Carta Magna veio o importante reconhecimento da paternidade socioafetiva, considerando a importância daquele que permaneceu cuidando do filho e dando carinho em todos os momentos, nutrindo com ele um elo afetivo, elo esse inquebrável por lei ou qualquer outro instituto.

A filiação consanguínea deve coexistir com o vínculo afetivo, pois com ele se completa a relação parental. Não há como aceitar uma relação de filiação apenas biológica sem ser afetiva, externada quando o filho é acolhido pelos pais que assumem plenamente suas funções inerentes ao poder familiar e reguladas pelos artigos 1.634 e 1.169 do Código Civil. (MADALENO, 2017, p. 744).

Diante disso todas as filiações ficam em igual patamar de igualdade, não importando sua origem, não mais podendo existir diferenciação que discrimine filhos, sendo ele legítimo ou não, sendo todos assistidos pelos mesmos direitos e obrigações previstos na Carta Magna. Pela importância que a valorização do afeto como liame entre as pessoas vem recebendo atualmente, nota-se que o elo consanguíneo que anteriormente era condição determinante para definir a

paternidade, já não é tratado como critério de relevância, passando a ser considerada juridicamente de grande valor a relação psicológica advinda da convivência afetiva.

Mostrando que a condição de filiação baseada nos laços de afeto se torna tão importante quanto o caráter de consanguinidade ou adoção, assim demonstrado o elo de afetividade, é tido pelo Direito como suficiente para que se possa ter reconhecido o estado de filho.

2.2 Conceito de filiação nos dias atuais

No entendimento do autor Carlos Roberto Gonçalves o conceito de filiação nos dias atuais é visto da seguinte forma:

Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado. [...] Em sentido estrito, filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. É considerada filiação propriamente dita quando visualizada pelo lado do filho. Encarada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina paternidade ou maternidade (GONÇALVES, 2019, p. 272).

Nota-se que atualmente a filiação não mais é considerada como nos primórdios, no qual era levada em consideração apenas a filiação biológica, tendo em vista que ao longo do tempo a sociedade e a legislação precisaram se adequar as mudanças. Com o advento da Constituição da República de 1988, ocorreram nas últimas décadas mudanças na família brasileira, deixando de existir de forma exclusiva a família patriarcal, mudando também o instituto da filiação.

Observa-se que a Magna Carta estabelece plena igualdade entre todos os filhos, não mais podendo ocorrer distinção entre filiação legítima, ilegítima ou adotiva, independente se os pais forem casados ou não, fato que existia no Código Civil de 1916. Em assim sendo fica evidente a efetivação da igualdade entre os filhos, extinguindo a diferenciação que havia em relação a filiação oriunda da relação matrimonial ou extramatrimonial, sendo a partir de então todos entendidos apenas como filho, não mais existindo pré-conceitos.

A Carta Magna de 1988 abrange o conceito de entidade familiar, trazendo dessa forma um olhar mais atento e um cuidado específico no que tange a proteção não só à família advinda do casamento, mas também à união estável e à família monoparental, reconhecendo a importância da afetividade para a filiação, dessa

forma ocorrendo mudanças não só na entidade familiar como também no reconhecimento da filiação pela presença de vínculo afetivo.

Aduz a autora Rolf Madaleno que:

O Código Civil recepciona, em seu artigo 1.596, o *princípio da igualdade da filiação*, ao prescrever terem todos os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias. Interessante observar no entanto, que tanto no artigo 227, § 6º, da Carta Política de 1988, como o artigo 1.596 do Código Civil e também o artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente, embora reconheçam os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, têm os mesmos direitos e qualificações, ficando proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação [...] (MADALENO, 2017, p. 741).

Com as alterações advém reflexos para a identificação dos vínculos de paternidade surgindo dessa forma nova nomenclatura, denominada de filiação socioafetiva, indicando a importância do vínculo afetivo paterno-filial abrangendo, dessa forma o conceito de paternidade e acolhendo o parentesco psicológico, reconhecendo sua importância tal qual o parentesco biológico e o legal.

Diante das alterações, para chegar à compreensão do assunto da filiação atualmente é de grande importância analisar a base constitucionalmente formada composta pela total igualdade entre os filhos, a desvinculação do estado de filho do estado civil dos pais e a regra de proteção integral.

Dispõe a Constituição Federal em seu artigo 227, parágrafo 6º:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações,

proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (BRASIL, 1988).

Além do que vem disposto pela Constituição, tem tratamento no mesmo sentido o Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 20, e o Código Civil de 2002 no artigo 1.596, deles podendo identificar o princípio da igualdade entre os filhos não mais existindo a distinção trazida no Código Civil de 1916.

Atualmente os filhos nascidos ou não do casamento, ou mesmo aquele adotado, são regidos pela proteção e o reconhecimento legal do instituto igualdade entre os filhos no Brasil, sendo a eles de igual forma assegurado todos os seus direitos bem como o direito a herança, recebimento de pensão alimentícia etc. A partir de então, filho representa termo unísono, não influenciando sequer a origem na sua conceituação e nos seus efeitos.

2.3 Espécies de filiação

A filiação pode ser conceituada:

como sendo a relação jurídica decorrente do parentesco por consanguinidade ou outra origem, estabelecida particularmente entre os ascendentes e descendentes de primeiro grau. Em suma, trata-se da relação jurídica existente entre os pais e os filhos. O dispositivo inaugural quanto ao tema, o art. 1.596 do CC/2002, foi exaustivamente analisado no Capítulo 1 desta obra, consagrando o princípio da igualdade entre filhos e repetindo o que constava no art. 227, § 6.º, da CF. (TARTUCE, 2017, p. 238).

Como vem sendo dito ao longo do trabalho a discriminação em que vivia toda a sociedade brasileira e a legislação, foi extinta pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227, §6º, e posteriormente preservada no código Civil de 2002 em seu artigo 1.596, determinando a proibição de quaisquer discriminações referentes a filiação. A legislação Constitucional então vigente objetivava consagrar a igualdade entre os filhos pelo princípio da isonomia, estabelecendo uma relação baseada em um único e idêntico tratamento.

A filiação se baseia em alguns critérios que ensejam a paternidade, tais como o jurídico, biológico/consanguíneo e o socioafetivo. Mesmo não havendo diferenciação, há requisitos legais para os filhos advindos fora do casamento tenham seu reconhecimento, mesmo que seja de forma voluntária, para que assim possam

ser reconhecidos judicialmente, posto que a filiação durante o casamento vem resguardada pela presunção de paternidade não necessitando de tal procedimento.

No direito romano havia o pensamento de que o filho tem por pai aquele que é marido da mãe, recaindo dessa forma sobre ele a presunção *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, dessa forma entendendo-se filho aquele proveniente da relação conjugal. No entendimento do autor Carlos Roberto Gonçalves:

Já diziam os romanos: *mater semper certa est*. Em regra, o simples fato do nascimento estabelece o vínculo jurídico entre a mãe e o filho. Se a mãe for casada, esta circunstância estabelece, automaticamente, a paternidade: o pai da criança é o marido da mãe, incidindo a aludida presunção *pater is est quem justae nuptiae demonstran* (GONÇALVES, 2017, p. 273)

A legislação trouxe algumas classificações para a filiação tais como como a legítima e ilegítima. O legislador se refere a filiação legítima como sendo aquela que surge do casamento, trazendo assim seu desdobramento no artigo 1.597 do Código Civil que diz:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (VADE MECUM, 2016, p. 264)

Os incisos I e II do artigo acima citado trabalha com a probabilidade para especificar a filiação, já os incisos III, IV e V o faz com base científica. Trata-se da

presunção advinda do brocardo romano *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (ou somente *pater is est*), que presume a filiação pelo elo matrimonial, sendo o pai o marido casado com a mãe. A fecundação artificial homologa os embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga e a inseminação artificial heteróloga, são outras possibilidades de presumir legítima a filiação, diante da autorização previa do marido.

Aos filhos originados do casamento não é exigido que sejam reconhecidos tendo em vista ser eles oriundos do matrimônio dos pais. No entanto em não havendo certeza da filiação essa pode ser colocada a prova. “Hoje, todavia, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações”. (GONÇALVES, 2017, p. 273).

No princípio os filhos gerados fora do matrimônio eram classificados como ilegítimos, (naturais ou espúrios), com inovação trazida pela Constituição Federal inova em do que existia, equiparando-os e não mais permitindo tal classificação.

Para o reconhecimento da filiação havida fora do casamento por mais que haja o elo biológico, pelo fato de não se verificar o vínculo jurídico deste, há exigência do reconhecimento dessa filiação pelo pai, para que possa ser efetivamente reconhecido judicialmente.

Segundo o artigo 1.609 do Código Civil: “o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável”. (VADE MECUM, 2016, p.265). No entanto, o ato de reconhecimento de paternidade não pode ser revogado, podendo o ato vir a ser anulado. Podendo ser arguida pelo reconhecente ou seus herdeiros, sob fundamento de que exista defeitos que maculam os atos jurídicos ou se verificam vícios de manifestação da vontade, ou vício material.

Os efeitos gerados pelo reconhecimento da filiação fora do casamento são de ordem moral e patrimonial, concebendo eficácia *ex tunc* e *erga omnes*. No que diz respeito aos efeitos de ordem patrimonial, tem-se que para que haja a probabilidade de só poder habitar no lar conjugal com o consentimento do outro cônjuge, a possibilidade de adoção do nome do pai ou mãe, o dever de alimentos, etc. Importante mencionar que, quando o reconhecimento se operar de forma voluntária à filho maior, este, precisa consentir de forma expressa.

No que tange a adoção, Carlos Roberto Gonçalves conceitua como “a adoção é o ato jurídico pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha”. (2019, p. 286). O instituto da adoção vem com possibilidade de estabelecer um elo de filiação. Dessa forma em consonância com o que vem tratado no ordenamento pátrio poderá haver a adoção por pessoa maior de 18 anos, não

sendo levado como critério o seu estado civil, e esse procedimento se dará judicialmente e posteriormente a sentença haverá o vínculo de filiação.

De acordo com o que se encontra no artigo 39, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o instituto da adoção é ato que só pode ser utilizado se a criança não puder ser assistida por outra medida de manutenção dentro do seu seio familiar por se tratar de ato excepcional e definitivo.

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º- A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei” (VADE MECUM, 2016, p. 1045).

Contemporaneamente existe e é permitida a adoção de forma unilateral a conjunta. Quando a adoção se dá por apenas uma pessoa essa é unilateral, no entanto quando feita por um casal hétero ou homoafetivo essa será considerada conjunta.

Anteriormente, diferente do entendimento adotado hoje pela legislação e jurisprudência, não somente é autorizado a adoção a casais de sexos diferentes, por pessoas de igual sexo por esse poderem estar em união estável.

Para que haja adoção é necessário a observância da estrutura familiar do adotante, essa tendo que ser comprovada. Ao tutor e ao curador, há impedimento de adotar seus pupilos e curatelados até que seja feita a prestação de contas sobre a sua administração e não fizer o devido pagamento de algum saldo que exista. A produção dos efeitos da adoção se dá após o trânsito em julgado da sentença. No entanto, em se tratando de adoção póstuma há retroatividade de efeitos ao dia da morte do adotante, para que assim o adotado venha a participar da sucessão, dessa forma sendo esse instituto uma exceção a normal produção de efeitos do ato.

Com a Magna Carta, a adoção ganha um certo grau de complexidade, a partir daí tendo que ser feita através de sentença judicial, observando devidamente os requisitos previstos igualmente no artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 1.619 do Código Civil.

Com o reconhecimento da importância do princípio da igualdade entre os filhos trazido pela Carta Magna, a adoção ganha espaço principalmente no que tange a patamar de igualdade que esse filho terá em relação ao filho biológico.

Equiparando a este em tudo em relação ao parentesco consanguíneo, sendo esse filho submetido ao poder familiar desde o momento da efetivação do ato.

Sobre o tema é perfeito o posicionamento de Tribunal de Justiça de Minas Gerais que agasalha a presente tese:

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - PREVIDENCIÁRIO - INCLUSÃO DO FILHO ADOTIVO COMO DEPENDENTE JUNTO AO INSTITUTO PREVIDENCIÁRIO - POSSIBILIDADE. - A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais - A legislação previdenciária não pode conter diferenciações entre filhos biológicos e adotivos para efeitos de concessão de benefício previdenciário, não se admitindo, dessa forma, tratamento diferenciado entre filhos adotivos e biológicos, até porque essa vedação se constitui em imposição constitucional contida no § 6º do artigo 227 da Constituição Federal.

(TJ-MG - Remessa Necessária-Cv: 10105110153480001 MG, Relator: Renato Dresch, Data de Julgamento: 12/12/2019, Data de Publicação: 17/12/2019)

Pela ampliação feita no Código Civil no que diz respeito ao parentesco adveio o reconhecimento da filiação socioafetiva.

Art. 1953 O parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem.

Art. 1596. Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (LEI N o 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002)

Com o intuito de estabelecer o parentesco familiar, a Constituição Federal acrescentou a afetividade. Sendo afetividade muito importante ela é considerada como um direito fundamental, trazendo assim o conceito de paternidade socioafetiva, com escopo de verificar um estado de filiação.

O grau de relevância que a afetividade adquiriu vai muito além, pois se trata da realização da dignidade do ser humano e esse princípio se destacou devido a sua singularidade e congruência o conjunto de direitos, merecendo proteção do ordenamento jurídico.

A paternidade socioafetiva se caracteriza por ultrapassar os laços de consanguinidade, que foi transformado baseado no afeto cultivado dentro da convivência familiar, tornando essa opção não um dever, mas uma opção de pai.

Importante observar que por meio do Estado o vínculo afetivo passou a ser reconhecido independente do vínculo sanguíneo, passando a ser reconhecido, em decorrência das mudanças no que diz respeito a afetividade na constituição, conforme jurisprudência a seguir, é possível identificar a paternidade biológica e a socioafetiva:

RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. MODIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PATERNIDADE BIOLÓGICA. DNA. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE DA PATERNIDADE BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA. 1. A paternidade não pode ser vista apenas sob enfoque biológico, pois é relevante o aspecto socioafetivo da relação tida entre pai e filha. 2. As provas dos autos demonstram que o apelante estabeleceu forte vínculo com a menor, tanto que, com o divórcio dos genitores, a guarda e o lar de referência é o paterno. 3. A tese de multiparentalidade foi julgada pelo STF em sede de repercussão geral e decidiu que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseado na origem biológica com os efeitos jurídicos próprios. 4. Ante a existência dos dois vínculos paterno-filiais, que não podem ser desconstituídos, a orientação que melhor atende aos interesses das partes, notadamente o da menor, é o reconhecimento de ambos os vínculos paternos: o biológico e o socioafetivo, com as devidas anotações no seu registro civil. 5. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ-DF 20160210014256 - Segredo de Justiça 0001413-17.2016.8.07.0002, Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, Data de Julgamento: 16/11/2017, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 13/12/2017 . Pág.: 215/223)

Portanto, após estabelecido o vínculo afetivo ele se torna irrevogável e inalterável, pois a paternidade socioafetiva não pode romper a ligação estabelecida com o filho que reconheceu como seu, tendo em vista que a relação paternal influencia diretamente na identidade e personalidade desse filho e caso houvesse o rompimento dessa ligação acarretaria inúmeras consequências, que não se restringe somente aos danos patrimoniais, mas também aos danos psicológicos.

2.4 Princípios ligados a filiação

O ordenamento jurídico brasileiro é composto por normas e princípios. Os princípios são conjuntos de valores que servem de parâmetro para a criação das normas jurídicas, a qual encontram-se dispostos na Constituição Federal de forma explícita ou implícita. É através deles, que a norma encontra racionalização para formular as regras que serão aplicadas, por isso o seu emprego no ordenamento é tão importante para o Direito brasileiro.

No que diz respeito ao Direito de Família, a aplicação e interpretação dos princípios constitucionais devem ser atentamente observados, pois é por meio da entidade familiar que os seus membros se estruturam, formam suas personalidades e caráter, bem como preservam sua dignidade. E diante da pluralidade de arranjos familiares existentes, o aplicador da norma ou intérprete deve se apoiar nesses princípios para que melhor possa dirimir os conflitos que surgirem, visto que, nem sempre haverá leis na legislação que abarque todas as possibilidades. Em virtude disso, passasse a analisar brevemente os princípios da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade entre os filhos e o princípio da afetividade, em virtude de serem fundamentais na criação das novas estruturas parentais em que se inserem na socioafetividade.

2.4.1 Dignidade da Pessoa Humana

Após a Segunda Guerra Mundial, muitas questões foram levantadas buscando a elaboração de uma justiça social traçada na concepção do mínimo existencial, afim de evitar o retrocesso social para proteger o homem das desigualdades, preservando sua liberdade e igualdade em dignidade e direitos. Nesse contexto, o legislador ao estabelecer os princípios na Constituição Federal de 1988, priorizou a proteção ao ser humano independente de raça, sexualidade, profissão e índole, defendendo a condição de ser pessoa, pois todos possuem direito a ter sua dignidade resguardada independente de qualquer indagação. Posto isto, a Carta Magna instituiu em seu artigo 1º, inciso III:

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:

(...) (BRASIL, 1988)

III - a dignidade da pessoa humana.

Não é à toa que o princípio da dignidade da pessoa humana possui reconhecimento como norma suprema do ordenamento jurídico e está presente no primeiro artigo da Constituição Federal consolidado como direito fundamental, posto que ele abarca a valorização do respeito ao homem, a liberdade, proteção e igualdade, como forma de certificar o exercício dos direitos sociais e individuais. Por esse motivo serve de parâmetro para vários princípios previsto no sistema normativo, com o intuito de assegurar os direitos e deveres fundamentais a qualquer pessoa, contra qualquer tipo de ato com natureza degradante ou desumana.

Nas palavras dos autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2020) o princípio da dignidade da pessoa humana não se resume a garantir a sobrevivência de um indivíduo, mas de permitir que essa pessoa tenha o direito de viver plenamente, incluindo além da esfera pessoal as suas relações na esfera social, sem intervenções alheias. Nesse sentido, a aplicação do direito de ter a dignidade protegida começa a partir do momento que o Estado implanta medidas que respeitam e valorizam o indivíduo, protegendo a sua integridade física, psíquica e social, seja elas por meio de leis ou através de programas/projetos sociais (Ex: Bolsa Família; Minha Casa, Minha Vida), cuja finalidade consiste em amparar o cidadão na sociedade em que vive.

No que tange a família, o princípio da dignidade se apresenta como um mecanismo de proteção a família e a integridade de cada indivíduo que faz parte desse grupo, com base no respeito e a conservação dos direitos da personalidade. No entendimento do autor Rodrigo da Cunha Pereira (2016) o princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente ligado ao Direito de Família, pois este princípio tem como corolário o respeito ao ser humano abrangendo suas escolhas, incluindo os inúmeros tipos de constituições de família e filiações. Por este motivo, as novas concepções de família e filiações que estão fora do conceito previsto no Código Civil devem ser tratadas de forma igualitária assim como as demais, visto que a individualidade deve ser preservada sendo indecoroso todo ato que venha a ser de forma contrária.

O Estado não pode intervir para criar limites e determinar o que cada um deve fazer, já que todos possuem autonomia de vontade individual, porém através deste princípio pode proporcionar meios para beneficiar toda a estrutura familiar, através

do acesso à educação, saúde, lazer, alimentação, garantido dessa forma os direitos básicos e inerentes a todo ser humano.

2.4.2 Igualdade entre os Filhos

A evolução da sociedade trouxe abertura para novas concepções acerca da família e da filiação. Entre essas transformações, eis que surge o princípio da igualdade entre os filhos instituído pela Constituição Federal de 1988, ao qual extingue discriminações entre os mesmos seja de filiação ocorrido dentro do casamento, adotivo ou havidos fora do casamento, assim como aduz o artigo 227, §6º do mesmo instituto:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988)

Nessa perspectiva, as distinções que foram feitas pelo Código Civil de 1916 em que considerava filho apenas aqueles gerados dentro do matrimônio chamados de legítimos, pois provinha dos pais que possuem laços matrimoniais e somente de forma excepcional eram reconhecidos os cometidos fora do casamento chamados de ilegítimos, pois eram providos de relações extraconjugais não é mais aceita.

Notadamente ao instaurar esse princípio, a Carta Magna tinha por objetivo desconstruir a distinção que se tinha acerca dos filhos juntamente com as espécies de filiações para desvalorizar a importância quanto a origem da filiação e prezar a posse de estado de filho, uma vez que os ideais de justiça e igualdade devem ser aplicados à todos, e o direito a filiação é um direito comum que deve ser dado aos filhos de forma indistinta.

Conforme o entendimento do autor Messias de Carvalho (2019) todos os filhos são iguais, sendo incabível usar termos como "*bastardos, adulterino*

ou espúrio”, pois o tratamento dado entre os filhos deve ser isonômico e respeitar as diferenças perante eles é crucial. Assim, independentemente da origem do filho seja ela biológica, adotiva, através de inseminação artificial ou afetivo, todos são iguais perante a lei. À vista disso, é por meio do regulamento constitucional e jurisprudências que corroboram para um novo sistema a ser aplicado no direito de família.

2.4.3 Afetividade

O princípio da afetividade é de suma importância para o tema em debate do presente trabalho e para o direito de família. A família é o reflexo da sociedade, à medida que a sociedade muda seus costumes, o ordenamento jurídico deve acompanhá-los. No Código Civil de 1916 a sociedade era bastante conservadora por isso foi marcado por uma era com estreita visão da entidade familiar, ao qual a família era caracterizada como patriarcal, taxativa e limitada, pois só possuía esse status aqueles que fossem oriundos do casamento, ademais o matrimônio era sustentado por interesses e formalidades.

Com o surgimento da Constituição Federal de 1988 e os princípios que dela foram instaurados, dando ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana, a percepção que se tinha sobre família foi alterada. Ao preservar os ideais de igualdade entre homens e mulheres e o direito à liberdade, houve inversões de valores que passaram a priorizar não mais a entidade familiar, mas os direitos de cada membro dessa entidade, respeitando a dignidade e individualidade desses sujeitos (PEREIRA, 2016). Nesse seguimento, a constituição da família passou a ser voltada para os aspectos de afinidade, ao qual os laços familiares se interligaram com base no amor e cumplicidade entre os membros, se tornando base para formação familiar e adquirindo valor jurídico.

À vista disso, o princípio da afetividade é um conjunto de atos exteriorizados baseados na afeição entre os membros que constituem a entidade familiar, que não se limitam a laços consanguíneos (CARVALHO, 2019). Portanto, o núcleo familiar fica voltado mais para a convivência entre os membros do que para o formalismo estabelecido pela constituição ou pela vinculação sanguínea.

Esse princípio é bem mais amplo do que parece, nas palavras do autor Flávio Tartuce ele se apresenta em diversas ocasiões conforme menciona:

Aplicando a ideia, ilustrando, se um marido que reconhece como seu o filho de sua mulher, estabelecendo um vínculo de afeto por anos a fio, não poderá, depois de aperfeiçoada a socioafetividade, quebrar esse vínculo. Como se diz nos meios populares, “pai é aquele que cria”. A situação descrita é

denominada juridicamente como “adoção à brasileira” (TARTUCE, 2018, p. 1.169).

Apesar da Constituição Federal não mencionar de forma explícita este princípio, muitos julgados tem priorizado a linha da afetividade para solucionar vários casos, dentre eles o mencionado pelo autor. Questões sobre a parentalidade socioafetiva tem se tornado cada vez mais comum nos tribunais, que estão adotando o entendimento que o pai socioafetivo possui os mesmos direitos que o pai biológico e por isso a paternidade deve ser tratada de forma igualitária, afinal o afeto gerado por um pai socioafetivo, que esteve há anos cuidando do enteado lhe dando amor, educação, assumindo verdadeiramente o papel de pai biológico, vale muito mais que a consanguinidade de um pai biológico ausente.

Seguindo essa linha de raciocínio, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina pautado no princípio da afetividade ao julgar a Apelação Cível nº 030267493.2015.8.24.0037, reconheceu a importância da paternidade socioafetiva ao manter o registro civil e as obrigações do pai socioafetivo conjuntamente com o pai biológico:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS. DEMANDA AJUIZADA CONTRA A GENITORA E O PAI SOCIOAFETIVO. PROVA PERICIAL (EXAME DE DNA). PATERNIDADE BIOLÓGICA DO AUTOR COMPROVADA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. **MAGISTRADO QUE ENTENDEU PELA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.** RECURSO DO DEMANDANTE. **PLEITO DE RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE. VIABILIDADE. RECONHECIMENTO NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO DA DUPLA PARENTALIDADE. DETERMINAÇÃO DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL PARA CONSTAR O NOME DO PAI BIOLÓGICO COM A MANUTENÇÃO DO PAI SOCIOAFETIVO.** VÍNCULO SOCIOAFETIVO QUE NÃO EXCLUI O BIOLÓGICO. POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA DE AMBOS. PREVALÊNCIA INTERESSE DA CRIANÇA. TESE FIRMADA EM REPERCUSSÃO GERAL. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS A PEDIDO DO AUTOR. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. "A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro

legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos" (STF, RE n. 898.060/SP. Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.9.2016). (TJ-SC - AC: 03026749320158240037 Joaçaba 0302674-93.2015.8.24.0037, Relator: Saul Steil, Data de Julgamento: 17/04/2018, Terceira Câmara de Direito Civil) Data da Publicação: 14/04/2020.

A demanda consiste no fato de que, a genitora da criança separada do pai biológico, registrou a menor com o nome do pai socioafetivo. Por sua vez o pai biológico, autor da demanda, pediu retificação no registro civil da menor por ser o verdadeiro pai.

O Tribunal baseando-se na valorização dos laços afetivos entendeu que mesmo o registro estando em nome do socioafetivo não impede que seja declarado a paternidade biológica da mesma forma que não implica no afastamento do socioafetivo, pois não há sobreposição entre a paternidade biológica e socioafetiva. Nesse viés, o princípio da afetividade vem ganhando cada vez mais espaço na esfera jurídica, unindo os laços familiares através do afeto, transformando e inovando o Direito de Família.

3 DA MULTIPARENALIDADE E A REPERCUSSÃO GERAL 622 E O DIREITO SUCESSORIO CONFERIDO AO PAI SOCIOAFETIVO QUANDO O FILHO FALECE ANTERIORMENTE A ELE.

A multiparentalidade é um tema que vem sendo abordado tanto na sociedade moderna quanto no âmbito jurídico, sendo analisado por vários doutrinadores e juristas com o propósito de proteger os direitos da instituição familiar.

Nesse sentido, é compreendida como a possibilidade de dupla paternidade baseada na relação socioafetiva, tratando-se da viabilidade do filho possuir duas mães ou dois pais, reconhecidos pelo direito mesmo que não haja laço de consanguinidade (GONÇALVES, 2017). Posto isto, esse instituto tem por objetivo amparar a pessoa que por anos desenvolveu relação socioafetiva, cuidando do filho(a) como se de fato pai/mãe fosse, permitindo direito ao filho de possuir mais de um pai/mãe e ter no seu registro civil tanto o nome da mãe/pai biológico quanto da mãe/pai socioafetivo reconhecidos pela lei.

Na conjuntura moderna a família é constituída por uma pluralidade de padrões e formas, e através dessas transformações o afeto passou a ser o principal

elo para a definição dos vínculos parentais, uma vez que é através da afetividade que as pessoas se conectam e estabelecem ligações umas com as outras. Em meio a essas mudanças, a ampliação da estrutura familiar e a alteração no conceito de paternidade, proporcionaram alterações significativas no contexto social que fez despertar um novo entendimento sobre a filiação, no qual o reconhecimento do vínculo afetivo é tão relevante quanto o vínculo biológico. Essa nova compreensão acerca da filiação fez expandir o conceito de família, que se dava pelo parentesco exclusivamente biológico, assim como reconheceu também, a importância do reconhecimento do parentesco afetivo.

O Código Civil de 2002 de forma inovadora, aderiu aos ideais de multiparentalidade mesmo que implicitamente, quando estabeleceu o artigo 1.593. "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem". (VADE MECUM, p.264, 2019). Deste modo, o legislador ao definir os laços de parentalidade adotou uma concepção vasta ao adicionar o termo "outra origem", mostrando que a parentalidade não se restringe somente aos laços da consanguinidade, mas também, a socioafetividade.

Contudo, os efeitos jurídicos da multiparentalidade passaram a ser aplicados efetivamente, após a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Repercussão Geral nº 622 que julgou:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. (STF, REEx nº 898.060, Rel Min. Luiz Fux, Plenário, pub. 24/08/2017).

Nessa conjuntura, a decisão do STF mostrou-se convicta e ousada, manifestando clara ruptura com o dogma obsoleto, que corresponde a ideia em que cada pessoa tem apenas um pai e uma mãe. Por muitos anos, o direito de família foi delimitado por uma sociedade conservadora e por mais que tenha acontecido grandes avanços no âmbito social e jurídico acerca da matéria, muitas questões ainda são dotadas de "pré-conceitos".

Entretanto, o posicionamento do STF acerca da temática colabora de forma significativa para a continuação do progresso em modernizar, e adequar as normas jurídicas consolidadas na tradição civilista com base na sociedade contemporânea, em busca de garantir os direitos da entidade familiar. Desta maneira, a decisão da Suprema Corte foi de grande importância para o instituto da filiação, pois à medida que reconhece a paternidade socioafetiva estando ou não em registro público,

equipara a paternidade socioafetiva com a paternidade biológica, ao qual ambos passam a fazer parte da mesma categoria, sem hierarquia.

Nesse contexto, os direitos e os deveres que se remetem ao pai biológico passam a ser de responsabilidade também do pai socioafetivo, inclusive de arcar com as despesas de alimentos. Antes da Repercussão nº 622, as decisões dos tribunais a respeito do pedido judicial de reconhecimento de paternidade manifestado pelos filhos, havia uma predominância para o vínculo biológico em relação ao socioafetivo. No entanto, não resta dúvida, que a decisão do Supremo foi acertada ao trazer como respaldo o princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade, pois são fundamentais para garantir a manutenção e estabelecimento dos vínculos familiares.

Ao tratar de multiparentalidade por corolário trata-se da sucessão, e é de suma importância na sucessão tratar do princípio da saisine, um dos mais importante para o direito sucessório, previsto no artigo 1.784 do Código Civil, que dispõe que a herança se transmite, desde logo, aos herdeiros (VADE MECUM, 2016). No momento em que ocorre a morte do de *cujus*, todos os seus bens e propriedades se transmite aos seus herdeiros juntamente com a posse desses bens, essa transmissão ocorre quando há a abertura da sucessão, que por sua vez ocorre no momento em que a morte é declarada. Entretanto, é necessário que esse herdeiro exista no momento da abertura ou esteja pelo menos concebido, uma vez que para o herdeiro tenha a posse e propriedade dessa herança deve ter capacidade para herdá-las e quem ainda não foi concebido ou já está morto, não tem essa capacidade, sendo esse entendimento aplicado tanto para os herdeiros naturais quanto para os legatários.

Surgem no direito no que diz respeito ao campo sucessório algumas controvérsias, especialmente nas hipóteses de multiparentalidade superveniente, em que novo vínculo parental se forma somando-se aos já existentes. Em tais casos, questiona-se se seria legítimo uma pessoa ter direito a novas heranças, pois isso reduziria a quota hereditária dos demais sucessores havendo algumas questões sucessórias que precisam ser enfrentadas, como a que se refere ao quinhão dos herdeiros na hipótese em que o filho morre deixando três pais.

Portanto, após a decisão acerca da paternidade socioafetiva surgiram alguns questionamentos que ainda não foram solucionados pelo STF e também não possui respaldo no Direito Civil, dentre eles sobre o direito sucessório, no qual consiste: “Como fica o direito sucessório do pai socioafetivo perante a morte do filho?”. Essa indagação surge, pois o tema da multiparentalidade é um assunto recente, e na época que o legislador elaborou o Código Civil de 2002 ainda não havia possibilidade de pluripaternidade na sucessão, por isso ao estabelecer a ordem sucessória não mencionou os ascendentes socioafetivos para concorrerem juntamente com os

biológicos quando seus filhos morressem anteriormente a eles. Diante disto deve-se obedecer a regra estabelecida no art. 1.829 do Código Civil que assim determina:

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.

(VADE MECUM, 2016, p. 279)

No caso de morte do filho, os seus descendentes irão concorrer na sucessão com o cônjuge, caso não haja descendentes, os ascendentes biológicos irão concorrer com o cônjuge, se houver. Não havendo cônjuge, os ascendentes biológicos receberão cada um, sua respectiva quota parte. Apesar do artigo mencionado se referir aos ascendentes na sucessão como aqueles que possuem paternidade biológica, a interpretação pode ser ampliada, uma vez que um dos fundamentos da sucessão legítima trata-se da solidariedade, e para que ela seja realizada os sucessores não podem ser tratados com discriminação perante a origem do vínculo familiar, porquanto o afeto também é reconhecido como vínculo jurídico.

A lógica que deve prevalecer é que na morte do filho devem ser considerados legítimos para a herança tanto o pai biológico quanto o socioafetivo, assim sendo, quando os filhos que tiverem múltiplos genitores falecerem anteriormente ao seus pais, o pai socioafetivo e biológico deve receber respectivamente a sua quota parte do quinhão hereditário de maneira igualitária entre os ascendentes.

Analisando o julgamento da Repercussão nº 622, o STF deixa claro que o reconhecimento do vínculo socioafetivo possui efeitos jurídicos próprios, nesse sentido ao igualar as paternidades presume-se que o pai socioafetivo terá os mesmos direitos inerentes a filiação que o pai biológico possui no direito sucessório, pois declara expressamente que a filiação socioafetiva concomitantemente à filiação biológica, produz consequências patrimoniais e extrapatrimoniais.

É válido ressaltar, que existe o Projeto de Lei 5.774/19, ao qual tramita na Câmara dos Deputados que também aduz no sentido do entendimento que os pais biológicos e afetivos sejam equiparados, dando ao pai socioafetivo iguais direitos hereditários que é dado ao biológico, dessa forma ambos participam igualmente da herança em concorrência ao cônjuge, na morte do filho.

No entanto, compreende-se que até a instauração de uma nova legislação no direito sucessório que regulamente o direito de paternidade socioafetivo na herança, continuará sendo aplicado as normas do ordenamento jurídico vigente. Contudo, é necessário que haja cautela na investigação do caso concreto, para que seja possível adequar a situação jurídica.

4 CONCLUSÃO

Resta demonstrado que o instituto da família e em corolário a da filiação passou por numerosas mudanças com o passar dos tempos e com a evolução social. Com o surgimento da Constituição Federal de 1998 e o Código civil de 2002 extingue-se as questões que estabelecia diferenças entre a filiação legítima e a biológica, estabelecendo-se um conceito geral de filiação e atentando para a importância do afeto na formação da filiação quando se trata da filiação socioafetiva advinda da multiparentalidade.

A filiação afetiva ganha valorização pelos tribunais sendo tratada e reconhecida tão ou mais importante quanto a filiação biológica por entender que o vínculo biológico reconhecido de forma isolada não é suficiente para revelar a verdadeira relação e vínculo paternal.

Com a multiparentalidade advinda do reconhecimento da filiação socioafetiva vem a possibilidade do reconhecimento de ambos os pais tanto biológico como afetivo para o filho, respeitando seu direito de viver com a pessoa que lhe acolhe da melhor forma como família, e respeitando os princípios da Afetividade, Igualdade entre os Filhos Dignidade da Pessoa Humana.

Com a Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal em 22 de setembro de 2016, firmando a tese nº 622, que reconhece a multiparentalidade possibilitando que se reconheça o vínculo afetivo de forma simultânea ao biológico, geram efeitos jurídicos sobretudo no que diz respeito ao Direito Sucessórios.

Diante dos direitos e deveres que se dá aos pais multiparentais está inserido o direito sucessório, direito à herança que diante da sua lacuna sobre o tema, aplica-se o Código Civil em seu art. 1829 de forma equiparada ao pai biológico e especificamente no que diz respeito ao quinhão hereditário devido ao pai socioafetivo quando o filho vem a falecer anteriormente ao pai, e em relação a essa

equiparação é de suma importância a observância ao projeto de Lei 5.774/19 que corrobora com esse entendimento, ficando dessa forma a compreensão de que para ambos os pais é dado o direito sucessório de igual forma.

Portanto, percebe-se que pelo presente trabalho, pela hermenêutica, pelo que é trazido pelo Código Civil podendo ser aplicado entendimento de forma equiparada, que o bom senso seja empregado nas situações concretas que vierem a acontecer até que sejam elaborada lei específica para melhor satisfação e aplicabilidade da justiça.

Enfim, com base no Código e na possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade não existe regra específica aplicável aos pais que se encontram nessa situação. No tocante à como esse genitor socioafetivo herdará quando o filho falecer anteriormente a ele, tendo que ser aplicado o código e entendimento que melhor aprover de forma equiparada ao direito que assiste ao pai biológico.

Tal entendimento encontra-se fundamentado na igualdade entre os pais e na equivalência entre as diversas formas de paternidade. Por fim, não há aqui tentativa de esgotar o tema apresentado, mas sim levantar a questão para que se possa ter continuidade em futuros estudos de forma a evitar inseguranças e injustiças jurídica.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. 622, R. g. (out de 2014). **Repercussão geral- Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica**. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/EMENTA%20EM%20PDF.pdf>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2020.

_____. Código Civil (2002). **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Código Civil (1916). **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Código Civil (2002). In: Curia, L. C; et al. **Vade Mecum Saraiva**. 21. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p.264 - 279.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). In: Curia, L. C; et al. **Vade Mecum Saraiva**. 21. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p.1045.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas (4º Câmara Cível). **Acórdão. Remessa Necessária-Cv:10105110153480001** MG. REEXAME NECESSÁRIO - PREVIDENCIÁRIO - INCLUSÃO DO FILHO ADOTIVO COMO DEPENDENTE JUNTO AO INSTITUTO PREVIDENCIÁRIO - POSSIBILIDADE. Autor: Paulo Moura de Oliveira. Réu: Inst Prev Mun Governador Valadares. Relator: Renato Dresch, 12 de dezembro de 2019. Data de Publicação: 17 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/793585877/remessa-necessaria-cv-10105110153480001-mg/inteiro-teor-793585966?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3º Turma Cível). **Acórdão. 20160210014256 - Segredo de Justiça 0001413-17.2016.8.07.0002**, DF. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. MODIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PATERNIDADE BIOLÓGICA. DNA. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE DA PATERNIDADE BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA. Relator: Maria de Lourdes Abreu, 16 de dezembro de 2017. Data de Publicação: Publicado no DJE: 13 de dezembro de 2017. Pág. 215 - 223 Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/531117440/20160210014256-segredo-de-justica-0001413-1720168070002>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (3º Câmara Cível). **Apelação Cível n. 0302674-93.2015.8.24.0037**. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS. DEMANDA AJUIZADA CONTRA A GENITORA E O PAI SOCIOAFETIVO. PROVA PERICIAL (EXAME DE DNA). PATERNIDADE BIOLÓGICA DO AUTOR COMPROVADA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. MAGISTRADO QUE ENTENDEU PELA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. RECURSO DO DEMANDANTE. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE. VIABILIDADE. Relator: Saul Steil, 17 de abril de 2018. Data da Publicação: 14 de abril de 2020. Disponível em: file:///C:/Users/usuario/Downloads/jurisprudencia_ibdfam.pdf. Acesso em: 25 de abril de 2020.

CARVALHO, D. M. D. **Direito das famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Novo curso de direito civil - direito de família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Direito civil brasileiro 6 - direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MALUF, C. A. D.; MALUF, A. C. D. R. F. D. **Curso de Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PEREIRA, R. D. C. **PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TARTUCE, F. **Manual de direito civil: volume único**. 8. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

TARTUCE, F. **Manual de direito civil: volume único**. 8. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

NOTAS:

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail*: stephanybarradas@hotmail.com

[2] Orientadora. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). *E-mail*: jujuevaristo@yahoo.com.br

ÔNUS DA PROVA NA LEGÍTIMA DEFESA: UMA ANÁLISE À LUZ DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

DANILO DE OLIVEIRA SOARES: Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA

ISABELLA MARIA CARVALHO PORTELA SILVA ^[1]

(coautora)

GUSTAVO LUÍS MENDES TUPINAMBÁ RODRIGUES ^[2]

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como escopo analisar se há ou não violação ao princípio constitucional da presunção de inocência quando ao réu, ao alegar ter agido em legítima defesa, é imputado o dever de provar tal circunstância. Inegavelmente, é cediço que o processo penal é um instrumento de efetivação das garantias constitucionais, que o ônus da prova no processo penal é inteiramente da acusação e que caso pairar dúvida sobre autoria ou materialidade deverá ser interpretado em favor do réu. O trabalho foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica com abordagem dedutiva visando a coleta de informações necessárias à reflexão e construção textual. Dessa maneira, foram conceituados e analisados os institutos da presunção de inocência, legítima defesa e ônus da prova todos sob a óptica dos direitos e garantias fundamentais com vistas a mostrar que sendo presumidamente inocente o réu não deverá provar ter agido sob o manto de excludente de legítima defesa. Ademais, foram coletados e discutidos dados de jurisprudência que evidenciaram que a presunção de inocência vem sendo violada constantemente e que há uma errônea distribuição do ônus da prova, gerando um crescente senso de injustiça e desrespeito ao que preceitua a constituição federal.

Palavras-chave: Processo Penal, Instrumentalidade Constitucional, Ônus da Prova, Legítima Defesa, Garantismo Penal.

Sumário: 1 Introdução. 2 Presunção de Inocência versus Ônus da Prova. 2.1 Instrumentalidade Constitucional do Processo. 2.2 O Processo Penal como Situação Jurídica. 2.3 Carga Probatória no Processo Penal. 3 Análise do Instituto da Legítima Defesa. 3.1 Legítima Defesa em Confronto com o Ônus da Prova. 4 Posicionamento dos Tribunais. 4.1 Posição Majoritária. 4.2 Posição Minoritária. 4.3 Eficácia do Instituto da Legítima Defesa. 5 Conclusão. 6 Referências

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz à reflexão o processo penal e sua relação com os direitos e garantias fundamentais, no tocante mais precisamente a presunção de inocência, ônus da prova e legítima defesa. Um dos princípios mais relevantes em matéria penal trazido por nossa carta magna de 1988 é o da presunção de inocência, que preconiza que ninguém será considerado culpado de algum delito antes que transite em julgado a sentença penal condenatória. Nessa vereda, o código de processo penal ao consagrar o sistema acusatório, determina que todo o ônus da prova está concentrado nas mãos da acusação, uma vez que, presumidamente inocente nada há que provar o réu. Em sendo assim, a acusação deverá provar autoria e materialidade, ou seja, a existência de um delito (fato típico, ilícito e culpável). Ocorre que, mesmo sendo cristalino que a acusação deve provar a existência de um ilícito diversas decisões cometem erro crasso ao fazerem manifesta inversão do ônus da prova, no sentido de que o réu seja compelido a provar a existência de legítima defesa, causa excludente de ilicitude e, portanto, provarem sua inocência, o que viola frontalmente a constituição federal de 1988 (MOMOLI; ULGUIM, 2014).

No segundo capítulo do presente artigo mostrará o porquê da importância de se olhar o processo penal sob a óptica constitucional, a relevância de não o trata-lo como o processo civil, visto que, deve em âmbito processo penal não há relação jurídica e sim uma situação jurídica do qual brotam chances, o que traduz o direito (não dever) do réu produzir provas e obter a perspectiva de uma sentença favorável. Por seu turno, o terceiro capítulo traz o conceito, as características, os requisitos e qual o sentido normativo do instituto da legítima defesa onde veremos que consiste em uma permissão dada pelo Estado a alguém injustamente agredido, defender seu bem mais precioso, a vida.

Por derradeiro o quarto capítulo explorará a seara jurisprudencial, mostrando que o que ocorre corriqueira e majoritariamente nos fóruns brasileiros é um processo penal punitivista enraizado em um sistema inquisitório, que a contrário senso consagra uma deturpada presunção de culpa e que não raras são as decisões fundamentadas na falta de provas da tese defensiva, o que muitos destes órgãos julgadores não se atentam é que as garantias fundamentais são o corolário do devido processo legal. Se não há uma efetiva observância as garantias constitucionais não se faz presente o devido processo legal e um processo sem respeito à legalidade muito provavelmente recairá em discricionariedade, em subjetivismos e se distancia do ideal de justiça.

Face à pranteada inconstitucionalidade, fez-se necessário discutir, analisar e revisar o porquê do referido princípio estar sendo mitigado, relativizado em sentenças, acórdãos em nosso país, haja vista, que o processo penal não guarda

respeito apenas à constituição federal mas também a tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos do qual o Brasil é signatário, ou seja, deverá ser pautado em uma dupla conformidade, uma visão sob a óptica da constitucionalidade e outra sob a convencionalidade.

2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA VERSUS ÔNUS DA PROVA

2.1 Instrumentalidade Constitucional Do Processo

O processo é o meio pelo qual o Direito se efetiva e deve ter como principal fonte de seu desenrolar célere e justo a Constituição Federal, a Carta Magna de 1988. Ao se pensar a seara Processual Penal surge o questionamento sobre qual sua serventia e para que precisamos dele. Ao tentar definir a aplicabilidade do Processo Penal, juristas de todo Brasil defendem posicionamentos diferentes, no entanto, se o parâmetro-mor for a Constituição, ou seja, o diploma legal do qual todos os outros retiram seu fundamento de existência, tal definição começa a emergir, eis o que se denomina de "processo penal garantista". Ao seguir essa linha de pensamento, tem-se a denominada "instrumentalidade constitucional", pois tal ramo do Direito deve ser entendido como a garantia que as partes possuem de que o processo penal será justo e constitucional e, sendo assim, servirá como um instrumento de proteção as garantias fundamentais do réu, primando pela defesa deste frente aos arbítrios do poder estatal.

O que deve ficar cristalino na mente de todos os que estão envolvidos em um processo penal, desde a sua pré-existência na fase de inquérito policial até a fase decisória, é que somente um processo com o intuito de concretizar todas as garantias fundamentais, sobretudo do débil, consegue minimizar a discricionariedade latente em âmbito processual penal, pode ser tido como justo, afinal esta palavra polissêmica é o que todos buscam ao estar diante de um processo.

Importante salientar, que estamos perante a privação, cerceamento da liberdade de alguém, a qual é um dos direitos mais importantes inerentes à pessoa humana. Dessa forma, o denominado garantismo não deve se confundir com o mero legalismo, formalismo ou processualismo, mas sim uma efetiva prevenção a qualquer ato que viole o status de inocência do débil antes de aferida tal presunção, uma vez que, subsiste até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Outro aspecto que merece ser evidenciado no que tange a instrumentalidade constitucional no processo penal é que à defesa assiste o direito de contradizer hipóteses e provas, e não um dever propriamente dito (FERRAJOLI, 2006), vez que no processo penal não há distribuição de cargas probatórias estando estas, por sua vez, inteiramente sob responsabilidade do acusador. Por essa razão, o dever de elucidar

hipóteses e produzir provas está nas mãos da acusação, que se personifica pela figura do querelante ou do promotor, isto é, ação penal privada e pública respectivamente.

Na prática forense percebe-se tal erro de forma absurda, são inúmeras decisões entre acórdãos e sentenças distribuindo o ônus da prova. Algumas chegam a cometer erro mais crasso ainda, ao fundamentar a condenação do réu na falta de provas, ora, como se o réu presumidamente inocente tivesse que provar não ser ele o autor do delito ou ter agido abarcado por uma excludente de ilicitude. Assim, não há que se falar em falta de provas da tese defensiva, pois como já falado anteriormente o réu está abarcado por uma garantia constitucional que o exime do dever de produzir provas.

A ironia reside no fato de se fazer uma fase de instrução tal qual o Processo Civil, ou seja, aplica-se ao Processo Penal distribuição do ônus da prova equivalente ao disposto pelo Código de Processo Civil, de tal modo que o ônus de provar as alegações referentes ao fato constitutivo da pretensão punitiva é de quem acusa e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos devem ser provados pelo acusado. Porém, o mais acertado seria não haver inversão desse ônus no momento que o réu alegasse excludentes de ilicitude ou de culpabilidade.

Convém pôr em relevo, que no atual cenário da sistemática processualista penal, temos uma errônea valoração normativa de leis ordinárias em detrimento da lei máxima vigente no país que é a Constituição Federal, sendo que a esse fenômeno dá-se o nome de crise das fontes. Partindo desse entendimento, vê-se como o mais acertado que caso o Código de Processo Penal, ao disciplinar, por exemplo, sobre carga probatória, deixe lacunas que podem prejudicar as garantias do imputado, automaticamente, deve-se recorrer a Carta Magna, por ser este diploma legal a base de todo ordenamento jurídico brasileiro.

Outro ponto que merece igualmente destaque é a distinção entre impunidade e respeito às garantias constitucionais, ou seja, as regras do jogo, responsáveis pelo cumprimento do devido processo legal, vez que o processo penal garantista visa o real cumprimento dos direitos pertencentes a todos os indivíduos, e não os eximir de qualquer responsabilidade. Tais garantias desempenham um papel limitador do poder punitivo do Estado, tendo em vista que não possuindo limites recairia em uma mera discricionariedade. Confirmando esse entendimento está o posicionamento do autor Lopes Jr (2018), o qual ao considerar que o processo é um caminho, uma sequência de atos, defende que durante todo este percurso devem ser rigorosamente observadas as regras do devido processo legal, ou seja, as garantias constitucionais.

A partir disso reforça-se a relevância da Constituição Federal de 1988 para com a garantia do cumprimento do devido processo legal, posto que anteriormente à atual Carta tínhamos uma legislação que fazia completamente o inverso, sendo o imputado considerado presumidamente culpado e presumidamente perigoso. A mudança com o atual texto constitucional foi extrema, tendo o processo a partir de tal ponto passado a ser um instrumento a serviço do débil (imputado) e não mais um mero aplicador, ou mero caminho para se chegar até a aplicação de uma sanção. Este devido processo constitucional deve concretizar uma igualdade efetiva entre as partes, haja vista que durante a persecução criminal há uma desigualdade material dada a carga do Estado de exercer funções investigatórias e acusatórias.

2.2 O Processo Penal Como Situação Jurídica

O processo penal deve ser enxergado como um complexo conjunto de situações jurídicas, conjunto este formado por uma sucessão de atos, sendo que em cada ato existem situações jurídicas. De cada situação jurídica nascem chances de produzir provas, sejam elas documentais, testemunhais ou até mesmo chance de se manifestar no processo e esclarecer pontos obscuros, que caso sejam bem aproveitadas podem levar ao convencimento ou captura psíquica do juiz.

Importante frisar que caso o imputado aproveite bem tais chances se libertará de cargas e, que a liberação ou não dessas cargas é o que define a perspectiva do resultado da sentença, ou seja, se favorável ou desfavorável, fato este que traduz o abandono da equivocada ideia de segurança jurídica dentro da sistemática do processo penal ao considerar que a segurança se estabelece conforme a dinâmica de liberação de cargas e o respeito as regras do jogo.

Essa inserção do processo na ideia da epistemologia da incerteza surge a partir do posicionamento do jurista alemão James Paul Goldschmidt em seu livro *Prozess als Rechtslage*, publicado em 1925. Além disso, convém ressaltar que embora ambas as partes possam se libertar das cargas probatórias, estamos diante de perspectivas, uma vez que ao réu não incumbe o ônus de provar nada. (LOPES JR; DA SILVA, 2009).

Em consonância com essa percepção está o posicionamento de Mirabete (2001) ao entender que, conforme assegura o Princípio da Presunção de Inocência, o réu não tem a obrigação de provar sua inocência, pois cabe ao órgão acusador comprovar a culpabilidade do débil. Além disso, para condenar o réu o Magistrado não poderá ter qualquer dúvida de que aquele é o responsável pelo delito, uma vez que para que haja a absolvição basta a dúvida a respeito da conduta do acusado, em respeito ao *in dubio pro reo*. Sendo assim, a carga da prova terá que estar inteiramente nas mãos do acusador, para que seja garantida a presunção de inocência ao réu.

Posto isso, percebe-se nitidamente o porquê da expressão perspectiva, haja vista a proteção do imputado por meio da presunção de inocência. Reitera-se que caso o imputado não aproveite as chances há uma assunção de riscos, ou seja, o risco de potencializar a captura psíquica do juiz por parte do autor. No entanto, ressalta-se que tal assunção de risco não se confunde como uma carga processual para defesa, pois como citado anteriormente o ônus da prova incumbe a acusação. Dentro desse contexto, analisa-se o *nemur tenetur si detegere*, (Direito de Silêncio), por exemplo, o qual não gera um prejuízo processual para o imputado, porém potencializa o risco deste ser condenado.

O que se deve perceber é que ao réu deve-se dar o direito, não dever de produzir provas que o ajudem a ter uma sentença favorável. Ora, a partir do momento que o imputado ao invés de assumir riscos recebe prejuízos há que se notar que houve uma distribuição do ônus da prova e, que ao ocorrer isso evidencia-se uma verdadeira mitigação a presunção de inocência. Em suma, temos que assunção de riscos seria respeito as regras do jogo, visto que evidencia-se a interdependência entre a presunção de inocência e o devido processo legal ao se ter um processo penal alinhado com os ideais de justiça e equidade, com paridade de armas entre o poder repressivo do Estado e o direito à liberdade.

Enquanto que por outro lado, prejuízos de fato ao imputado seria como se ele tivesse o ônus de provar algo, e destarte, violação frontal a inteligência dos direitos e garantias assistidos ao débil, sobretudo até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória até onde o imputado deve ser visto como presumidamente inocente. Importante ainda salientar que foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que o Princípio da Presunção de Inocência foi erigido à categoria de norma constitucional. Porém, não só o texto constitucional faz menção expressa a tal princípio (art. 5º, LVII, CF/88), como também diversos dispositivos internacionais a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. XI), Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 9º), Organização das Nações Unidas (art. 11), e do Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, inciso I).

2.3 Carga Probatória No Processo Penal

Prova nada mais é do que o meio instrumental apto a comprovar os fatos delineados na peça inicial e no decorrer do processo, tanto pela acusação quanto pela defesa, tendo como finalidade a captura psíquica do juiz (RANGEL, 2019). Todo este aparato instrutório tem como principal interessado o juiz e, inegavelmente, as partes também. Interessante dizer que como mencionado anteriormente, num processo penal ideal, legal ou ainda constitucional, não há que se falar em dever probatório do réu, estando este todo nas mãos da acusação, devendo assim o membro do Ministério Público ou querelante provar a existência do fato alegado na

denúncia ou queixa, respectivamente, bem como a autoria delitiva e o elemento subjetivo, ou seja, se o crime foi cometido de forma dolosa ou culposa.

Partindo do entendimento de que atualmente o ônus é todo da acusação, percebe-se que não mais compete ao réu provar sua inocência. Ratificando essa percepção, o art. 156 do Código de Processo Penal preconiza que o ônus da prova caberá a quem fizer a alegação, e deve ser lido conforme o Princípio da Presunção de Inocência, ou seja, sendo o imputado presumidamente inocente não há que se falar em produção de provas. Portanto, se quem faz a primeira alegação é o Ministério Público ou querelante por meio da peça de denúncia ou queixa, estes deverão provar o fato atribuído ao réu, o qual está assegurado pelo princípio em comento e pelo dispositivo legal acima mencionado.

Entretanto, a doutrina de forma majoritária não entende que a carga está toda nas mãos de quem acusa, pois em desconformidade com a Carta Magna de 1988 faz uma leitura a risca do que preconiza o art. 156, CPP. Porém, se é o titular da ação penal quem faz alegações narrando um fato criminoso, o ônus de provar é dele. Caso o imputado alegue ter agido em legítima defesa tal alegação deve ser lida à luz do que preconiza a Constituição Federal, uma vez que a pretensão acusatória é do *parquet* e ele que deve obter o livre convencimento motivado do juiz.

Ademais, há uma equivocada noção de que a carga probatória é passível de distribuição, quando na verdade é atribuída unilateralmente ao acusador, de tal forma que no processo penal a defesa não deveria ter o dever, mas a faculdade de se libertar das cargas processuais objetivando o bom aproveitamento das chances processuais. Somado a isso, é de suma importância destacar que não cabe ao Magistrado atrair para si o ônus da prova, ao auxiliar a parte acusadora a liberar-se da carga probatória, em uma busca desenfreada pela verdade real.

No entanto, o artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal contraria esse pensamento ao permitir que o juiz determine as provas, mesmo antes de iniciada a ação penal, ou seja, o julgador possui poder instrutório por lhe ser facultado agir de ofício. A redação deste artigo deve ser considerada como equivocada a partir do momento que se percebe que fere o processo penal democrático e imparcial que tanto se pretende alcançar.

Por falta de provas o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de absolvição do réu, como será visto adiante. Portanto, se a corte máxima decide nesse sentido, existindo tantas outras decisões com o mesmo direcionamento, qual o motivo de existirem diversas sentenças e acórdãos de instâncias inferiores em sentido contrário, sendo que vivemos uma época em que possuímos um sistema acusatório e não mais inquisitivo? É essa e outras controvérsias que se pretende analisar e revisar

no presente artigo. Uma gama enorme de conhecimento para a academia, no entanto um problema seríssimo para os sentidos de justiça, igualdade e liberdade emanados pela Constituição Federal de 1988.

3 ANÁLISE DO INSTITUTO DA LEGÍTIMA DEFESA

3.1 Legítima Defesa Como Excludente de Ilicitude

O Estado não pode estar em todas as situações de perigo existentes, por ser logicamente impossível. Diante disso, resolveu buscar uma maneira de prever a possibilidade de que em determinadas situações e desde que preenchidos os requisitos, o cidadão possa agir em prol da defesa de si próprio ou de terceiro, na proteção de seu bem jurídico mais precioso, a vida. Eis o fundamento de existência das excludentes de ilicitude e mais precisamente, no presente artigo, a excludente de legítima defesa. (GRECO, 2020).

É imperioso saber, que essa permissão concedida pelo Estado não é ilimitada, uma vez que, se assim o fosse estaríamos diante de uma vingança privada. Ademais, aquele que age em sua própria defesa ou de terceiro, daí a expressão “legítima”, deve estar em uma total impossibilidade de recorrer ao Estado motivo pelo qual não agindo no momento oportuno pode acabar tendo sua vida ceifada. O instituto da legítima defesa está previsto no Código Penal por meio do art. 23, II no rol das causas excludentes de ilicitude e posteriormente no art.25.

Prefacialmente, faz-se necessário a exposição de alguns conceitos que serão relevantes para o entendimento do instituto da legítima defesa. Deste modo mister se faz inicialmente conceituar o que é crime, apesar de surgirem diversos conceitos na seara doutrinária, tais como a visão sob o aspecto material e formal analisaremos tal instituto sob o enfoque analítico, sob essa perspectiva forma-se um prisma jurídico do qual brotam os seguintes elementos estruturais: fato típico, ilícito (portanto antijurídico) e culpável. Fato típico, inicialmente analisa-se se tal conduta encontra-se no rol de delitos e contravenções constantes do Código Penal, pois para que uma conduta seja tida como um crime deve haver previsão legal e somente restando positivada a conduta cuida-se de verificar o segundo elemento estrutural; ilícito pois deve ser uma conduta que vai contra o Direito, contra aquilo que é jurídico e culpável pois deve haver previsão de sanção penal para tal conduta. Contudo, tal conceito é doutrinário, uma vez que, não existe um conceito de crime fornecido pelo legislador.

Neste diapasão, já sabendo o que é crime e tendo por um de seus requisitos a antijuridicidade percebemos que nas excludentes de ilicitude há um fato típico, culpável, mas não há a antijuridicidade, portanto não há aplicação de pena. Em assim sendo, será analisado aqui o instituto da legítima. Cumpre salientar, que conforme

anteriormente dito tal permissão do Estado é limitada, de sorte que para que alguém seja abarcado por tal instituto ao cometer um ato ilícito previsto no código o penal, deverá preencher os requisitos constantes do art. 25 do código penal. A saber: moderação na conduta; meio necessário e injusta agressão atual ou iminente a direito seu ou de outrem. Senão vejamos, o ideal da legítima defesa deve ser primar por justiça, uma vez que, aquele que comete ato ilícito a priori é visto como culpado, à margem da lei, dessa forma ficando evidenciados os requisitos acima transcritos afasta-se a errônea presunção de culpa que se alastra pelo judiciário atualmente.

A moderação na conduta está intrinsecamente relacionada com o requisito da injusta agressão pois a partir do momento que o imputado consegue repelir a injusta agressão deve cessar sua defesa, ou seja, entende-se como moderação na conduta a necessária para se repelir a injusta agressão, o que, no entanto, será analisada em cada caso, uma vez que, existe uma linha tênue entre a moderação e a imoderação e caso afastada a moderação da conduta deve-se analisar se houve excesso, o que veremos adiante.

O meio necessário deve ser entendido como aquele capaz de gerar uma repulsa eficaz e que deve ser o único disponível para o agente, ademais o a gente deve se utilizar do meio menos lesivo disponível, caso seja possível no caso concreto, por exemplo se o a gente no momento da conduta tem disponível um pedaço de pau e este objeto é eficaz para conter a agressão o emprego de arma de fogo revela-se manifestamente desnecessário, há aqui também uma linha tênue entre meio necessário e desnecessidade do meio, quando houver manifesta desnecessidade do meio podem emergir as figuras do excesso doloso, culposo ou exculpante.

Por derradeiro, a injusta agressão deve ser atual ou iminente, isto é, podendo o agressor já ter iniciado a agressão e neste caso diz-se atual, pois a lesão ao bem jurídico está ocorrendo ou seus atos, gestos, fazerem presumir estar prestes a iniciar a agressão, e neste caso diz-se que a agressão está prestes a ocorrer e dado o fato que ninguém é obrigado a esperar ser agredido, daí a expressão em latim *nemo expectare tenetur donec percutietur*, podendo quem sofreu a injusta agressão repeli-la, podendo outrem que vê a agressão também a repelir. Cumpre salientar, que se a agressão é futura não há que se falar em legítima defesa, sendo assim alguém que mata outrem porque esta ameaçou-lhe não estará abarcado por tal instituto (CAPEZ, 2019).

Já se sabe que a ilicitude da conduta ocorre quando, há contrariedade entre sua prática e o ordenamento jurídico. Em sendo assim, temos que no caso de legítima defesa o ilícito ocorreu, no entanto é excluído, bem como nas outras hipóteses em que se exclui o ilícito penal, a saber: estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito. Cumpre esclarecer, que a contrário do que

se pode pensar a legítima defesa não pode ocorrer de modo excessivo, razão pela qual em caso de excesso há previsão de punibilidade.

O excesso punível dito acima se configura quando o agente que até então estava agindo sob o manto de uma excludente de ilicitude, não se atenta ao requisito da moderação da conduta e acaba tornando sua prática de fato ilícita, talvez seja por essa linha tênue entre o lícito e o ilícito que tal requisito é o mais importante na configuração da legítima defesa. O excesso pode ser doloso ou culposos. Há que se falar ainda, que a doutrina tem firmado o entendimento de que o excesso punível pode decorrer não só da falta de moderação na conduta, mas também da utilização de meios desnecessários.

Vale ressaltar que conforme o art. 23, parágrafo único do código penal o agente responderá quando agir dolosamente ou culposamente. Como exemplo temos, alguém que após cessar uma agressão disparando um tiro com uma arma de fogo continua na repulsa e dispara outros dois tiros, dessa forma será punido pelo excesso em sua conduta. Sabendo que caso o ato praticado ocorra permeado por tais requisitos incorrerá o agente em legítima defesa cuida-se de analisar no presente artigo o dever do imputado de provar ter agido com os meios necessários, que a agressão sofrida ocorreu de forma injusta e que sobretudo agiu de forma moderada (GONÇALVES, 2019).

3.2 Legítima Defesa Em Confronto Com O Ônus Da Prova

Após a análise do ônus da prova, do respeito ao Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, passou-se depois a conceituar e entender o instituto da legítima defesa e face às considerações aduzidas restou cristalino de quem de fato deve ser o dever de provar ter existido ou não tal excludente de ilicitude. Porém, em tempo hábil surge um questionamento: Se a legítima defesa é um instituto que visa beneficiar aquele imputado que de forma injusta sofre agressão ou está na iminência de sofrê-la e utilizando de forma moderada de um meio necessário a repele com vistas a defender seu direito ou de outrem, esta incoerente distribuição do ônus da prova prejudicaria a eficácia de tal benefício?

Partindo do pressuposto de que o imputado não tem o ônus de provar nada, obviamente. Se formos pensar a legítima defesa de acordo com o supratranscrito temos que o fato de o imputado provar estarem presentes os requisitos da excludente configura mero aproveitamento de uma chance que brotou da situação jurídica criminosa, ou seja, liberando-se de uma carga e gerando para si a perspectiva de uma sentença favorável. Do contrário, apenas perderia a oportunidade de obter a captura psíquica do juiz. Entretanto, não é o que se verifica na prática razão pela qual existe tal artigo.

Em apertada síntese, tomando como base as regras do jogo e os direitos e garantias constitucionais, parece que essa inversão traz ao imputado uma perspectiva de obter uma sentença desfavorável, haja vista, que frente ao poder estatal e sua soberania o imputado revela-se hipossuficiente. Ademais, o fundamento de existência do processo penal é que este existe como um instrumento de defesa dos direitos e garantias do débil, leia-se acusado, frente aos arbítrios do poder estatal. Inegavelmente, colocar a carga de provar ter sofrido a injusta agressão mitiga e cerceia quase que totalmente as chances do réu de se ver livre de uma condenação injusta.

O que parece emergir desta discussão, é o velho, porém atual debate a respeito do Direito Penal do cidadão, leia-se garantismo penal, e o Direito Penal do inimigo, onde seus destinatários são considerados fontes de perigo, e que na grande maioria das vezes são privados de seus direitos e garantias individuais, acabam sofrendo antecipação de punibilidade com o escopo policlesco de combater perigos, o que nos remete, apenas por amor ao debate, ao fenômeno do Panprincipiologismo, que se traduz por uma criação de princípios sem efeito normativo, e dentre eles o do *in dubio pro societate* o que representa manifesta violação ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Essa concepção de Direito Penal do inimigo (PRADO, 2009) se alastra pelo judiciário, e a convém trazê-lo à baila no presente artigo, uma vez que, através desta concepção e de outras há uma deliberada distribuição do ônus da prova, uma presunção de culpa ao invés de inocência. E o indivíduo, que sem poder se amparar ao Estado para defender seus bens jurídicos, com a permissão deste apenas repele uma injusta agressão sofrida terá de se desincumbir de um ônus que não é seu? Terá seus Direitos e garantias violados por defender o seu Direito constitucional à vida?

A resposta que parece exsurgir para as proposições acima listadas é que apenas respeitando as regras do jogo, respeitando a Constituição Federal, os tratados e convenções relativas aos Direitos Humanos, emergirá uma eficácia no instituto da legítima no sentido de que sirva como um instrumento de garantia dos Direitos fundamentais da pessoa humana. Imprescindível é o garantismo penal, processual penal ou jurídico ainda, para a criação deste ideal humanitário que deve permear o judiciário brasileiro mediante sentenças e acórdãos, de sorte que articulando mecanismos que freiem o poder do Estado soberano, no presente artigo a correta carga probatória nas mãos do Ministério Público e a presunção de que o imputado agiu em legítima defesa, possam tornar eficaz e devidamente cumprido o sentido do instituto da Legítima Defesa (MORAIS DA ROSA, 2011).

4 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS

4.1 Posição Majoritária

O entendimento majoritário dos Tribunais Superiores brasileiros é no sentido de que quando tratar-se de legítima defesa atribui-se o ônus da prova ao imputado, o qual terá que demonstrar cabalmente a incidência da causa de excludente de ilicitude, sem que tal inversão da carga probatória importe ofensa aos princípios constitucionais de Presunção de Inocência e *In Dubio Pro Reo*. Confirmando o exposto, está a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Decisão: A 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo recorrente, mediante acórdão (eDOC 6, p. 41-57) assim ementado: "Apelação criminal defensiva. Condenação por lesão corporal no âmbito da violência doméstica (art. 129, § 2º, IV, c/c 10º, do Código Penal, n/f da Lei 11.340/06) [...] Tese subsidiária de legítima defesa que não reúne condições de acolhimento. Firme orientação pretoriana no sentido de atribuir à Defesa o ônus de comprovar a incidência de qualquer excludente de tipicidade, tipo permissivo ou causa de exculpação (CPP, art. 156) [...] No mais, a presente irresignação recursal não merece prosperar, porquanto a ofensa à Constituição, se existente, seria reflexa ou indireta, de índole infraconstitucional, o que inviabiliza o processamento do presente recurso. Além disso, divergir do entendimento firmado pelo Tribunal de origem demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório, providência inviável no âmbito do recurso extraordinário. Dessa forma, incide, no caso, a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido é a jurisprudência desta Suprema Corte: Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Penal e Processo Penal. 3. Crime contra a liberdade sexual (art. 213 c/c art. 214 do Código Penal). 4. Ausência de prequestionamento, incidência das súmulas 282 e 356. 5. Suposta violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e da presunção de inocência. A ofensa aos dispositivos apontados, caso existente, ocorreria de forma reflexa [...] Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RI/STF). Intime-se, via DJe. Brasília, 11 de março de 2020. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente

(STF - ARE: 1259854 RJ - RIO DE JANEIRO 0008772-61.2011.8.19.0001, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 11/03/2020, Data de Publicação: DJe-058 16/03/2020)

A recente decisão acima exposta impõe ao réu a obrigação de provar ter agido em legítima defesa, quando na verdade a este deveria ser dado o direito e não o dever de provar o alegado, visto que constitucionalmente já é presumidamente inocente e caberia então a acusação afastar a tese abarcada pela excludente de ilicitude. Desse modo, cumpre observar o equívoco ao considerar que a violação aos princípios constitucionais seria, caso existente, reflexa, pois há uma direta ofensa à presunção de inocência do débil.

O Superior Tribunal de Justiça acaba por cometer o mesmo erro, senão vejamos:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.625.634 - AL (2019/0352035-2) RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ AGRAVANTE : CLÁUDIO JOSÉ DA SILVA VIEIRA (PRESO) ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS DECISÃO CLÁUDIO JOSÉ DA SILVA VIEIRA [...] A legítima defesa para que possa ser acolhida, precisa ficar provada, e a prova é ônus do réu, sendo insuficiente a simples alegação (TACRIM-SP - AC - Rel. Hélio de Freitas - RT 671/346) [...]10 - Em suas razões recursais, o apelante levantou que teria agido em legítima defesa putativa, imaginando estar na iminência de ser agredido, uma vez que a vítima insinuava portar arma de fogo, momento em que sacou sua arma para repelir aquela agressão supostamente iminente. Requereu a aplicação do princípio da presunção de inocência e in dubio pro réu. 11 - Entretanto, conforme cediço, na fase de formação da culpa no o procedimento do Tribunal do Júri o que prevalece é o princípio do in dubio pro societate, devendo o acusado ser pronunciado se o juiz estiver "convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação" (art. 413 do CPP), sem que isso configure violação ao princípio da presunção da inocência. [...]Dispositivo À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, b, parte final, do RISTJ, conheço do

agravo para negar provimento ao recurso especial. Publique-se e intemem-se. Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2020. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ Relator

(STJ - AREsp: 1625634 AL 2019/0352035-2, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Publicação: DJ 17/02/2020)

É evidente que podendo o réu aproveitar-se de chances processuais com o intuito de liberar-se das cargas probatórias, ele fará para aumentar a possibilidade de uma sentença favorável. No entanto, tal prerrogativa não deve ser usada como justificativa de inversão ou divisão do ônus da prova com o acusador, visto que o acusado está protegido pela presunção de inocência, assim como pelo fato da parte contrária ter feito a primeira afirmação na peça acusatória, ou seja, se o ônus é de quem alega, caberia a acusação provar que o réu não agiu abarcado pelo Instituto da Legítima Defesa.

Ademais, o Ministro, se distanciando da posição de guardião dos direitos fundamentais, alegou prevalecer o Princípio do *In Dubio Pro Societate* na fase de formação de culpa no procedimento do Tribunal do Júri, princípio este que não encontra qualquer amparo na Constituição Federal, tampouco no Código de Processo Penal e, que conseqüentemente vai contra o Estado Democrático de Direito, a Dignidade da Pessoa Humana e as garantias fundamentais do réu. Dito isto, o que deve prevalecer é o *In Dubio Pro Reo*, pois havendo dúvidas o julgamento será a favor do acusado.

Seguindo o entendimento da inversão do ônus da prova para que se possa reconhecer a legítima defesa, o Tribunal Regional Federal decidiu que:

PENAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA - COMPROVAÇÃO - INTERNACIONALIDADE COMPROVADA - CAUSAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE E CULPABILIDADE NÃO CARACTERIZADAS - REPRIMENDAS QUE DEVEM SER REDUZIDAS - RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA - PATAMAR DE APLICAÇÃO DA MAJORANTE PREVISTA PELO ART. 40, INC. I, DA LEI Nº 11.343/06 REDUZIDO PARA 1/6 (UM SEXTO) - CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 44, §3º, DA LEI Nº 11.343/2006 - APLICAÇÃO - SUBSTITUÇÃO DA PENA POR REPRIMENDAS ALTERNATIVAS E DIREITO A APELAR EM

LIBERDADE - AFASTAMENTO - APELAÇÃO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDA [...]

6. É cediço que o ordenamento jurídico pátrio permite, excepcionalmente, a prática de condutas típicas em razão de situações especiais, como aquele que age em legítima defesa ou em estado de necessidade justificante ou exculpante. 7. Porém, para que se possa reconhecer tais excludentes é imprescindível que aquele que as alega comprove as suas razões sem qualquer sombra de dúvida, sob pena de desqualificação do próprio instituto, cuja finalidade é a de garantir, excepcionalmente, a tutela de um bem jurídico ao mesmo tempo em que outro é preterido, mas desde que presente uma causa justificante, sendo certo que a defesa não se desincumbiu desse ônus, nos termos do que determina o artigo 156 do CPP. [...] 16. Apelação parcialmente provida.

(TRF-3 – ACR:8192 SP 0008192-87.2011.4.03.6119, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, Data de Julgamento: 14/04/2014, QUINTA TURMA)

Mais uma vez, a jurisprudência brasileira peca por transferir ao acusado um dever do Estado, o qual ao demonstrar a existência de um fato típico, ilícito e culpável descaracterizaria toda e qualquer alegação de excludente, tal como a legítima defesa, não cabendo ao réu a responsabilidade de demonstrar a ilicitude de sua conduta. Ou seja, cabe a parte acusadora provar a ocorrência do fato alegado e ao mesmo tempo afastar a incidência de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade.

Além disso, importa observar que também existem decisões jurisprudenciais no sentido de que compete a defesa comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão acusatória, fato este que igualmente merece ser refutado frente a total incoerência e relativização do Princípio da Presunção de Inocência, visto que a dúvida sobre a existência da legítima defesa determinaria a condenação do réu, quando na verdade deveria ser absolvido por considerar a aplicação do *in dubio pro reo*. Portanto, compete a parte que acusa romper com a presunção de inocência garantida constitucionalmente ao débil ao provar a autoria e materialidade do delito, assim como deixar claro que o réu não agiu imbuído de qualquer causa excludente.

Em outras palavras, ainda que a defesa invoque existência de excludente de ilicitude, o ônus probatório continua sendo exclusivo da acusação, a qual deve demonstrar ao magistrado a fragilidade, incorrência ou inconsistência da excludente, isso porque se o réu já é presumidamente inocente, não se faz mister

que ele prove ser inocente (NUCCI, 2015). Posto isso, não há o que se falar em inversão de ônus da prova.

Por último, temos o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina ratificando o inviável acolhimento da excludente de ilicitude quando da ausência de provas arguidas pela defesa, bem como negando que isso acarrete afronta a princípios reconhecidos constitucionalmente, *in verbis*:

ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA Apelação Criminal n. 0033470-22.2014.8.24.0023, da Capital ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA Apelação Criminal n. 0033470-22.2014.8.24.0023, da Capital Relator: Des. Carlos Alberto Civinski PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL EM ÂMBITO DOMÉSTICO (CP, ART. 129, §9º, E LEI 11.340/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ALEGADA EXCLUDENTE DE ILICITUDE DA LEGÍTIMA DEFESA. TESE CARENTE DE COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE INJUSTA AGRESSÃO. ÔNUS QUE COMPETE À DEFESA (CPP, ART. 156). PALAVRAS FIRMES E COERENTES DA VÍTIMA, CORROBORADAS POR LAUDO TÉCNICO PERICIAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONDENAÇÃO CONFIRMADA POR ESTE TRIBUNAL. PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. REEXAME SOBRE A MATÉRIA FÁTICA E ELEMENTOS DE PROVA ESGOTADO. CASO EM QUE SE AMOLDA À NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC 126.292/SP), RATIFICADA POR OCASIÃO DO INDEFERIMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES OBJETO DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44 – Inviável o acolhimento da excludente de ilicitude consistente na legítima defesa quando inexistente nos autos provas de que as agressões praticadas contra a vítima ocorreram nos moldes do art. 25 do Código Penal – A simples alegação do agressor de que agiu em legítima defesa não autoriza que se reconheça a excludente de ilicitude, por força da parte inicial do art. 156 do Código de Processo Penal – Confirmada ou decretada a condenação neste Juízo ad quem, admite-se a execução provisória da pena, tendo em vista o esgotamento do revolvimento da matéria fática e dos elementos de prova, à luz do princípio do duplo grau de jurisdição, sem que se possa falar em afronta ao princípio da presunção de inocência, seguindo o entendimento do

Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 126.292/SP, ratificando quando o indeferimento das medidas cautelares objeto das ADCs 43 e 44 – Parecer da PGJ pelo conhecimento e desprovimento do recurso – Recurso conhecido e desprovido.

(TJ-SC APR: 0033470-22.2014.8.24.0023 Capital 0033470-22.2014.8.24.0023, Relator: Carlos Alberto Civinski, Data de Julgamento: 21/06/2018, Primeira Câmara Criminal)

O entendimento do Tribunal é de que a simples alegação do imputado de que agiu em legítima defesa não autoriza que seja reconhecida a excludente de ilicitude com base no disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal. No entanto, esquece-se o Relator que, como demonstrado anteriormente, é quem acusa que se torna encarregado de afastar a hipótese da legítima defesa e não o acusado de comprovar a existência de tal excludente, de forma que assim como este, os demais entendimentos acima mencionados não merecem prosperar.

4.2 Posição Minoritária

A exposição jurisprudencial do tópico anterior corrobora o erro crasso apresentado no decorrer do presente artigo, são decisões de cunho autoritário, inquisitorial, policialesco que além de fazerem uma distribuição cristalina das cargas probatórias materializa o desrespeito às normas fundamentais trazidas por nossa carta magna vigente. É oportuno consignar, que assim como qualquer pensamento, há posicionamentos contrários e em razão disso os preceitos constitucionais ainda que minoritariamente são respeitados.

Neste diapasão, a seleção jurisprudencial a seguir evidencia a correta aplicação do ônus da prova, o respeito a presunção de inocência e consagra o princípio do *in dubio pro reo* quando ao pairar dúvida sobre a materialidade de um delito absolvido foi o acusado. Assim como no tópico anterior em que foram dissecadas decisões de Tribunais de Justiça, de Tribunais Regionais Federais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal aqui também o será, com o objetivo de demonstrar que em todos os graus de jurisdição e órgãos do poder judiciário podemos encontrar os posicionamentos contrários.

Ao analisar a seara jurisprudencial, percebe-se que em diversos julgados de diferentes tipos penais há efetiva proteção do débil frente aos arbítrios do poder estatal, uma vez que, há uma gama extensa de decisões neste sentido. O que a contrário senso não ocorre em decisões que versem sobre excludentes de ilicitude, mais precisamente em decisões que versem sobre alegação de legítima defesa. O que parece exsurgir no campo jurisprudencial é um “respeito seletivo”, ora, em

determinados delitos aplicam-se os princípios acima mencionados e em outros não? Senão vejamos.

De início, temos o seguinte julgado do TJ- SC:

APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI N. 10.826/03). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DA ACUSAÇÃO. PLEITO CONDENATÓRIO. NÃO ACOLHIMENTO. FUNDADAS DÚVIDAS SOBRE A EXISTÊNCIA DA CAUSA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE RECONHECIDA PELO TOGADO SINGULAR. EXEGESE DO ART. 386, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, IN FINE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. "Diante da Lei n. 11.690/08, que alterou o art. 386, VI, do Código de Processo Penal, a 'fundada dúvida' sobre a existência de 'circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena' impõe o seu reconhecimento, com fulcro nos princípios da presunção da inocência e do in dubio pro reo"

(TJ-SC - APR: 00124067120158240038 Joinville 0012406-71.2015.8.24.0038, Relator: Sidney Eloy Dalabrida, Data de Julgamento: 17/10/2019, Quarta Câmara Criminal)

Trata-se, da suposta prática do delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e munições de uso permitido, tese sustentada pelo MP em que a acusada alegou ter agido sob o manto da excludente de culpabilidade de coação moral irresistível. O juiz singular acolheu a tese da acusada no sentido de que a despeito de estarem comprovadas autoria e materialidade a acusada estaria amparada por excludente de culpabilidade. O interessante neste julgado é que o MP parece desconhecer o sistema acusatório, uma vez que, em sede de apelação sustentou que a defesa não logrou demonstrar de forma efetiva a presença da excludente de culpabilidade.

Ora, o ônus de provar algo é daquele que alega, se o MP alegou a prática de um delito ele que utilize de todos os mecanismos processuais possíveis para destruir a tese defensiva, uma vez que, presumidamente inocente a acusada nada há de provar, apenas assumindo o risco de ter uma sentença desfavorável pela perda da chance de se liberar de uma carga, leia-se direito e não dever.

Apesar de ser manifestamente inquisitorial, o código de processo penal possui dispositivos que freiam os arbítrios do poder estatal, senão vejamos. Fundado no art. 386, VI do CPP o recurso de apelação teve seu provimento negado por maioria dos votos, pois o juiz deve absolver o réu caso provada causa que exclua o crime por

meio da ilicitude ou da culpabilidade. Ainda assim, havendo dúvida razoável esta resolve-se em benefício do acusado. Ou seja, é causa de absolvição tanto a prova certa da presença de uma excludente quanto sua dúvida razoável (STRECK, 2017). Sob mesmo entendimento está o TRF-4:

PENAL. PROCESSO PENAL. DANO QUALIFICADO. ARTIGO 163, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. CONJUNTO PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE DOLO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 1. A teor do que dispõe o art. 156 do CPP, é do órgão acusatório o ônus de provar a responsabilidade penal do réu, não sendo admitida a sua inversão, tendo em vista o postulado constitucional da presunção de inocência. 2. Da prova judicializada não emerge a necessária certeza para autenticar o agir doloso do réu com relação ao crime de dano qualificado, de sorte que o inconformismo da acusação não reclama trânsito. 3. Mantida a absolvição do réu, forte no que preceitua o artigo 386, incisos III, do Código de Processo Penal.

(TRF-4 - ACR: 50079869120124047002 PR 5007986-91.2012.4.04.7002, Relator: LUIZ CARLOS CANALLI, Data de Julgamento: 17/03/2020, SÉTIMA TURMA)

Apenas por amor ao debate, explana-se o julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª região, com vistas a mostrar o entendimento uniformizado que vem se consolidando sobre a força da presunção de inocência no ônus probatório. No entanto, assevera-se que as decisões em sede de excludente de ilicitude continuam sob a égide errônea de um processo penal punitivista, que consagra uma presunção de culpa pautado em panprincipiologismos.

No mesmo sentido inclina-se a decisão monocrática exarada pelo STJ:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.080.471 - MG (2017/0085248-2) RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA AGRAVANTE: ADRIANO RAMOS DE SOUZA ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 156 DO CPP. INDEVIDA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. DECISÃO RECORRIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.

568/STJ. DEMAIS TEMAS PREJUDICADOS. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. DECISÃO. Assevera, ainda, negativa de vigência ao artigo 156 do Código de Processo Penal, ao fundamento de que "o ônus da prova a respeito da imputação do crime é atribuído, exclusivamente, ao órgão da acusação". Acrescenta que "o simples fato do réu negar a autoria do ilícito em seu interrogatório ou, como in casu, assumir postura diversa da que lhe foi imputada na denúncia, não traz para si a responsabilidade exclusiva de ter que provar sua inocência ou a condição que alega ser verdadeira".

(STJ - AREsp: 1080471 MG 2017/0085248-2, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Publicação: DJ 17/05/2017)

Em suma, este julgado versa sobre a suposta prática do delito de tráfico de drogas. No entanto, o que merece destaque aqui é a correta aplicação do art. 156 do CPP. Senão vejamos, em muitas decisões de caráter inquisitorial e punitivista, tais quais as do tópico anterior tal dispositivo recebe uma interpretação errônea e diversa da que lhe deve ser dada, no sentido de que se o ônus da prova de um fato é de quem alega, então o réu deveria provar sua inocência. Ocorre que, como já discutido, no processo penal não há distribuição de cargas probatórias razão pela qual o dever de produzir provas está todo nas mãos do *parquet*.

Ora, quem faz a primeira alegação é o MP, seja por meio da denúncia ou da queixa então é aquele que incumbe provar suas alegações. E caso o réu faça alegações em sua defesa, não teria de provar já que alegou? Não, uma vez que, já é presumidamente inocente. Contudo, reitera-se que tal entendimento em sede de alegação de excludente de ilicitude não parece emergir.

Dado o explanado até aqui já se sabe que a carga do acusador é de provar o alegado, logo, deve provar que alguém (autoria) praticou um crime previsto no código penal (materialidade) e um dos requisitos para a configuração de um crime é justamente a ilicitude, ou seja, deve provar inclusive a não existência de causa excludente de ilicitude. Diante do exposto, indaga-se novamente: O respeito às normas no processo penal é seletivo? Leia-se, há mitigação da presunção de inocência? Há incorreta distribuição do ônus da prova? (MIRZA, 2010)

Filiado ao mesmo entendimento está o STF:

PENAL E PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE
CONDENAÇÃO FUNDADA SOMENTE EM ELEMENTOS

INFORMATIVOS OBTIDOS NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL NÃO CORROBORADOS EM JUÍZO. OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. AÇÃO PENAL IMPROCEDENTE. 1. A presunção de inocência exige, para ser afastada, um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal. No sistema acusatório brasileiro, o ônus da prova é do Ministério Público, sendo imprescindíveis provas efetivas do alegado, produzidas sob o manto do contraditório e da ampla defesa, para a atribuição definitiva ao réu, de qualquer prática de conduta delitiva, sob pena de simulada e inconstitucional inversão do ônus da prova. 2. Inexistência de provas produzidas pelo Ministério Público na instrução processual ou de confirmação em juízo de elemento seguro obtido na fase inquisitorial e apto a afastar dúvida razoável no tocante à culpabilidade do réu. 3. Improcedência da ação penal. (AP 883, Relator (a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 20/03/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 11-05-2018 PUBLIC 14-05-2018)

(STF - AP: 883 DF - DISTRITO FEDERAL 9998517-79.2014.1.00.0000, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 20/03/2018, Primeira Turma)

Impende destacar mais um julgado recente sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, o interessante aqui é a observância a dupla conformidade que ocorre quando há uma análise à luz da constituição e à luz de convenções internacionais que versam sobre os Direitos do homem, no julgado em tela fora utilizada a Declaração do Homem e do Cidadão.

Por derradeiro após a análise de julgados em diferentes graus de jurisdição, mister se faz analisar o cerne da questão, qual seja: o ônus da prova na legítima defesa. Bom, o entendimento sedimentado e majoritário como visto no tópico anterior é no sentido de que o réu tem de provar sua inocência, deve fazer estarem presentes os requisitos da legítima defesa de forma inequívoca, caso contrário será condenado. Foram analisados diversos julgados, mas o julgado a seguir deverá servir como modelo para os que movimentam o maquinário judicial, senão vejamos:

RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL – DELITOS DE AMEAÇA E LESÃO CORPORAL EM ÂMBITO DOMÉSTICO – ABSOLVIÇÃO

DO ACUSADO COM LASTRO NA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA E LEGÍTIMA DEFESA – INCONFORMISMO DO PARQUET – ALMEJADA CONDENAÇÃO – SUPOSTA EXISTÊNCIA DE PROVAS A INDICAR A AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS – APONTADA AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA EXCLUDENTE DE ILICITUDE – IMPROCEDÊNCIA – AGRESSÃO PREDECESSORA DA VÍTIMA MEDIANTE USO DE ARMA BRANCA – ACUSADO QUE EMPREGA MODERADAMENTE MEIO NECESSÁRIO À SUA DEFESA – PALAVRA DA VÍTIMA NÃO DOTADA DE VEROSSIMILHANÇA E COESÃO – CARACTERIZAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA – ART. 25, CP – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS A CERTIFICAR A AMEAÇA – NÃO AFERIÇÃO DO EFETIVO TEMOR EXIGÍVEL À CARACTERIZAÇÃO DO CRIME – RELATO PRIMEVO DA VÍTIMA NÃO REPISADO EM JUÍZO – ART. 155, CPP – “IN DUBIO PRO REO” – RECURSO DESPROVIDO. 1. Aflorando dos autos que a conduta do acusado encontra cerne na existência de uma injusta agressão, vindo este a empregar o meio posto à sua disposição, moderadamente, com o fito de repreender a ação ilegítima da ofendida e fazer cessar o embate entre eles, descabe excogitar de sua antijuridicidade, mercê da caracterização da legítima defesa [art. 25 do Estatuto Repressor]. 2. Não repisadas sob o crivo do contraditório as provas produzidas durante a fase inquisitiva, milita em favor do réu a presunção de inocência [art. 155, CPP], máxime quando ausentes elementos a certificar o efetivo temor incutido à vítima, dada a não reiteração de seu depoimento em juízo, a impor, à luz do sistema acusatório, a manutenção do decreto de absolvição quanto ao delito de ameaça, em vassalagem ao “in dubio pro reo”. (Ap 154512/2016, DES. ALBERTO FERREIRA DE SOUZA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 08/02/2017, Publicado no DJE 16/02/2017)

A recente decisão foi exarada pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso e possui diversos pontos importantes. Em primeiro grau a magistrada reconheceu a presença de excludente de ilicitude de legítima defesa, inconformado o MP interpôs apelação no sentido de que a magistrada teria se equivocado ao proferir a decisão, no entanto o recurso foi desprovido, uma vez que, o réu sofreu injusta agressão sendo atingido com golpes de arma branca, para repeli-la usou-se de meio necessário.

O MP não conseguiu lograr êxito em sua pretensão punitiva, da produção de provas não restou configurado o ilícito por parte do acusado e por insuficiência probatória foi aplicado o *in dúbio pro reo*. Esta decisão materializa o sistema acusatório, haja vista, que foram respeitadas as regras do jogo e cada órgão cumpriu sua função jurisdicional, a presunção de inocência se fez presente. Infelizmente, raras são as decisões neste sentido e o que se alastra por nosso judiciário é cada vez mais a crença em um direito penal do inimigo.

4.3 Eficácia Do Instituto Da Legítima Defesa

Diante do cenário acima explanado, em tempo hábil e por derradeiro indaga-se: há eficácia em tal instituto? Bom, a palavra eficácia é um substantivo feminino que significa a qualidade daquilo que alcança os resultados planejados ou a característica do que produz os efeitos esperados. Ora, dito isso, se lembrarmos do intuito da criação de tal instituto pelo código penal, qual seja, a de fazer com que alguém que sofreu uma injusta agressão não seja penalizado por apenas ter protegido seu bem jurídico mais precioso, a vida, percebemos que a eficácia do instituto seria que a acusação provasse ter o réu não agido sob o manto de excludente de ilicitude, e portanto surgindo uma perspectiva de condenação ou em não conseguindo provar tal condição, surgindo uma perspectiva de absolvição.

Então, a resposta que melhor se encaixa para o questionamento é não. Não há como haver eficácia em algo que não produz os efeitos esperados. Conforme exposto nos tópicos acima, distribui-se um ônus que não deveria ser distribuído, relativiza-se uma presunção que não deveria ser relativizada, presume-se culpado àquele que deveria ser presumidamente inocente até o trânsito em julgado e o resultado deste emaranhado de deturpações é uma palavra polissêmica, injustiça. São tempos difíceis, a melhor definição para o cenário do processo penal atual é lobo em pele de cordeiro.

Por baixo da pele do sistema acusatório sobrevive um lobo feroz, conforme Lopes Jr (2015) chamado sistema inquisitório, este lobo possui enraizado em si um vírus, de alto nível de contaminação, que se alastra sorrateira e silenciosamente e que possui por grupo de risco aqueles que ainda veem o processo penal como instrumento de punição, que veem o réu como um inimigo da sociedade, fazendo com que *in dúbio pro societate* seja considerado princípio.

5 CONCLUSÃO

Ao fim da trajetória do presente trabalho, ressalta-se a necessidade do Poder Judiciário primar pelo que consta na Carta Magna deste país, especialmente no tocante ao respeito das garantias fundamentais. Para isso, o primeiro passo é que o processo penal seja entendido como um mecanismo de proteção aos direitos do réu

frente aos arbítrios do poder estatal, tendo em vista que não se deve mais prevalecer o regime autoritário no qual cabe a defesa a obrigação de provar a inocência do acusado, quando na verdade cabe ao imputado, de forma facultativa e não obrigatória, apenas o aproveitamento de chances processuais em busca de uma absolvição.

Baseada nessa percepção, a compreensão é no sentido de que no sistema acusatório vigente no Brasil o ônus da prova deve ser exclusivo da parte que acusa, a qual de forma imperiosa, para afastar a Presunção de Inocência garantida constitucionalmente ao débil, deverá produzir provas efetivas do que alegar na denúncia ou queixa, atribuindo de forma inequívoca ao réu a prática de determinado delito e demonstrando a inexistência de qualquer excludente. Caso não seja esta a atuação do acusador e pare a mínima dúvida quanto a conduta do agente, o Magistrado deverá proferir seu julgamento resguardando o que aduz o Princípio do *In Dubio Pro Reo*.

No entanto, após breve análise doutrinária e jurisprudencial, o que resta comprovado é que corriqueiramente as garantias constitucionais são violadas, fato este que não merece prosperar, mas sim ser superado de forma gradativa pelos Tribunais Superiores brasileiros, os quais são os principais responsáveis e deveriam ser os primeiros interessados em resguardar o que prevê a Constituição Federal, lei suprema vigente no país, da qual decorre todo o ordenamento jurídico do Brasil.

Ou seja, diante de tal equívoco, se faz necessária uma interpretação do artigo 156 do Código de Processo Penal à luz do que prevê a Carta Magna, de tal modo que se torna imprescindível que haja uma retificação do que a doutrina processual penal, em sua maioria, defende sobre o ônus da prova, assim como é de suma importância que os operadores do direito também participem desse processo de renovação na medida em que consigam consagrar jurisprudencialmente o entendimento de que não há que se impor à defesa a inversão ou divisão da carga probatória.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Penal-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Vade mecum**. São Paulo: Rideel, 2020.

_____. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade mecum**. São Paulo: Rideel, 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 1625634 - AL – Alagoas. Agravo em recurso especial nº 1.625.634 - al (2019/0352035-2) Agravante: Cláudio José da Silva Vieira. Advogado: Defensoria Pública do Estado de Alagoas.

Agravado: Ministério Público do Estado de Alagoas. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 14 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/284008637/stj-14-02-2020-pg7271?ref=serp>. Acesso em: 16 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 1080471-MG – Minas Gerais. O ônus da prova a respeito da imputação do crime é atribuído, exclusivamente, ao órgão da acusação. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura, 09 de maio de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/459411439/agravo-em-recurso-especial-aresp-1080471-mg-2017-0085248-2?ref=serp>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Ação Penal 883/DF. No sistema acusatório brasileiro, o ônus da prova é do Ministério Público, sob pena de simulada e inconstitucional inversão do ônus da prova. Inexistência de provas produzidas pelo Ministério Público na instrução processual ou de confirmação em juízo de elemento seguro obtido na fase inquisitorial e apto a afastar dúvida razoável no tocante à culpabilidade do réu. Improcedência da ação penal. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Izalci Lucas Ferreira. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 20 de março de 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768148902/acao-penal-ap-883-df-distrito-federal-9998517-7920141000000/inteiro-teor-768148912?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 1259854 RJ – Rio de Janeiro. Tese subsidiária de legítima defesa que não reúne condições de acolhimento. Firme orientação pretoriana no sentido de atribuir à Defesa o ônus de comprovar a incidência de qualquer excludente de tipicidade, tipo permissivo ou causa de exculpação. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de março de 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/825629437/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1259854-rj-rio-de-janeiro-0008772-6120118190001?ref=serp>. Acesso em: 27 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal 0033470 – SC – Santa Catarina. Primeira Câmara Criminal. Relator: Carlos Alberto Civinski, 21 de junho de 2018. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/593108117/apelacaocriminalapr334702220148240023-capital-0033470-2220148240023?ref=serp>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Criminal 0012406-SC – Santa Catarina. A fundada dúvida sobre a existência de 'circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena' impõe o seu reconhecimento, com fulcro nos princípios da presunção da inocência e do in dubio pro reo. Quarta Câmara

Criminal. Relator: Sidney Eloy Dalabrida, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/773755160/apelacaocriminala124067120158240038joinville-0012406-7120158240038?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso (2. Câmara Criminal). Apelação Criminal 154512/2016. Delitos de ameaça e lesão corporal em âmbito doméstico. Absolvição do acusado com lastro na insuficiência probatória e legítima defesa. Artigos 25, CP e 155, CPP. Milita em favor do réu a presunção de inocência. Acusado que emprega meio moderadamente necessário à sua defesa. Caracterização da legítima defesa. Recurso desprovido. Apelante: Ministério Público. Apelado: Amilton de Jesus. Relator: Des. Alberto Ferreira de Souza, 08 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/431802992/apelacao-apl-17989020148110044-154512-2016/inteiro-teor-431803013?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (5. Turma). Apelação Criminal 8192 - SP - São Paulo. Penal - tráfico internacional de entorpecentes - autoria e materialidade delitiva - comprovação - internacionalidade comprovada - causas excludentes de ilicitude e culpabilidade não caracterizadas. Relator: Des. Luiz Stefanini, 14 de abril de 2014. Disponível em: <https://trf3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25156888/apelacao-criminal-acr-8192-sp-00081928720114036119-trf3?ref=serp>. Acesso em: 18 mar. 2020.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (7. Turma). Apelação Criminal 5007986-PR - Paraná. É do órgão acusatório o ônus de provar a responsabilidade penal do réu, não sendo admitida a sua inversão, tendo em vista o postulado constitucional da presunção de inocência. Mantida a absolvição do réu. Relator: Luiz Carlos Canalli, 17 de março de 2020. Disponível em: <https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/822764125/apelacao-criminal-acr-50079869120124047002-pr-5007986-9120124047002?ref=serp>. Acesso em: 27 mar. 2020.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 9 out. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal 1 - parte geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GONÇALVES, V. E. R. **Curso de direito penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 22. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Réu não deve ser obrigado a provar causa de exclusão da ilicitude**. *Revista Consultor Jurídico*. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-14/limite-penal-reu-nao-obrigado-provar-causa-exclusao-ilicitude>. Acesso em 10 abr. 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; DA SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. **A incompreendida concepção de processo como “situação jurídica”: vida e obra de James Goldschmidt**. *PANOPTICA* (em reformulação), v. 4, n. 3, 2009. Acesso em 09 out. 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**, 12ª edição, São Paulo: Atlas, 2001.

MIRZA, Flávio. Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo in: **Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume V**. Disponível em: http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/processo-justo-o-onus-da-prova-a-luz-dos-principios-da-presuncao-de-inocencia-e-do-indubio-pro-reo#_ftn12. Acesso em: 10 abr. 2020.

MOMOLI, Conrado Augusto; ULGUIM, Jivago Pizarro Schulte. **Culpado até que prove o contrário: breve análise sobre a inversão do ônus da prova no processo penal**. *Revista Interfaces Acadêmica*, v. 9. Acesso em: 13 abr. 2020.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material: Aportes Hermenêuticos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo: uma palavra**. Disponível em: <http://www.regisprado.com.br>. Acesso em: 10 abr. 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF**. *Revista*

Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, p. 201, 2017. Acesso em: 10 abr. 2020.

NOTAS:

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail:*

isamportela@hotmail.com.

[2] Orientador, Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul- PUCRS *E-mail:* gustavomtradv@hotmail.com.

ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL: ESPAÇOS PARA O PONTO DE VISTA DOS PAIS E RESPONSÁVEIS LEGAIS

PEDRO DE SOUZA FIALHO:

Especialista em Direito Público pela FAINOR. Bacharel em Direito pela UESC. Defensor Público do Estado da Bahia.

RESUMO: O estudo enfoca o exercício da ampla defesa e do contraditório nas medidas de proteção de acolhimento institucional. Atento a necessidade de deflagração judicial específica e estabelecimento do ponto de vista dos pais ou responsáveis legais nos processos, através do exercício da defesa. Sustenta a necessidade de superar entendimentos aptos a fragmentar direitos que deveriam ser protegidos pelo próprio processo de acolhimento institucional.

PALAVRAS-CHAVE: Medida de proteção. Acolhimento institucional. Ampla defesa. Contraditório.

ABSTRACT: The study focuses on the exercise of full defense and right to adversary proceedings at the protection measures on institutional hosting. Taking into account the need for specific judicial arrest and establishment of the point of view of the parents or legal guardians in the proceedings, through the exercise of the defense. It supports the need to overcome understandings capable of fragmenting rights that should be protected by the institutional reception process itself.

KEY WORDS: Protection measure. Institutional hosting. Full defense. Right to adversary proceedings.

1. Introdução: o tema, a proposta e sua investigação.

O presente trabalho estuda a medida protetiva de acolhimento institucional de crianças e adolescentes, no específico do exercício da ampla defesa dentro de seu procedimento, problematizando a necessidade de propositura de uma demanda judicial própria e decorrente ciência dos pais e responsáveis quanto ao feito. Dentro desse campo de exploração, avalia-se a (in)autenticidade de alguns modos de aplicação das regras de regência da medida protetiva de acolhimento institucional.

A provocação seria: diante do atual tratamento legal do tema, há necessidade de promover demanda judicial específica para o processamento do acolhimento institucional e, como decorrência de tanto, dar ciência a pais ou responsáveis para exercerem sua defesa no processo?

A investigação tem caráter teórico associado a prática de aplicação dos institutos jurídicos, por se partilhar visão do direito indissociável da realidade. Daí se ter como ponto de partida a avaliação da dogmática alheio ao dogmatismo corriqueiro com o qual se marginalizam visões críticas, sem encerrar o assunto dentro da simples articulação das categorias jurídicas do texto legal em si[1]. Afinal, direito na ausência do real, é abstração a serviço de justificativas inautênticas.

Há análise descritiva e avaliação crítica da dogmática do acolhimento institucional e sua aplicação, observando a construção doutrinária do tema em vista a bibliografia mais comumente utilizada e facilmente acessível pela comunidade jurídica, optando-se pela exclusão de obras especificamente voltadas a preparação para concursos públicos.

Chama especial atenção que das 6 (seis) obras voltadas a avaliação do direito da criança e do adolescente, 5 (cinco) sejam os chamados estatutos da criança e do adolescente comentados, livros cuja metodologia é até certo ponto simplificada, com comentários artigo a artigo de uma determinada legislação, em muitas das vezes sem um maior aprofundamento e problematização dos temas em análise, tudo no intuito de oportunizar uma fonte de consulta mais prática, organizando compreensões sob forte caráter descritivo.

Não se nega que muitos desses livros possuam qualidades e abordem discussões de importância, contudo, será forçoso reconhecer que para fins de análise do acolhimento institucional há um déficit de problematização e questionamentos[2], para além de uma flagrante dissociação quanto a aspectos de caráter fático dentro da compreensão das regras estatutárias.

Como esquema de trabalho o estudo está dividido neste capítulo introdutório, no qual se pretende estabelecer a metodologia empregada, seguindo a capítulo com o traçado conceitual e assento dogmático do acolhimento institucional, descrevendo suas etapas e características essenciais. No terceiro e quarto capítulos, é delineada exposição analítica e crítica da dogmática do acolhimento institucional, observando suas variadas fontes de regulamentação. Não se tem pretensão de fazer exauriente dimensionamento histórico do tema, até pelo objetivo de proceder a uma discussão voltada a aplicação das regras em estudo, e não o esgotamento de uma revisão bibliográfica meramente descritiva. O quinto trecho aborda a discussão em si, com localização específica do problema no contexto das regras discutidas, indicativo da compreensão avaliada como mais adequada e cotejo com aspectos da realidade de fato.

A pretensão é demonstrar que a despeito de opiniões em contrário, a dogmática do acolhimento institucional já determina o estabelecimento de espaços

para instalação do ponto de vista dos pais e responsáveis legais sob a forma de defesa, noção em total ajuste com peculiaridades de caráter fático dos vulneráveis a quem se destinam as medidas de proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. O acolhimento institucional e sua dogmática: *anatomia do assunto.*

Sob o ponto de vista estritamente textual, o acolhimento institucional está inserto como uma das medidas de proteção delineadas no Capítulo II do Título II da Parte Especial do ECA, com assento específico no inc. VII de seu art. 101: é providência instrumental de garantia a direitos violados ou sob ameaça de violação[3].

A primeira menção ao acolhimento institucional se dá já na definição do direito a convivência familiar e comunitária, no §1º do art. 19 do ECA. É o acolhimento institucional[4] instrumento protetivo a ser manejado em eventos de crise extrema na convivência familiar e comunitária, impondo restrições ao exercício do poder familiar[5].

A convivência familiar e comunitária está inserta no segmento dos direitos/garantias de caráter fundamental, detendo fundamentalidade tanto formal quanto material por *proteger o sadio desenvolvimento da personalidade, e a integridade psíquica da criança e do adolescente*[6]. A toda evidência, é via de mão dupla[7], atendendo tanto a criança ou adolescente, quanto a seus pais, responsáveis e parentes, posto que a convivência de uns, é intrínseca e logicamente ligada aos outros.

A gravidade dos eventos a justificar intervenção faz do *acolhimento institucional integral e assegurado na Política Nacional de Assistência Social (PNAS) medida condicionada nos serviços de proteção Social Especial de Alta Complexidade*[8].

No §1º do art. 101 da norma estatutária estão elencadas as características essenciais do acolhimento institucional, sendo de se destacar seu caráter provisório, excepcional e transitório, meio para o retorno a convivência familiar, que não implica de privação a liberdade. Visa proteger e regular não somente a criança ou adolescente em situação de risco, mas o seu próprio núcleo familiar. É instrumento pelo qual se realiza intervenção da rede protetiva da criança e do adolescente com vistas a debelar evento de crise extrema na convivência familiar, sendo utilizável apenas e tão somente quando inexistente outra medida aplicável em paralelo com o exercício pleno do poder familiar.

Os demais parágrafos do artigo 101 – 2º a 12º - formulam um panorama geral da forma de processamento e efetivação da medida de acolhimento institucional, prevendo a dinâmica das reavaliações, a formulação do plano individual de

atendimento, a necessidade de expedição das guias de acolhimento institucional e o prosseguir face a avaliada inadequação de retorno a família de origem.

Também são de importância algumas das disposições constantes do art. 92 e 93 da regra estatutária, a traçar regras para o desempenho das atividades das entidades de acolhimento e o procedimental para acolhimento emergencial, sem decisão judicial prévia a determinar a medida.

Mesmo em acolhimentos realizados face situações de urgência, não se retira a reserva de jurisdição para determinação da medida^[9], que uma vez operacionalizada deverá ser comunicada ao Juízo da Infância e Juventude em 24 (vinte e quatro) horas, passar por vista do Ministério Público para avaliar possibilidade imediata de reintegração familiar, a qual, caso inviável, aciona o proceder comum as medidas acolhimento institucional advindas de decisão judicial prévia, na fórmula do §2º do art. 101.

É justamente nos efeitos seguintes a este estágio – com acolhimento institucional já efetivado, seja com determinação judicial prévia ou referendo judicial posterior – que remanesce a discussão do presente estudo, a qual se fará de modo mais detido em tópico próprio. No momento, é de rigor seguir ao roteiro procedimental hoje delineado no texto estatutário.

Com a retirada da criança ou adolescente do convívio familiar, a medida toma forma com expedição de guia própria e início das estratégias de mais profunda compreensão do caso pela equipe interventora, com formulação do plano individual de atendimento – parágrafos 3º a 6º do art. 101 –, tudo no intuito de executar estratégias de busca pela reinserção familiar através do fortalecimento dos vínculos e melhora nas condições justificantes da intervenção. Frustradas as rotinas para possibilitar a reintegração à família de origem, cabe a equipe de entidade de acolhimento elaborar relatório a ser remetido ao Ministério Público, a quem caberá promover ajuizamento de demanda para suspensão ou destituição do poder familiar, da tutela ou guarda – parágrafos 9º e 10º.

De modo expreso, o procedimental previsto após efetivado o acolhimento dialoga com a figura do juiz, promotor de justiça e equipes interventoras somente com a perspectiva de proteção a criança ou adolescente envolvida em situação de risco. A família de origem, nesse particular colocada como um ente passivo, a receber as intervenções positivas no sentido de melhora de suas condições, mas sem um papel específico quanto ao processo judicial em curso.

As regras do ECA quanto à matéria foram substancialmente modificadas nos últimos tempos e têm destacada influência e orientação do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência

Familiar e Comunitária, complementando-se ainda por regulamentos do Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público, sendo de rigor analisar essas normas.

Ainda, mesmo não sendo da pretensão do presente trabalho investigar profundamente o histórico de construção legislativa, é de importância avaliar a evolução das regras postas sob análise em razão de suas substanciais alterações ao longo dos últimos tempos.

3.O tempo e as fontes que regem o acolhimento institucional: *de quando e onde vieram as regras?*

Na redação original do ECA, datada de 1990, o acolhimento institucional ou familiar e seu procedimento de realização se articulava apenas com uma regra geral quanto a prevalência da família natural – *caput* do art. 19 -; definição de princípios das entidades de acolhimento e condição de guardião de seu dirigente – art. 92[10] -; autorização para acolhimento emergencial – art. 93, *caput* -; regra geral de aplicação das medidas de proteção - art. 100, *caput* - definição de critérios da medida de proteção de acolhimento – parágrafo único do art. 101.

O capítulo III do Título VI do ECA, ao elencar procedimentos[11] específicos apenas o faz para perda ou suspensão do poder familiar – art. 155 a 163 -; destituição de tutela – art. 164 -; colocação em família substituta – art. 165 a 170 -; apuração de ato infracional – art. 171 a 190 -; infiltração de agentes de polícia para investigação de crimes contra dignidade sexual – art. 190-A a 190-E -; apuração de irregularidade em entidade de atendimento – art. 191 a 193 -; apuração de infração administrativa – art. 194 a 197 -; habilitação de pretendentes à adoção – 197-A a 197-F. Não há previsão de um procedimento próprio para o desenrolar das medidas protetivas de acolhimento institucional.

Toda a definição quanto a possibilidades de acolhimento, sua disciplina e propósitos de aplicação, bem como o desenrolar de atos seguintes a retirada, remanescia em conjunto sintético de normas a articular conceitos genéricos e expressões de forte teor principiológico, sem estabelecer procedimento específico a seguir. Havia um patente déficit de regulamentação no tema.

Quase 10 (dez) anos após a edição e promulgação do estatuto, a lei de nº 12.010/09 – Lei Nacional de Adoção - inicia processo de reforma no texto no tocante a matéria, com substancial acréscimo a melhor definir e organizar o acolhimento institucional. Mais adequado seria chama-la Lei de Convivência Familiar[12] já que em verdade, as alterações realizadas restaram por tornar o procedimento de adoção mais rigoroso e estabelecer melhores termos para o acolhimento institucional, firmando a tônica de que a colocação em família substituta é a última das medidas a

ser buscada na tutela dos interesses do acolhido.[13] Cabe destacar suas mudanças artigo a artigo.

Ao art. 19 – regra base da convivência familiar e comunitária – foram acrescentados os parágrafos primeiro, segundo e terceiro, inaugurando o conjunto de limitadores temporais das medidas protetivas de acolhimento, passando a prever a reavaliação semestral, prazo máximo de acolhimento institucional em até 2 (dois) anos e prevalência da manutenção dos vínculos de origem.

No art. 92 houve reestruturação redacional das normas-princípio, tornando expressa a noção de reintegração familiar e família extensa, inserindo 5 (cinco) novos parágrafos a melhor definir responsabilidades e deveres das entidades de acolhimento, com previsão de prazo mínimo para remessa de relatório circunstanciado. Ao *caput* do art. 93 se deu nova redação, acrescentando parágrafo único para melhor articular o acolhimento emergencial, sem determinação judicial prévia, mas vinculado aos critérios e procedimentos decorrentes do controle pelo juízo da infância e juventude.

Ao art. 100 foi acrescentado parágrafo único, com 12 (doze) princípios a reger a aplicação das medidas específicas de proteção; ao tempo que no art. 101 houve substituição de seu parágrafo único por 12 (doze) novos parágrafos, definindo uma espécie de procedimento para a tramitação do acolhimento institucional. Destaque-se a inclusão dos instrumentos de controle pelo Conselho Nacional de Justiça, com expedição da guia de acolhimento, além da edição do plano individual de atendimento, definindo de modo expresso o caráter judicial e contencioso da medida.

Esse texto passaria por novo aperfeiçoamento alguns anos depois, por intermédio das Leis de nº 13.257/16 – Estatuto da Primeira Infância - e 13.509/17. De especial simbologia a reforma realizada pelo EPI no *caput* do art. 19 com retirada da estigmatizante[14] expressão *ambiente livre de presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes*, bem como o ajuste redacional de seu §3º e do inciso IV do art. 101 substituindo a expressão *orientação e auxílio* por *proteção, apoio e promoção*. Há verdadeiro deslocamento conceitual de uma noção punitiva para uma perspectiva protetiva, a observar a questão do uso de entorpecentes como tema de saúde pública.

Coube a Lei de nº 13.509/17 proceder a ajuste nas balizas temporais da institucionalização, no intuito de acelerar a definição quanto a reinserção familiar ou início das estratégias de colocação em família substituta. Daí vem nova alteração dos parágrafos 1º e 2º do art. 19 do ECA, reduzindo o prazo de reavaliação de 6 (seis)

para 3 (três) meses e o limite temporal para permanência do acolhido em entidade de 2 (dois) anos para 18 (dezoito) meses.

Mesmo depois de todo o extenso aperfeiçoamento legislativo da última década, não se estabeleceu um procedimento específico para a aplicação e processamento da medida de proteção de acolhimento institucional, permanecendo sem qualquer acréscimo o Capítulo III do Título VI da norma estatutária.

O acervo normativo não remanesce exclusivamente no texto da regra estatutária. Há essencial influência de outros instrumentos, sendo de especial se destacar o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, as Orientações Técnicas dos Conselhos Nacionais da Criança e do Adolescente e de Assistência Social, a resolução de nº 71 do CNMP, a Instrução Normativa de nº 02 e Provimento de nº 32 do CNJ.

Especial destaque para o Plano Nacional, marco de ruptura na cultura de institucionalização a reger a execução das políticas públicas voltadas a convivência familiar no Brasil. O documento fomenta o fortalecimento das práticas de preservação dos vínculos familiares e comunitários, com preservação do papel do poder público como ente a atuar em preservação aos interesses de toda a família[15].

O documento é datado do ano de 2006, claramente inspira muitas das mudanças que se viriam realizar por intermédio da Lei Nacional de Adoção no ano de 2010, sistematizando obrigações e ações do sistema de proteção em prioridade a preservação da família de origem[16], restringindo o pedido de providências, preservando a ampla defesa e contraditório, bem como (re)estabelecendo uma melhor coordenação e definição nos papéis do Judiciário e do Ministério Público[17].

Os atos de regulamentação dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e da Justiça são editados entre os anos de 2010 a 2013, avançam na indicação das etapas de atuação de suas carreiras dentro da rotina do acolhimento institucional, em última análise, elucidam e acrescentam ao procedimento estabelecido nos parágrafos 2º a 12º do art. 101 do ECA.

A Resolução 71 do CNMP impõe ao Promotor zelar pelo prazo de reavaliação (art. 3º) e indica pela formalização judicial em ação própria para o decorrer do acolhimento (art. 4º); a seu turno, o Provimento de nº 32 do CNJ estabelece o roteiro de realização das chamadas audiências concentradas, ato judicial sugestionado ao Magistrado como momento para reavaliar as medidas em curso com participação dos atores da rede de proteção.

Seja a previsão de uma audiência para reavaliação, com ampla participação dos envolvidos nas gestões do acolhimento, ou indicativo pela propositura de ação

própria por parte do Ministério Público, são noções aferíveis diante de alguns dos conceitos e características definidas no texto estatutário, porém, não há especificação minudente e com a imperiosidade afeta ao texto legal quanto a realização dessas etapas.

Há deslocamento do campo de regulamentação específica da matéria, com a lei sendo complementada por outros instrumentos normativos, situação que, se não está vedada, não labora no melhor da segurança jurídica.

A legislação sob análise é recente, o ECA é de 1990, as alterações da Lei Nacional de Adoção datam de 2009, ou seja, tem-se em observação uma legislação com menos de 10 (dez) anos de aplicação por parte do sistema de justiça, ainda em franco processo de amadurecimento e demandando continuada avaliação e estudo.

4.O aperfeiçoamento das regras do acolhimento institucional: *posicionando a reintegração familiar.*

O regramento sob análise está em evidenciado processo de aperfeiçoamento legislativo, muitas de suas conceituações e percepções carecem da formação de consensos interpretativos na comunidade jurídica, e mesmo do estabelecimento de regras mais seguras e coordenadas com a complexa realidade de fatos que se busca regular. Isso se infere não somente da condição temporal das regras avaliadas, cujo texto não ultrapassa sequer 1 (uma) década, mas da própria noção de incompletude legislativa na definição de suas etapas e atos judiciais.

A toda evidência, o atual estágio de conformidade legislativa de processamento da medida de acolhimento institucional previu etapas e atos sempre dentro da perspectiva interventora, estabelecendo quanto aos pais e responsáveis papel passivo e a rigor extraprocessual, resguardando os rigorismos e formalidades à avaliação mais grave que justifique medidas de ablação do poder familiar – destituição e suspensão.

A família de origem tem definição expressa de seus direitos, como se pode notar da garantia do contraditório e ampla defesa – parte final do §2º do art. 101 – princípios da intervenção mínima, proporcionalidade e atualidade, prevalência da família, oitiva obrigatória e participação, todos constantes dos incisos VII, VIII, X e XII do art. 100. É indubitosa e de especial importância a perspectiva de uma atividade voltada sempre a reintegração familiar como proposta fundamental da intervenção, com o escalonamento de etapas e atividades aptas a alcançar esse propósito.

A colocação do ponto de vista familiar face o processo judicial, contudo, não é estabelecida e configurada de modo minudente. Não se firmou de modo expresso um procedimento específico ou etapas dentro do procedimento posto, com atos

determinados e uma programação certa para o exercício da ampla defesa e do contraditório[18]. O acolhimento institucional termina posicionado como a antessala das demandas extremas de suspensão ou destituição do poder familiar, da guarda ou da tutela, sendo que a todos esses meios se prescreve e reconhece um papel mais ativo da família – ali na condição de ré – no sentido de mensurar a (im)pertinência do afastamento[19].

O conjunto normativo aqui indicado não se coordena de modo adequado com características previstas na definição do próprio acolhimento institucional, dando azo a produção de compreensões inautênticas quanto ao proceder desta medida de proteção. O quanto estabelecido de procedimento para a medida protetiva de acolhimento institucional, dialogou de modo específico e direto apenas com as perspectivas interventoras que buscam debelar a crise na convivência familiar e comunitária e tutelar a criança ou adolescente em situação de risco.

É essencial avaliar de modo mais detido uma conformação procedimental apta a associar a perceptiva protetiva ao exercício efetivo da defesa e do contraditório e participação efetiva da família de origem nos termos do processo de acolhimento institucional.

Como se pretende demonstrar tal perspectiva não é fruto de mera compreensão distanciada da disciplina específica do tema, ou firmada somente com uma avaliação geral acerca do direito de defesa, ao revés, é de definições específicas constantes nos mesmos artigos 93 e 101 do ECA, bem como demais regramentos correlatos, que se pode perceber a necessidade de processar as medidas protetivas de acolhimento institucional por meio de ação própria com consequente citação e específico exercício de defesa dos familiares despojados da convivência familiar.

5.Isolando o problema: encontrando o espaço da defesa no processo.

A caracterização essencial do acolhimento institucional consta no §2º do art. 101 da norma estatutária, com os seguintes elementos: (a) afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar; (b) competência exclusiva da autoridade judiciária; (c) deflagração de procedimento judicial contencioso; (d) garantia de ampla defesa e contraditório aos pais ou responsáveis legais.

Tais características são comuns a medida decorrente de determinação judicial ou operacionalizada em caráter de urgência, sem decisão prévia do juízo competente, assim se compreende tanto pela parte inicial do próprio §2º - *sem prejuízo da tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual* –, mas também pelo texto do parágrafo único do art. 93, a definir que, realizado o afastamento em caráter emergencial, será comunicado o Juízo da Infância e Juventude, realizada oitiva do Ministério Público e avaliação imediata da

possibilidade reintegração familiar. Caso não recomendável a pronta reintegração haverá *encaminhamento a programa de acolhimento familiar, institucional ou família substituta, observado o §2º do art. 101 desta Lei.*

Toda e qualquer medida de proteção de acolhimento institucional, seja por cumprimento de decisão judicial ou decorrente de situação emergencial, está circunscrita as noções elementares do §2º do art. 101 do ECA.

Não há maiores controvérsias quanto a reserva de jurisdição ou se tratar de evento no qual há afastamento de criança ou adolescente do convívio familiar, remanesce discussão e necessidade de estudo quanto a seu caráter judicial contencioso e extensão da ampla defesa e contraditório dos pais ou representantes legais.

É que há quem argumente ser dispensável a propositura de procedimento judicial contencioso, por parte do Ministério Público ou legítimo interessado, como resultado direto do acolhimento institucional, nem mesmo se prestando a indicar a necessidade, de que em tais casos, houvesse sequer citação ou qualquer tipo de notificação dos pais ou responsáveis para conhecer do feito e quanto a ele se manifestar.

Questão que deve ser colocada para fins de reflexão consiste em saber se, para a determinação do afastamento da família de origem, mediante aplicação das medidas de acolhimento institucional ou familiar - que, como já visto, somente poderá se dar mediante ordem judicial -, a lei impõe, à luz do disposto no art. 101, §2º, parte final do ECA, a imediata instauração, em qualquer hipótese, pelo membro do Ministério Público, de procedimento judicial contencioso.

A resposta deve ser negativa. A deflagração imediata deste procedimento somente se faz necessária e urgente quanto à vista dos elementos apurados, restar verificada a oposição dos pais ou responsáveis legais à aplicação da medida, caso em que o membro do *Parquet* deverá estar munido de todas as informações necessárias à formação de seu convencimento. Frise-se que a lei não fica prazo para a instauração deste processo, sendo possível e recomendável, ao Ministério Público, em

não havendo oposição dos pais ao acolhimento, aguardar a vinda dos relatórios institucionais, a que se refere o §1º do art. 19 do ECA para, então, avaliar as providências de caráter judicial mais adequadas à espécie[20].

Em sentido bastante similar, Nucci argumenta que a *deflagração de procedimento judicial contencioso*, teria como referência as medidas de suspensão ou destituição do poder familiar, guarda ou tutela[21], em avaliação bastante restrita e um tanto descontextualizada da regra estatutária.

Sem pretensão de encerrar uma revisão bibliográfica sobre o tema, é sintomático que esta controvérsia não seja abordada em boa parte dos livros, nos quais o acolhimento institucional é abordado com um traçado descritivo de seus elementos e características, pouco articuladas com o sistema normativo do ECA como um todo ou com a perspectiva prática de sua aplicação. Assim nos comentários de Eduardo Rezende de Melo[22], nos Estatutos da Criança e do Adolescente comentados de Válter Kenji Ishida[23], Paulo Lépore, Luciano Rossato e Rogério Sanches[24] e Paulo Henrique Aranda Fuller[25].

A compreensão mais adequada do tema seria pela propositura de demanda própria para o processamento do acolhimento institucional, ou, ao menos, formalização de ato para ciência formal da medida de proteção, dando espaço ao exercício da defesa. Assim se observa tanto por justificantes de ordem dogmática quanto factuais, as quais se passa a abordar.

5.1 Justificantes de ordem dogmática: em busca da compreensão adequada perdida.

O acolhimento institucional pode ser resultado de uma decisão judicial – aplicação isolada do art. 101, inv. VII do ECA –, caso em que a lógica indicaria por uma dedução antecedente. Corriqueiramente, o legitimado para pedidos de aplicação de medida de proteção de acolhimento institucional os cumula a busca e apreensão, suspensão ou destituição de poder familiar, guarda ou tutela. A associação do pedido de medida de proteção a outros pedidos termina por ordenar adequadamente a judicialização, formando uma demanda específica com necessária notificação de réus para exercerem defesa.

Distinta é a hipótese dos acolhimentos decorrentes de situações emergenciais – aplicação do art. 93 do ECA – em que, a efetivação inicial da retirada da criança e do adolescente é alheia a uma decisão judicial que a determine. Nessas hipóteses, há quem compreenda que efetivado o acolhimento institucional, é de se seguir a

expedição de guia de acolhimento, sem dedução judicial específica ou ato a cientificar pais ou responsáveis legais.

É preciso atentar para o diálogo entre as disposições afetas ao acolhimento emergencial e o determinado por decisão judicial, com tudo quanto disciplinado no §2º do art. 101. Mesmo a medida de proteção de acolhimento institucional emergencial deve tomar curso com a *deflagração de processo judicial contencioso*.

A regra acolhe a possibilidade de *medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual*, inclusive com afastamento do agressor da moradia comum – art. 130 –, sendo expressa ao indicar que, havendo afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar, tal determinação é de competência exclusiva da autoridade judiciária.

Realização da medida de acolhimento por autoridade distinta do Juiz, deverá ser por este referendada a posteriori, decorrendo de pronto consequência lógica indissociável:

[...] a deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Três premissas essenciais se colocam: (1) competência exclusiva da autoridade judiciária para sua determinação; (2) a necessidade de deflagração de procedimento contencioso por quem detenha legitimidade para tanto; (3) a participação de pais ou responsável legal exercendo defesa.

O procedimento de caráter *judicial contencioso* a ser *deflagrado* pelo *Ministério Público* ou [...] *quem tenha legítimo interesse*, naturalmente conduz a formação de processo judicial com polos opostos – autor e réu –, e exercício regular de defesa por meio de conhecimento ao processo (citação) e posterior manifestação defensiva (resposta/contestação).

Há partes e um conflito – no caso, entre o legitimado a pleitear o acolhimento e o pai/mãe ou responsável de quem foi retirada a criança – instalando-se assim a tônica de litigiosidade, da qual inescapável a necessária observação aos meios e possibilidades de exercício da defesa.

O caráter contencioso diz com a forma de jurisdição a ser exercida, em dicotomia a chamada jurisdição voluntária. Sem pretender imiscuir na controvérsia das características desses tipos de jurisdição, na contenciosa se dá trato a disputa

por partes distintas, instalando-se conflito, litígio e disputa a ser solucionada por intervenção imperativa e substitutiva do Poder Judiciário. A instalação de conflito na jurisdição contenciosa é característica para a qual há absoluto consenso doutrinário[26].

Não é pouco que o texto estatutário tenha expresso a natureza da jurisdição exercida. Tal destaque conduz inafastável caracterização de conflito, litigiosidade, tornando indispensável a participação de todos os envolvidos para a formação do conjunto de decisões do processo. É superação do paradigma histórico a concentrar sob a figura do então chamado “Juiz de menores” amplo poder de retirada e entrega de crianças ou adolescentes em condição de risco.

Toda medida de proteção de acolhimento institucional, por mais que labore no interesse da criança ou do adolescente a ser protegido e se volte às intervenções em benefício à família de origem, instala evidente dissenso entre o exercício do poder familiar no aspecto da convivência familiar e a restrição a esse direito pela retirada com fins de proteção. Se presente a nota da contenciosidade, é indispensável a propositura de demanda própria – *deflagrar* – por quem detenha o legítimo interesse na tutela protetiva.

Nem mesmo a eventual condição de aceite a intervenção por parte da família de origem deve orientar a *deflagração* ou não de demanda própria. Não há uma única regra no texto estatutário que autorize esta compreensão, inexistindo qualquer mecânica procedimental a tornar desnecessária adequada judicialização de intervenção judicial restritiva a direito. Tanto assim o é, que o *reconhecimento do pedido* no processo civil não traduz qualquer prescindibilidade de formalização da demanda.

Acaso houvesse aceite de parte da família de origem com o afastamento da convivência familiar, a moldura jurídica do ECA para tal fato poderia vir a ser a concordância com medida de colocação em família substituta, hipótese com previsão na norma estatutária do art. 166, em nada se confundindo com tudo quanto delineado no art. 102 e parágrafos.

O informe das equipes responsáveis pelo acolhimento emergencial ao Juízo não pode ser compreendido como a *deflagração* da parte de *quem tenha legítimo interesse*. Tanto revelaria sobreposição do dever de *informar* do art. 93, com o dever de *deflagrar* procedimento judicial contencioso do §2º do art. 101. Importaria também em (com)fundir os papéis do Conselho Tutelar, agentes responsáveis pelo acolhimento emergencial, Ministério Público ou legítimo interessado. Acolher tal entendimento torna sem sentido a remissão do art. 93 ao §2º do art. 101.

É importante destacar que o próprio ECA é categórico em censurar flexibilização dessas regras de regência. Quando autorizando flexibilização em procedimentos, com vistas a alcançar maior agilidade e efetividade, a norma estatutária o fez em expresso no art. 153, segundo o qual *se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público*. Esta regra se viu aperfeiçoar com o acréscimo de um parágrafo único por intermédio da Lei de nº 12.010/09, passando a indicar de modo expresso que o *disposto neste artigo não se aplica para o fim de afastamento da criança ou do adolescente de sua família de origem e em outros procedimentos necessariamente contenciosos*.

Dito em outros termos: não bastasse a natureza específica das características com que delineada a medida de proteção em estudo – processo judicial contencioso com deflagração de ação própria e exercício da ampla defesa – há previsão específica afastando flexibilizações na matéria[27].

Não é demais indicar que esse raciocínio é acolhido pela Resolução 71/2011 do CNMP – que dispõe sobre a atuação dos Membros do Ministério Público no acolhimento institucional -, cujo art. 4º é prescreve ao Promotor a necessidade de *verificar se estão presentes os elementos mínimos para o ajuizamento da ação judicial contenciosa em face dos pais ou responsáveis legais* quando recebendo vista dos autos judiciais referentes à situação de crianças e adolescentes acolhidos [...] *sem que haja ação proposta*, reputando tal providencia como forma de *garantir o direito ao exercício do contraditório e ampla defesa, após o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar, na forma prevista no art. 101, §2º do ECA*.

A atuação do Ministério Público se viu coordenada a todas as premissas acima indicadas: deflagração de demanda específica quando havendo acolhimento sem decisão judicial antecedente, como modo de garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Mesmo que se admitisse a hipótese de não deflagração de demanda própria, seria essencial compreender pela realização de ato para dar ciência à parte da formação de um processo judicial de acolhimento institucional. Aí como decorrência da amplitude de defesa e exercício do contraditório de que fala a parte final do §2º do art. 101, bem como do princípio da *oitiva obrigatória e participação* evidenciado no inc. XII do art. 100.

Em sede infraconstitucional o CPC tem princípios expressos nos artigos 7º e 9º a definir, respectivamente, ser assegurada paridade de tratamento dentro do

processo, bem como proscrever ao juiz decisão pautada *em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício*. Nem mesmo o inc. I do parágrafo único do art. 9º do CPC15 poderia tornar admissível o percorrer do feito sem conhecimento dos envolvidos, pois tal regra permite tão somente uma decisão ao arrepio do conhecimento da parte, e não o processamento de todo um feito.

Esse regramento dá contornos de maior eficiência ao exercício do contraditório como garantia da influência e não surpresa, características essenciais do CPC vigente desde o ano de 2015. O contraditório se remodela da mera garantia formal de bilateralidade em audiência, para a possibilidade de influência no processo, não basta se fazer presente no feito enquanto parte, há de se assegurar meios e fórmulas com quem participar da formação do convencimento[28].

Essas garantias de atuação no processo são prerrogativas de caráter fundamental, com específico assento constitucional a par do inc. LV do art. 5º da CF/88 onde se assegura: *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*.

Há amparo também em previsão da Convenção dos Direitos da Criança,[29] a indicar nos itens 1 e 2 de seu artigo 9º, que a separação dos filhos de seus pais, contra a vontade deles, terá as seguintes características: (1) decisão de autoridade competente; (2) possibilidade de revisão judicial; (3) necessidade da medida para o superior interesse da criança; (4) possibilidade de participação das partes interessadas nas deliberações dando os seus pontos de vista.

A adequada avaliação do contexto normativo do ECA privilegia o traço excepcional, precário e transitório do acolhimento. Nessa visão, dar conhecimento do procedimento de institucionalização aos que se vêm privados da convivência familiar é mola mestra caracterização sistemática da medida, que tem por propostas fundamentais a garantia da segurança da criança e do adolescente, em conjunto ao fortalecimento dos vínculos familiares de origem.

A própria dogmática conduz a necessidade de pleno e efetivo conhecimento do processo por parte dos familiares, bem como da melhor adequação do processamento da medida através da deflagração de uma demanda própria. Mas não bastasse a avaliação dessas justificantes de caráter dogmático, é cabível trabalhar também justificantes de ordem factual a demonstrar a pertinência de tudo quanto defendido.

5.2 Justificantes de ordem factual: o grito de alerta da realidade e o direito para além da abstração.

Uma intervenção do sistema de justiça, materializada por meio de um processo judicial, é elemento da realidade que não se encerra em si mesmo, nem se comunica apenas com vetores de caráter estritamente jurídico. Processos judiciais não são apenas abstrações materializadas em folhas de papel, ou armazenadas em sistemas eletrônicos, eles influem de modo determinante na construção da história de vida e direcionamento da realidade das pessoas que dele participam.

Estabelecer essa compreensão é tão mais pertinente quanto se esteja em discussão a convivência familiar no contexto do acolhimento institucional, pois a intervenção é paradigmática e determinante na modificação das próprias relações que visa regulamentar.

O acolhimento institucional, ao passo em que instala o início de estratégias de fortalecimento e melhoria das condições gerais do núcleo familiar de origem, estabelece uma espécie de período de prova quanto à conduta e modo de atuação dos pais ou responsáveis legais face a retirada, podendo resultar, inclusive, em propositura de medidas ainda mais extremas, como a suspensão ou destituição do poder familiar, guarda ou tutela. Há uma duplicidade de sentidos no proceder do acolhimento institucional, a família não é apenas sujeito de estratégias de apoio, mas também está sob avaliação do poder público.

Em nada aproveita a uma boa compreensão da realidade, estabelecer com pessoas em condição de vulnerabilidade, projeções de atuação dentro dos parâmetros tradicionais de família, pelos quais a relação com os filhos é desenvolvida sempre na convivência isolada de sua moradia e com o desempenho e esforço imediato pelo atendimento a todas as necessidades e estabelecimento de todas as condições.

Há famílias que pura e simplesmente não dispõem de condições mínimas com que confirmar as premissas costumeiras de felicidade, organização e proximidade entre seus entes, para essas o acolhimento é também uma gestão de proteção e apoio, e certo está que assim seja por expressa previsão da norma estatutária.

É essencial superar uma compreensão vetusta, pela qual a atitude de algumas famílias de não adotarem de imediato uma busca pela reintegração familiar seja sinônimo de negligência, abandono, falta de afeto e responsabilidade. Além de todas as dificuldades estruturais a complexidade emocional das crises na convivência familiar conduzem a internalização de um sentimento de culpa, impotência e incompetência, muitas vezes associado a compreensão de que as intervenções da rede de proteção concedem espaço seguro, garantia de escola, direito a saúde, alimentação e lazer[30], direitos que em algumas situações estão em violação por motivos alheios aos pais ou representantes legais.

Em um contexto social de desigualdade e déficit de cidadania como o brasileiro, não é raro que as estratégias advindas do acolhimento institucional sejam as primeiras medidas de apoio socioassistencial a acolher núcleos familiares em situação de vulnerabilidade. Não são raras as situações em que pais aderem as estratégias de retirada como forma de debelar crise grave quanto a qual necessitam auxílio, como casos drogadição, falência absoluta das condições materiais ou mães vítimas de violência doméstica. Assim se naturaliza na percepção geral do cidadão vulnerável a ideia de que o procedimento no qual envolvido lhe faz um bem, lhe concede um beneplácito, sem instalar por automático a consciência de suas possíveis consequências mais drásticas.

O acolhimento institucional é a antessala das medidas extremas de suspensão ou destituição de poder familiar, guarda ou tutela. Nesses procedimentos não remanesce dúvida quanto a necessidade de formalização processual específica, com os consequentes meios de notificação para conhecimento por parte dos réus, exercício da defesa e instrução confirmatória de seus elementos.

Estabelecer a importância dos processos desde o início é essencial para dotar a intervenção estatal de clareza e eficiência, aqueles a quem se dirige a intervenção devem compreendê-la desde seu nascedouro. Acaso remanesça somente no momento de deflagração das ações de suspensão ou destituição os referenciais de gravidade e exercício efetivo do ponto de vista dentro do processo, se estaria ignorando o intenso efeito do tempo sob as relações estabelecidas para com o evento de acolhimento.

É absolutamente revelador e sintomático observar pais ou representantes legais que somente passam a se manifestar pela reinserção familiar e aderir mais rapidamente a orientações das equipes de apoio, após serem citados para defenderem-se de ações de suspensão ou destituição de poder familiar, guarda e tutela. Como tais demandas tomam curso em período temporal distinto, não raro o desenrolar do acolhimento institucional acaba se revelando como elemento a artificializar e sedimentar distanciamento emocional e afetivo entre os envolvidos, reféns da incompreensão exata da situação vivenciada.

A medida protetiva de acolhimento institucional deve incutir nos envolvidos a exata dimensão de seus significados dentro das estruturas comuns aos processos judiciais, tais referências não podem estar a cargo das intervenções de caráter socioassistencial da rede de proteção e apoio. O que denota a condição de processo é a realização dos atos que lhe são próprios por parte de quem diretamente se associa a esses elementos: é ao Ministério Público ou legitimado quem cabe dizer dos justificantes da formação de um processo, ao Judiciário cabe a condução, a Defesa cabe a orientação jurídica e estabelecimento da perspectiva defensiva.

E não há motivos para avaliar essas colocações como forma condescendente ou esvaziada de juridicidade com que avaliar o tema, pois tal compreender dialoga com um dos princípios das medidas de proteção, pelo qual vige a *responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam seus deveres para com a criança e o adolescente*. (inc. IX do art. 100 do ECA).

Essas premissas de caráter fático confirmam as avaliações expostas quanto a dogmática sob a perspectiva de uma efetivação socialmente adequada e relevante do direito em estudo. Não se trata apenas de uma perspectiva a melhor se comunicar com a natureza do processo – do que muito se falou na avaliação dogmática – mas também, e talvez principalmente, modo de compreender o direito plasmado nessas medidas diante da realidade das pessoas que pretende regular, e não como uma categoria jurídica isolada do mundo.

Daí a compreensão defendida, pela necessidade de dedução judicial específica para aplicação da medida de proteção, com conseqüente ciência dos envolvidos através das fórmulas processuais próprias, assegurando sua manifestação no processo com estabelecimento de seu ponto de vista. É o modo de cumprir o quanto estabelecido pelo ECA, com melhores chances de alcance às premissas estatutárias de modificação das condições de fato dos envolvidos na busca pela melhoria da convivência familiar.

6. Conclusões: direito que não se encerra no limite dos tribunais.

A investigação do presente trabalho se dirigiu a uma compreensão do caráter *judicial contencioso* do procedimento pelo qual se dá o *afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar*, por meio das medidas de proteção de acolhimento institucional, tudo como modo de firmar os espaços para o ponto de vista dos pais e representantes legais.

De pronto se firmou a compreensão pela convivência familiar como direito dotado de fundamentalidade, titularizado tanto pela criança e adolescente quanto por seus pais ou representantes legais; a seu passo, a medida de proteção de acolhimento institucional se localiza como de preservação não só do acolhido, mas da própria família de origem[31]. Este processo haverá de ser necessariamente contencioso, pautado no contraditório e com espaço para estabelecimento da ampla defesa.

Avaliando o acolhimento institucional como evento a influir de modo significativo na convivência familiar, foi possível observar suas características essenciais e fontes de regulamentação, que não se esgotam no texto do estatuto da criança e do adolescente, havendo influência do PNFC e OT do CONANDA e CNAS, bem como Provimento 32, Instrução Normativa 02 e Resolução 07 do CNJ e CNMP.

Daí se nota estar em franco amadurecimento a dogmática do tema, que iniciou processo de estabelecimento específico de etapas e atos a partir de 2009, com a Lei Nacional de Adoção, tendo passado por alterações de importância ainda no ano de 2017. Esse contexto de formação normativa estabelece a temática como nova, ainda carecendo de melhor análise e experimentação, caminhando para o estabelecimento dos consensos na comunidade jurídica.

A par da ausência de previsão de um procedimento específico foi possível indicar um escalonamento de etapas da intervenção, com a necessária expedição de guia para controle da população acolhida, início de trabalho específico para o fortalecimento dos vínculos e das condições estruturais visando a reintegração familiar e eventual desdobramento pelo afastamento dos poderes afetos a condição de pai, mãe ou responsável legal.

Aí se observou a construção de um esquema geral de processamento no qual, por mais que estejam assentadas premissas e estratégias voltadas ao retorno a família de origem, vige compreensão pela desnecessidade de etapas de dedução judicial específica pelo acolhimento institucional e exercício da defesa com posicionamento de ponto de vista dos pais ou responsáveis legais dentro do processo. Nesse particular, se demonstrou como a doutrina dos direitos da criança e do adolescente naturaliza essa compreensão, não controvertendo o tema, ou simplesmente aderindo a uma visão inautêntica do regramento.

É o próprio texto normativo que assenta as premissas de necessidade científica e do início de um processo a impor a medida de proteção restritiva ao exercício da convivência familiar, como meios essenciais de preservação a ampla defesa, o contraditório e o caráter contencioso do processo. Pensar em oposto é raciocínio dissonante a uma avaliação harmônica de toda a dogmática do tema, para além de inautêntico face elementos fáticos e sociais peculiares aos vulneráveis costumeiramente envolvidos nessas medidas.

O acolhimento institucional se inclina para uma projeção, pretendendo sanar a precarização e deterioração da convivência em primeiro momento avaliada como inadequada. Essa estrutura já desafia a formatação comum dos processos judiciais, que por costume avaliam fatos já ocorridos ou ao menos com alto grau de estabilidade. Este é um dos motivos pelos quais tantas categorias absolutamente elementares do processo civil, como propositura de petição inicial e científica para integrar o feito, não estão especificamente delineadas dentro de etapas expressamente estabelecidas de um procedimento.

Esvaziar a carga de juridicidade do acolhimento institucional, como se este evento se coordenasse apenas na perspectiva de promoção e auxílio a família e aos

acolhidos, opera verdadeira confusão conceitual entre a medida de proteção e o exercício de políticas de caráter sócio assistencial, desfocando o papel do próprio sistema de justiça, impedindo seu exato dimensionamento e colocação na intervenção estatal. Mecânicas de raciocínio pelas quais formam-se meios de proteção fragmentários, observando apenas uma das vertentes dos fatos regulados são extremamente comuns na sistemática socioeducativa[32], mas também se apresentam no contexto protetivo, onde se impõem maiores obstáculos, em razão do viés ainda mais demarcado de proteção a criança ou adolescente.

Não é autêntico construir uma idealização da aplicação do estatuto da criança e do adolescente como um ato de absoluta bondade, acolhimento e beneplácito, ignorando que suas estratégias e instrumentos protetivos também possuem a faceta de restrição a direitos de terceiros.

Ao tolher espaços de influência e participação dos pais ou responsáveis legais há uma interdição da construção dialética do melhor interesse da criança e do adolescente, que estaria confinada à figura do Juiz, do Promotor de Justiça e das equipes da rede de proteção. Há uma avaliação contraditória dos direitos de acolhidos e seus pais ou responsáveis, dando espaço a uma subjetividade inautêntica frente a dogmática, credora de uma melhor compreensão da realidade, pela qual o judiciário arbitra o melhor interesse da criança e do adolescente na ausência do ponto de vista da família de origem[33].

Não estabelecer de modo claro e específico a tônica de judicialidade e significado de gravidade das medidas de proteção para além de importar em desprestígio ao direito posto, é linha de raciocínio que transita da ingenuidade a irresponsabilidade, ignorando a necessidade de uma compreensão do processo e da própria realidade como um elemento a justificar, orientar e demonstrar sua mais adequada conformação.

E não se tem por adequado compreender que a família de origem participa do feito através do contato com as equipes de intervenção e entidades de acolhimento, pois as fórmulas, estratégias e avaliações são essencialmente distintas da dinâmica de um processo judicial.

É necessário superar compreensões pautadas em excessiva abstração teórica sobre a realidade, afastadas de um olhar social e valorativo aos fatos que se pretende regular, fomentando uma fragmentação da ideia de direitos humanos por uma confiança ingênua no ordenamento jurídico, fomentadora da naturalização da violência concreta aos direitos que deveria preservar[34].

Tudo isso se coordena ao necessário estabelecimento do significado desses processos na vida dos envolvidos, como forma de bem estabelecer sua importância

e gravidade, projetando seus efeitos, contribuindo assim para a melhor compreensão e responsabilização dos titulares do poder familiar e gestores da convivência familiar. Essa avaliação um exercício de aplicação do texto legal eficiente na realidade dos vulneráveis, evitando percepções idealizadas da realidade social, escapando a tendência mundial de criminalização da pobreza e culpabilização das vítimas por sua própria exclusão[35].

O estudo buscou demonstrar que a própria dogmática do acolhimento institucional conduz a necessidade de seu processamento por meio de uma dedução judicial própria, deflagrada pelo Ministério Público ou quem tenha legítimo interesse; disso decorre a necessária formalização da relação processual com a ciência dos pais ou responsáveis legais para exercerem sua defesa, trazendo aos autos o seu ponto de vista. Por se tratar de uma visão adequada diante do atual conjunto de regras a disciplinar o tema, com diálogo confirmatório frente a peculiaridades fáticas dos envolvidos, é esta a visão que se avalia como autêntica para o problema levantado.

7- Referências bibliográficas.

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva Jus, 2019.

BARBOSA, Daniele Rinaldi. *Desafios da atuação do defensor pública da infância e juventude: divergência de discursos entre teoria e prática na seara infracional*. In: *Temas aprofundados de defensoria pública volume 2*. Salvador: Jus Podvm, 2014, p. 905.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. São Paulo: Editora Forense, 2016, p.

BIZZOTTO, Alexandre. *A inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Instrução Normativa nº 02*. Brasília, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento nº 32*. Brasília, 2013.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE/ CONSELHO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília. Brasília, 2006.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE/
CONSELHO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. *Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes*. Brasília, 2009.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução nº 71*. Brasília, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da criança e do adolescente: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva jus, 2019.

DIDIER JR, Freddie. *Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Jus Podvm, 2019.

D'ANDREA, Giuliano. *Temas controvertidos sobre o poder familiar: da impossibilidade de suspensão e destituição do poder familiar de pais adolescentes absolutamente incapazes e da restituição do poder familiar*. In: RÉ, Alúcio Iunes Monti Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares dos. *Temas aprofundados de defensoria pública volume 2*. Salvador: Jus Podvm, 2014.

FIALHO, Pedro de Souza. O discurso de bondade das autoridades por trás da medida socioeducativa. <http://www.justificando.com/2016/05/04/o-discurso-de-bondade-das-autoridades-por-tras-da-medida-socioeducativa/>

FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. Salvador: Juspodvm, 2019.

LOPES, Emília. *Os filhos do estado: a institucionalização de crianças e adolescentes à luz do direito fundamental à convivência familiar e comunitária*. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2016, p.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Direito fundamental a convivência familiar*. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Saraiva jus, 2019, p. 164)

MELO, Eduardo Rezende de. *Art. 101*. In: CURY, Munir; SILVEIRA, Mayra; VERONESES, Josiane Rose Petry. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 703).

MOREIRA, Maria Ignez Costa. *Os impasses entre o acolhimento institucional e o direito à convivência familiar*. Psicologia & Sociedade, PUC-MG, Belo Horizonte/MG,

vol. 26, n.spe2. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822014000600004&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 28 fev. 2019.

NESRALA, Daniele Bellettato. *Sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes: técnicas de governança como instrumento de acesso à justiça pela via dos direitos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: em busca da constituição federal das crianças e dos adolescentes*. São Paulo: Editora Forense, 2018.

SOUZA, Jessé. *Subcidadania brasileira: para entender o país além do jeitinho*. Rio de Janeiro: Leya, 2018. E-book. ISBN 978-85-441-0728-7. Acesso em 04 jan. 2019.

TAVARES Patrícia Silveira. *Medidas de proteção*. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Saraiva jus, 2019.

NOTAS:

[1] ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva Jus, 2019, p. 53

[2] Por escapar a proposta essencial do trabalho, não se pretende aprofundar a temática da construção doutrinária dos direitos da criança e do adolescente na comunidade jurídica, mas não é demais apontar que com dados do Ranking Universitário da Folha de São Paulo podem ser indicadas como as mais bem avaliadas instituições de ensino jurídico da Bahia: Universidade Federal da Bahia (UFBA), Universidade Salvador (UNIFACS), Faculdade Baiana de Direito e Gestão, Universidade Católica de Salvador (UCSAL) e Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO), respectivamente 27^a, 46^a, 77^a, 83^a e 128^a colocadas no ranking nacional. Observando sua grade curricular, é sintomático que o Direito da Criança e do Adolescente não seja disciplina obrigatória em nenhuma delas. <https://ruf.folha.uol.com.br/2018/ranking-de-cursos/direito/>

[3] TAVARES Patrícia Silveira. *Medidas de proteção*. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Saraiva jus, 2019, p. 769.

[4] O escopo do presente estudo é analisar o acolhimento institucional, mas é de rigor indicar que a seu lado se tem também o acolhimento familiar, medida de proteção de espécie similar, a ser utilizada nos mesmos casos extremos mas com

desenvolvimento e efetivação fora das chamadas entidades de acolhimento ou abrigos.

[5] TAVARES Patrícia Silveira. *Medidas de proteção*. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Saraiva jus, 2019, p. 780

[6] LOPES, Emília. *Os filhos do estado: a institucionalização de crianças e adolescentes à luz do direito fundamental à convivência familiar e comunitária*. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2016, p. 169.

[7] LOPES, Emília. *Os filhos do estado: a institucionalização de crianças e adolescentes à luz do direito fundamental à convivência familiar e comunitária*. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2016, p. 172.

[8] MELO, Eduardo Rezende de. *Art. 101*. In: CURY, Munir; SILVEIRA, Mayra; VERONESES, Josiane Rose Petry. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 703.

[9] CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da criança e do adolescente: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva jus, 2019, p. 342

[10] Na redação originária os hoje chamados *programas de acolhimento familiar ou institucional* eram chamados *programas de abrigo*, ao longo desse trecho, se fará uso da expressão atual do estatuto – acolhimento – para fazer o debate geral da temática, ainda que se articulando com as regras atuais e as já alteradas. Sobre o aperfeiçoamento do texto diz a doutrina: *A mudança de “abrigo” para acolhimento institucional é justificável na medida em que este é o gênero, do qual aquele é espécie, sendo as demais: casa de passagem, casa-lar e república todas oferecidas e monitoradas pela rede de atendimento municipal. Trata-se de mudança preconizada pelo Plano Nacional*. (CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da criança e do adolescente: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva jus, 2019, p. 357)

[11] Não se confundem os conceitos de processo e procedimento, cabendo ao último a condição de roteiro de aplicação das etapas dentro de uma determinada demanda judicial, em outros termos: *[...] procedimento é um conjunto de atos organizados tendentes a produção de um ato final. Além de uma organização de atos, procedimento define também as diversas posições jurídicas de que os diversos sujeitos do procedimento serão titulares*. DIDIER JR, Freddie. *Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Jus Podem, 2019, p. 339.

[12] Não por menos indica o art. 1º da mencionada lei:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente.

§ 1º A intervenção estatal, em observância ao disposto no caput do art. 226 da Constituição Federal, será prioritariamente voltada à orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer, ressalvada absoluta impossibilidade, demonstrada por decisão judicial fundamentada.

§ 2º Na impossibilidade de permanência na família natural, a criança e o adolescente serão colocados sob adoção, tutela ou guarda, observadas as regras e princípios contidos na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e na Constituição Federal.

[13] CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da criança e do adolescente: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva jus, 2019, p. 160.

[14] Há, contudo, quem credite a mudança a um exercício de hipocrisia, enxerto a revelar a imensa dificuldade de superação dos paradigmas estigmatizantes e punitivistas com que se avaliam e interpretam as questões afetas ao direito da criança e do adolescente. *A hipocrisia neste País atinge níveis elevados. A Lei 13.257/2016 removeu. Ser direito da criança ser criada em ambiente "livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes", substituindo por "ambiente que garanta seu desenvolvimento integral". O que era objetivo se tornou subjetivo. Mais um golpe na adoção, pois, se, antes, filhos de drogados eram retirados de sua guarda para serem colocados em famílias substitutas, hoje, com essa redação, pode-se interpretar que, mesmo morando com drogaditos, o infante está auferindo "desenvolvimento integral".* NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: em busca da constituição federal das crianças e dos adolescentes*. São Paulo: Editora Forense, 2018, p. 80.

[15] CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da criança e do adolescente: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva jus, 2019, p. 355

[16] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Direito fundamental a convivência familiar*. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Saraiva jus, 2019, p. 164

[17] ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. Salvador: Juspodvm, 2019, p. 87.

[18] NESRALA, Daniele Bellettato. *Sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes: técnicas de governança como instrumento de acesso à justiça pela via dos direitos*. Belo Horizonte: Editoa D'Placido, 2019, p. 158.

[19] D'ANDREA, Giuliano. *Temas controvertidos sobre o poder familiar: da impossibilidade de suspensão e destituição do poder familiar de pais adolescentes absolutamente incapazes e da restituição do poder familiar*. In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares dos. *Temas aprofundados de defensoria pública volume 2*. Salvador: Jus Podem, 2014, p. 892

[20] TAVARES Patrícia Silveira. *Medidas de proteção*. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Saraiva jus, 2019, p. 788-789.

[21] NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: em busca da constituição federal das crianças e dos adolescentes*. São Paulo: Editora Forense, 2018, p.400.

[22] MELO, Eduardo Rezende de. *Art. 101*. In: CURY, Munir; SILVEIRA, Mayra; VERONESES, Josiane Rose Petry. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 691.

[23] ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. Salvador: Juspodvm, 2019, p. 331 a 337.

[24] CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da criança e do adolescente: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva jus, 2019, p. 357 a 359

[25] FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 250.

[26] DIDIER JR, Freddie. *Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Jus Podem, 2019, p. 232.

[27] NESRALA, Daniele Bellettato. *Sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes: técnicas de governança como instrumento de acesso à justiça pela via dos direitos*. Belo Horizonte: Editoa D'Placido, 2019, p. 158.

[28] BAHIA, Alexandre Melo Franco; JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. São Paulo: Editora Forense, 2016, p. 111 a 156.

[29] Assim informa o Decreto 99.710/90 da Presidência da República em seu art. 1º: A Convenção sobre os Direitos da Criança, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

[30] MOREIRA, Maria Ignez Costa. *Os impasses entre o acolhimento institucional e o direito à convivência familiar*. Psicologia & Sociedade, PUC-MG, Belo Horizonte/MG, vol. 26, n.spe2. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822014000600004&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 28 fev. 2019

[31] CONSELHO NACIONAL DA CRIANÇA E ADOLESCENTE; CONSELHO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. Brasília, 2009, p. 69-70.

[32] *Se, por um lado, os atores do sistema socioeducativo mostram convicção ao defender a implementação dos direitos da criança e do adolescente enquanto sujeitos merecedores de proteção integral, por outro, não raro defendem, na prática, justamente a violação destes direitos, em discurso nitidamente esquizofrênico*. BARBOSA, Daniele Rinaldi. *Desafios da atuação do defensor pública da infância e juventude: divergência de discursos entre teoria e prática na seara infracional*. In: *Temas aprofundados de defensoria pública volume 2*. Salvador: Jus Podvm, 2014, p. 905. Como já se teve oportunidade de afirmar anteriormente são situações que fomentam *um discurso de falta no qual falta um discurso, falecem as garantias, se rebaixam direitos*. FIALHO, Pedro de Souza. O discurso de bondade das autoridades por trás da medida socioeducativa. <http://www.justificando.com/2016/05/04/o-discurso-de-bondade-das-autoridades-por-tras-da-medida-socioeducativa/>

[33] NESRALA, Daniele Bellettato. *Sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes: técnicas de governança como instrumento de acesso à justiça pela via dos direitos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 166.

[34] BIZZOTTO, Alexandre. *A inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 205.

[35] SOUZA, Jessé. *Subcidadania brasileira: para entender o país além do jeitinho*. Rio de Janeiro: Leya, 2018. E-book. ISBN 978-85-441-0728-7. Acesso em 04 jan. 2019

DIREITO À ALIMENTAÇÃO: ACESSO À MERENDA ESCOLAR EM TEMPOS DE PANDEMIA

LUANA BISPO DE ASSIS: Doutoranda em Direito Constitucional pela UNB. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Goiás (2015), com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Goiás (FAPEG). Advogada com experiência na área de Direito Público e de Direito Privado. Foi pesquisadora e bolsista pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) em projetos com a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA)⁵.

RESUMO: Neste artigo, apresenta-se reflexões teóricas sobre a construção do direito a alimentação, e sua contribuição para a merenda escolar. O objetivo da análise é compreender, por meio do direito à alimentação, como os estudantes serão impactados diante da pandemia da Covid-19. A metodologia empregada foi a qualitativa, em uma busca dedutiva da bibliografia do combate à fome ao longo da história e, a partir disso, ter como resultado o debate teórico e arrazoado sobre o direito em questão, ressaltando a análise da merenda escolar como fator essencial para segurança alimentar e, conseqüentemente, para a vida.

Palavras-chave: Direito à alimentação. Merenda escolar. Pandemia. Segurança alimentar.

ABSTRACT: In this article, theoretical reflections on the construction of the right to food and its contribution to school meals are presented. The purpose of the analysis is to understand, through the right to food, how students will be impacted in the face

⁵ É pesquisadora e Líder do Grupo de Pesquisas Interdisciplinares em Direito (GEPID), registrado no Diretório de Pesquisas do CNPq. É professora na Faculdade Evangélica de Goianésia (FACEG), mantida pela Associação Educativa Evangélica (AEE), onde desempenha as funções de membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE) do curso de graduação em Direito; É coordenadora de estágio do curso de graduação em Direito; coordenadora do projeto de extensão Faculdade Aberta da Terceira Idade (FATI); e coordenadora de monitoria acadêmica do curso de Direito. É, ainda, professora na Faculdade Metropolitana de Anápolis (FAMA) na disciplina de Direito Constitucional.

of the Covid-19 pandemic. The methodology used was qualitative, in a deductive search of the bibliography of the fight against hunger throughout history and, from that, to have as a result the theoretical and reasonable debate on the right in question, emphasizing the analysis of school meals as an essential factor for food security and, consequently, for life.

Keywords: Right to food. School lunch. Pandemic. Food security.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito à alimentação: um direito social negligenciado. 3. Conclusão. 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A edificação histórica do direito à alimentação nasce de lutas sociais na busca de superação da fome e da vulnerabilidade social. O presente trabalho almeja refletir sobre os atributos do direito à alimentação e de forma sistêmica sobre os impactos para o combate à fome pela merenda escolar.

A problemática que se propõe a refletir é: Qual o papel da merenda escolar para combate da fome, no contexto do direito à alimentação?

Inicialmente, é importante discutir sobre a importância da luta por direitos, em seu desenvolvimento, para que esse direito fosse transformado e se assumisse como direito de suma importância no combate à Covid-19[1].

A pesquisa foi desenvolvida por meio do método dedutivo, partindo-se de dados resultantes de pesquisa bibliográfica, a fim de compreender o processo de construção do direito à alimentação e para a construção da adequação do procedimento ao incremento à produção e ao implemento da merenda escolar.

Em um primeiro momento, o trabalho buscou um enfoque interdisciplinar, em um empenho para romper com o confinamento do Direito e com a sua rigidez dogmática. Posteriormente, realizou-se algumas incursões por várias áreas de conhecimento, considerando a análise da merenda escolar como instrumento de direito em uma pandemia e que sem essa a vida de milhares de estudantes poderia ser ceifada.

2 DIREITO À ALIMENTAÇÃO: UM DIREITO SOCIAL NEGLIGENCIADO

Inicialmente, insta salientar que o direito à alimentação é produto das lutas sociais, da ação de minorias, que propiciaram que a fome fosse debatida e seu enfrentamento se tornasse uma obrigação social[2]. Ao longo da história, o nascimento da agricultura lançou os impactos de uma revolução social e cultural

sobre a humanidade e auxiliou que Homem deixasse de caçar e colher alimentos na natureza para cultivar a terra e criar[3].

Com o passar dos séculos, as debate sobre a alimentação como direito evoluiu de modo que, hoje em dia, a alimentação não pode mais ser compreendida, apenas, para saciar a fome, mas contemplar, também, os recursos e os meios para adquirir ou produzir alimentos[4].

Este direito fundamental foi instigado pelas lutas e revoltas de classes, diante das novas e velhas problemáticas humanas, com intuito de uma abordagem de um Estado benfeitor e, não apenas, um Estado impositor, mas com participação democrática da população[5]. Os movimentos sociais são necessários nesse procedimento de contínua interpretação dos objetivos constitucionais[6].

Destarte, um dos primeiros registros sobre uma legislação que buscava ampar o direito à alimentação ocorreu em 1601, período em que o governo da Inglaterra, com intuito de conter o número de miseráveis que só crescia, criou as Leis dos Pobres, que tornavam as paróquias responsáveis pelo sustento e alimentação de seus pobres[7]. Posteriormente, a Revolução Francesa, *a priori*, pela contrariedade dos burgueses com a Coroa, em resultado da política de proteção à classe aristocrática, foi marcada também pelo descontentamento dos camponeses e dos trabalhadores, no campo social e econômico, que se viam em situação de intensa miséria[8].

Convém lembrar que os embasamentos da Revolução Francesa dispersaram e a burguesia direcionou ações para seu alicerce no poder. Contudo, em consequência desta revolução, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão trouxe consigo breves intervenções em prol dos direitos sociais[9].

Assim, com o passar do tempo, surgiram esparsas demonstrações de evolução do Direito, em justificação dos mais necessitados. Em 1834, a Inglaterra conferiu aos seus trabalhadores, o auxílio-pobreza[10]. A lei do crescimento populacional, de Malthus[11], confirma como a pobreza passou a ser acolhida gradualmente como decorrência de uma inabilidade individual de garantir para si, de se inserir nas condições do mercado, adquirindo riquezas.

Ainda que se esboçassem sinais de apreensão social, os famélicos permaneceram esquecidos até o final do século XIX. Com o efeito do liberalismo clássico, a Inglaterra suportou uma aterradora crise de fome, em 1898, quando se percebeu, pela primeira, vez que o fornecimento de alimentos deveria ser encarado como direito à vida[12].

Em 1914, a I Guerra Mundial estagnou a agricultura, acompanhada a guerra à gripe espanhola tornando latente a pobreza e a fome, acompanhada ao caos sanitário. Tanto o conflito mundial, como a gripe espanhola teve fim em 1919, ocasião em que o termo segurança alimentar sutilmente começou a ser utilizado[13]. Neste ano, na Alemanha, foi promulgada a Constituição de Weimar, um grande marco para a demanda dos movimentos por direitos sociais em resposta à miséria[14].

Já na Segunda Guerra Mundial, diante do cenário de miséria, instaurou-se o plano Marshall, a produção de alimentos semi-industrializados, processados, manipulados. A agricultura passou a ter como seu carro-chefe a lógica da produção em larga escala, como fertilizantes e agrotóxicos[15]. No Brasil, após a Segunda Guerra, foi implantado o Programa de Merenda Escolar (PME), criado em 1954, que ganhou abrangência nacional durante o governo do presidente Café Filho[16].

Já nos anos 90, a merenda passou a fazer parte do processo de escolarização, ficando a cargo das secretarias estaduais e municipais de educação assumirem todas as operações do programa de merenda escolar, com o recebimento e direcionamento dos recursos às escolas[17]. Isso propiciou que a merenda se adequasse às demandas locais, impulsionando a agricultura familiar e proporcionando alimentação de qualidade aos estudantes[18].

Contudo, apesar de o Brasil só ter incluído em 2010 o direito à alimentação como direito social[19], alguns esforços foram concentrados para a diminuição da fome. Dentre eles, a merenda escolar, que é uma política pública imediata com um retorno seguro de diminuição de desigualdade social.

Nesse sentido, a merenda escolar é fator que contribui com o combate à fome e à miséria, sendo a escola o local onde as crianças passam grande parte do dia. A longo prazo, a escola é onde as crianças passam a maior parte da vida.[20]

Diante disso, é importante a alimentação na escola, contudo, mais do que isso, é importante que essa alimentação seja de qualidade. Nesse sentido, existem duas formas de morrer de fome: a primeira é não comer nada e a segunda é comer de maneira inadequada capaz de provocar um estado que também pode conduzir à morte, em razão de deficiência de nutrientes[21].

Em razão disso, o Programa de Merenda Escolar (PME) faz um trabalho de proteção social, de proporcionar, não apenas a eliminação da fome, mas também de proporcionar os nutrientes necessários para o crescimento e desenvolvimento físico e mental que os estudantes precisam[22].

Contudo, em razão da Covid-19, segundo relatório da Organização das Nações Unidas (ONU), quase 300 milhões de alunos, em 22 países, estão fora das escolas devido à expansão do vírus[23]. Assim, no Brasil, todos os 26 Estados do país e o Distrito Federal estão adotando medidas de isolamento social para combater a proliferação do novo coronavírus e estão mantendo suas escolas fechadas[24]. Em alguns estados, as aulas ocorrem *online*, por meio de acesso a aplicativos ou a *sites* institucionais.

Em contraposto, para milhões de crianças, no Brasil, a alimentação escolar é uma refeição importante e, às vezes, a única do dia. Para manter a política de isolamento e os estudantes em casa sem prejuízos à alimentação, governos precisam providenciar maneiras para que a merenda escolar chegue à casa dos estudantes.

A merenda é direcionada a 40 milhões de estudantes do ensino básico público pelo Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), referência na área para o mundo inteiro em qualidade nutricional. Para 33% do total de beneficiados, esse programa é ainda mais importante, haja vista que são cerca de 13 milhões de estudantes que vivem na faixa da pobreza ou da extrema pobreza no país[25].

No entanto, há mais de um mês que escolas por todo o Brasil estão fechadas e o Governo Federal, somente no dia 7 de abril, sancionou uma lei que permite que Estados e Municípios repassassem os alimentos que já foram comprados com o dinheiro do PNAE para as famílias dos alunos[26].

Há, ainda, o Projeto de Lei (PL) 1.281/2020 tramitando no Senado, que visa a garantir o auxílio para alimentação de crianças durante a emergência de saúde pública causada pela Covid-19, por meio do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE). O projeto visa a evitar a carência alimentar no período de interrupção das aulas, em decorrência do coronavírus, e, assim, as crianças regularmente matriculadas em instituições públicas de educação infantil poderão receber auxílio financeiro para fins de alimentação[27].

Diante disso, é possível notar a latente importância da merenda escolar como forma de garantir uma alimentação saudável que promova o desenvolvimento dos estudantes. A política de isolamento não deve ser um limitador do acesso à merenda escolar.

3 CONCLUSÃO

A fome, no Brasil, decorre, antes de tudo, do seu passado histórico de lutas sociais por direitos. Nesse sentido, a merenda escolar é fruto de lutas pelo direito à alimentação adequada e é fator que contribui com o combate à fome e à miséria,

sendo a escola o local onde as crianças passam grande parte do dia, a longo prazo, a escola é onde as crianças passam a maior parte da vida.

Diante disso, é possível concluir que o Programa de Merenda Escolar faz um trabalho de proteção social, de proporcionar, não apenas a eliminação da fome, mas também de proporcionar desenvolvimento físico e mental para os estudantes e para toda uma comunidade. Assim, políticas de fomento à merenda escolar em casa devem ser promovidas com urgência, afinal, a única fome que deve persistir é a de conhecimento.

4 REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. **Proposta garante auxílio financeiro para alimentação de crianças da rede pública de ensino.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/07/proposta-garante-auxilio-financeiro-para-alimentacao-de-criancas-da-rede-publica-de-ensino>. Acesso em 15 abr. 2020.

BARBOSA, Rafael; RIBEIRO, Weudson. **Escolas estão fechadas em todo o Brasil; saiba o que mais pandemia afetou.** Disponível em: <https://www.poder360.com.br/coronavirus/escolas-estao-fechadas-em-todo-o-brasil-saiba-o-que-mais-pandemia-afetou/>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BOARETTO, Antonio Enedi. A evolução da população mundial, da oferta de alimentos e das ciências agrárias. **Revista Ceres**, v. 56, n. 4, p. 513-526, 2009.

CAMPOS, Juliana Alvares DB; ZUANON, Ângela Cristina C. Merenda escolar e promoção de saúde. **Brazilian Dental Science**, v. 7, n. 3, 2004.

CANOTILHO, José J. Gomes. Estado de direito. **Cadernos Democráticos** – Coleção Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva, 1999.

CARNEIRO, Henrique. **Comida e sociedade: uma história da alimentação.** Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2017.

CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. **A construção do direito fundamental à alimentação adequada no nordeste brasileiro.** 131f. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A Constituição de Weimar: um capítulo para a educação. **Educação & Sociedade**, v. 19, n. 63, p. 83-104, 1998.

DECLARAÇÃO dos direitos do Homem e do Cidadão. Disponível: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 22 abr. 2020.

FANTÁSTICO. Governos começam a liberar auxílio-merenda emergencial para estudantes da rede pública. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/04/12/governos-comecam-a-liberar-auxilio-merenda-emergencial-para-estudantes-da-rede-publica.ghtml>. Acesso em: 15 abr. 2020.

MENEZES, Ebenezer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. Verbete merenda escolar. **Dicionário Interativo da Educação Brasileira** - Educabrazil. São Paulo: Midiamix, 2001. Disponível em: <https://www.educabrazil.com.br/merenda-escolar/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo antigo e moderno.** São Paulo: É Realizações, 2016.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE).** 2 ed. atual. Brasília: MEC, FNDE, SEED, 2008. Disponível em: ftp://ftp.fnde.gov.br/web/formacao_pela_escola/modulo_pnae_conteudo.pdf. Acesso em: 15 abr. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Coronavírus** - COVID-19. O que você precisa saber. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

MONTAÑO, Carlos. Pobreza, “questão social” e seu enfrentamento. **Serviço Social & Sociedade**, n. 110, p. 270-287, 2012.

MONTEIRO, Carlos Augusto. A dimensão da pobreza, da fome e da desnutrição no Brasil. **Estudos Avançados**, v. 9, n. 24, p. 195-207, 1995.

MORALES, Juliana. **Coronavírus no Brasil:** como a pandemia prejudica a educação. Disponível em: <https://guiadoestudante.abril.com.br/atualidades/coronavirus-no-brasil-como-a-pandemia-prejudica-a-educacao/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

NUNES JR, Flavio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020.

OLIVEIRA, José Eduardo Dutra de. Educação e direito à alimentação. **Estudos avançados**, v. 21, n. 60, p. 127-134, 2007.

ROCHA, Eduardo Gonçalves. Direito à alimentação, estado democrático de direito e participação popular. **Saúde em Debate**, v. 34, n. 84, p. 67-77, 2010.

RODRIGUES, Paulo. O programa nacional de alimentação escolar: história e modalidades de gestão. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação-Periódico científico editado pela ANPAE**, v. 29, n. 1, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1994.

SIMON, Silvana Aline Soares. De Bretton Woods ao plano Marshall: a política externa norte-americana em relação à Europa (1944-1952). **Relações Internacionais no mundo atual**, v. 2, n. 14, p. 24-47, 2011.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Fome, desnutrição e cidadania: inclusão social e direitos humanos. **Saúde e sociedade**, v. 12, n. 1, p. 51-60, 2003.

NOTAS:

[1] "Coronavírus é uma família de vírus que causam infecções respiratórias. O novo agente do coronavírus foi descoberto em 31/12/19 após casos registrados na China. Provoca a doença chamada de coronavírus". MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Coronavírus - COVID-19**. O que você precisa saber. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

[2] ROCHA, Eduardo Gonçalves. Direito à alimentação, estado democrático de direito e participação popular. **Saúde em Debate**, v. 34, n. 84, p. 67-77, 2010.

[3] RODRIGUES, Paulo. O programa nacional de alimentação escolar: história e modalidades de gestão. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação - Periódico científico editado pela ANPAE**, v. 29, n. 1, 2013.

[4] BOARETTO, Antonio Enedi. A evolução da população mundial, da oferta de alimentos e das ciências agrárias. **Revista Ceres**, v. 56, n. 4, p. 513-526, 2009.

[5] CANOTILHO, José J. Gomes. Estado de direito. **Cadernos Democráticos - Coleção Fundação Mário Soares**. Lisboa: Gradiva, 1999.

[6] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1994.

[7] “Na Inglaterra, promulga-se a Lei dos Pobres em 1601, que ‘instituiu um aparato oficial, centrado nas paróquias, destinado a amparar trabalhadores pobres, sob o auspício da taxa dos pobres’. Isto é, ‘durante os dois séculos de vigência dessa legislação, a Inglaterra cuidou do pauperismo através da ‘beneficência’ pelo caminho burocrático’. Em 1834, justamente no contexto de expressivas lutas de classes trabalhistas, o Parlamento inglês começa a entender a própria Lei dos Pobres como ‘a fonte principal da situação extrema do pauperismo inglês’. A partir do pensamento de Malthus, a beneficência ‘representaria um estímulo à miséria’. Assim, a ação filantrópica estaria reforçando e estimulando os costumes e hábitos dos pobres, isto é, as (supostas) causas da pobreza. O sujeito que recebe assistência, beneficiário, acomodar-se-ia a tal situação, tendendo a reproduzir sua condição, sua pobreza. A assistência seria a verdadeira causa da ociosidade, da acomodação, do conformismo, enfim, da pobreza (cf. Martinelli, 1991, p. 58)”. MONTAÑO, Carlos. Pobreza, " questão social" e seu enfrentamento. **Serviço Social & Sociedade**, n. 110, p. 270-287, 2012.

[8] CARNEIRO, Henrique. **Comida e sociedade: uma história da alimentação**. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2017.

[9] **DECLARAÇÃO dos direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 22 abr. 2020.

[10] “Posteriormente, em 1834, foi editada em solos ingleses a Poor Law Amendment Act ou a New Poor Amendment, “um estatuto de insensibilidade incomum, que deu aos trabalhadores (da Inglaterra) o auxílio-pobreza somente dentro das novas workhouses [...] e retirou a garantia paroquial de uma manutenção mínima.”¹⁸ Esta mesma lei estabelecia que, em troca do auxílio, as famílias eram obrigadas a viver em abrigos diferenciados por gênero, perdendo, assim, parte significativa de sua autonomia”. CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. **A construção do direito fundamental à alimentação adequada no nordeste brasileiro**. 131f. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009.

[11] “As preocupações com a realidade econômica evidenciaram-se mais claramente no ano de 1798, quando Malthus publicou o livro Ensaio sobre a população, no qual defendeu que a produção agrícola em um curto período não mais seria suficiente para o contingente populacional no mundo, pois enquanto aquela crescia em progressão aritmética, este crescia em progressão geométrica, o que fatalmente incidiria em um colapso mundial”. CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. **A construção do direito fundamental à alimentação adequada no nordeste**

brasileiro. 131f. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009.

[12] MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo antigo e moderno**. São Paulo: É Realizações, 2016.

[13] OLIVEIRA, José Eduardo Dutra de. Educação e direito à alimentação. **Estudos Avançados**, v. 21, n. 60, p. 127-134, 2007.

[14] CURY, Carlos Roberto Jamil. A Constituição de Weimar: um capítulo para a educação. **Educação & Sociedade**, v. 19, n. 63, p. 83-104, 1998.

[15] SIMON, Silvana Aline Soares. De Bretton Woods ao plano Marshall: a política externa norte-americana em relação à Europa (1944-1952). **Relações Internacionais no mundo atual**, v. 2, n. 14, p. 24-47, 2011.

[16] MENEZES, Ebenezer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. Verbete merenda escolar. **Dicionário Interativo da Educação Brasileira** - Educabrazil. São Paulo: Midiamix, 2001. Disponível em: <https://www.educabrazil.com.br/merenda-escolar/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

[17] MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE)**. 2. ed. atual. Brasília: MEC, FNDE, SEED, 2008. Disponível em: ftp://ftp.fnde.gov.br/web/formacao_pela_escola/modulo_pnae_conteudo.pdf. Acesso em: 15 abr. 2020.

[18] MENEZES, Ebenezer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. Verbete merenda escolar. **Dicionário Interativo da Educação Brasileira** - Educabrazil. São Paulo: Midiamix, 2001. Disponível em: <https://www.educabrazil.com.br/merenda-escolar/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

[19] NUNES JR, Flavio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020.

[20] VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Fome, desnutrição e cidadania: inclusão social e direitos humanos. **Saúde e sociedade**, v. 12, n. 1, p. 51-60, 2003.

[21] MONTEIRO, Carlos Augusto. A dimensão da pobreza, da fome e da desnutrição no Brasil. **Estudos Avançados**, v. 9, n. 24, p. 195-207, 1995.

[22] CAMPOS, Juliana Alvares DB; ZUANON, Ângela Cristina C. Merenda escolar e promoção de saúde. **Brazilian Dental Science**, v. 7, n. 3, 2004.

[23] MORALES, Juliana. **Coronavírus no Brasil: como a pandemia prejudica a educação.** Disponível em:

<https://guiadoestudante.abril.com.br/atualidades/coronavirus-no-brasil-como-a-pandemia-prejudica-a-educacao/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

[24] BARBOSA, Rafael; RIBEIRO, Weudson. **Escolas estão fechadas em todo o Brasil; saiba o que mais pandemia afetou.** Disponível em:

<https://www.poder360.com.br/coronavirus/escolas-estao-fechadas-em-todo-o-brasil-saiba-o-que-mais-pandemia-afetou/>. Acesso em: 22 abr. 2020.

[25] FANTÁSTICO. **Governos começam a liberar auxílio-merenda emergencial para estudantes da rede pública.** Disponível em:

<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/04/12/governos-comecam-a-liberar-auxilio-merenda-emergencial-para-estudantes-da-rede-publica.ghtml>. Acesso em: 15 abr. 2020.

[26] FANTÁSTICO. **Governos começam a liberar auxílio-merenda emergencial para estudantes da rede pública.** Disponível em:

<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/04/12/governos-comecam-a-liberar-auxilio-merenda-emergencial-para-estudantes-da-rede-publica.ghtml>. Acesso em: 15 abr. 2020.

[27] AGÊNCIA SENADO. **Proposta garante auxílio financeiro para alimentação de crianças da rede pública de ensino.** Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/07/proposta-garante-auxilio-financeiro-para-alimentacao-de-criancas-da-rede-publica-de-ensino>. Acesso em 15 abr. 2020.

TRANSAÇÃO FISCAL EXTRAORDINÁRIA: ASPECTOS DA LEI Nº 13.988/2020

VICENTE FÉRRER DE ALBUQUERQUE JÚNIOR:

Procurador da Fazenda Nacional. Pós-graduado em Direito Tributário e em Direito Processual Civil. Bacharel em direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar os aspectos da Lei 13.988/2020, referente à promulgação da MPV nº 899, que estabelece a transação fiscal de tributos federais. Para isto, aplicou-se o método dedutivo, com as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, através da análise da referida lei, do Código Tributário Nacional e da doutrina que trata da transação fiscal. Primeiramente, foram estudados os créditos que podem ser objeto de transação fiscal; posteriormente, verificam-se os princípios, objetivos e obrigações na transação fiscal; e, ao final, restou demonstrado a importância do instituto para o soerguimento do contribuinte e o incremento da arrecadação fiscal, com vistas ao financiamento das políticas públicas vigentes. Com a análise realizada, é possível perceber que a transação fiscal foi idealizada como no interesse da Administração Pública, para incrementar a arrecadação e possibilitar ao contribuinte ajustar sua situação perante o Fisco Federal.

Palavras-chave: Transação Fiscal. Extinção do crédito tributário. Arrecadação. Lei 13.988/2020. Tributos federais.

SUMÁRIO: 1) INTRODUÇÃO. 2) TRANSAÇÃO FISCAL: PRINCÍPIOS, OBJETIVOS E OBRIGAÇÕES ENTRE AS PARTES. 3) REQUISITOS, CONCESSÕES E VEDAÇÕES NO ÂMBITO DA TRANSAÇÃO FISCAL. 4) CONCLUSÕES. 5) REFERÊNCIAS.

1) INTRODUÇÃO.

Este artigo trata a respeito do instituto da transação fiscal, estabelecido no âmbito da Lei nº 13.988/2020, que regulamentou, na esfera federal, o procedimento de extinção do crédito tributário previsto no art.156, inc. III do CTN.

A transação fiscal exige lei específica de cada ente para ser implementada, pois trata da autonomia política e financeira aos entes federados. Trata-se de procedimento de extinção do crédito tributário, mediante celebração de acordo com concessões mútuas, nos termos do art. 171 do CTN.

De tal modo, este artigo foi estruturado em três seções, iniciando pela análise dos princípios, objetivos e obrigações mútuas assumidas entre as partes; para, em seguida, tratar dos requisitos, concessões e vedações no âmbito da transação fiscal; objetivando concluir pelos benefícios e vantagens que podem ser atingidos pela União, que consegue aumentar a arrecadação para financiar as políticas públicas, e

pelo contribuinte, que tem incentivo financeiro para regularizar sua situação junto a Fazenda Nacional.

2) TRANSAÇÃO FISCAL: princípios, objetivos e obrigações entre as partes.

A lei 13.988/2020 dispõe as condições para que a União e os contribuintes estabeleçam acordos mútuos para a realização de transações no intuito de resolver litígios junto à cobrança de débitos para com a Fazenda Nacional. Efetuada em juízo de oportunidade e conveniência realizado pela União, é medida que atende tanto ao soerguimento do contribuinte quanto ao implemento de arrecadação fiscal.

A transação de débitos inscritos em Dívida Ativa da União deve respeitar alguns princípios, dentre os quais aqueles citados no art. 2º da Portaria nº 9.917/2020: *“Art. 2º São princípios aplicáveis à transação na cobrança da dívida ativa da União: I - presunção de **boa-fé do contribuinte**; II - **concorrência leal** entre os contribuintes; III - estímulo à autorregularização e conformidade fiscal; IV - **redução de litigiosidade**; V - menor onerosidade dos instrumentos de cobrança; VI - adequação dos meios de cobrança à capacidade de pagamento dos devedores inscritos em dívida ativa da União; VII - **autonomia de vontade** das partes na celebração do acordo de transação; VIII - atendimento ao **interesse público**; IX - publicidade e transparência ativa, ressalvada a divulgação de informações protegidas por sigilo, nos termos da lei.”*

A transação dos débitos inscritos em DAU objetiva superar a situação transitória de crise econômico-financeira do contribuinte, com base no princípio da manutenção da empresa e sua função social, equilibrando o interesse entre a Fazenda Nacional e o sujeito passivo, adequando a cobrança e possibilitando o adimplemento dos débitos.

Dentre as modalidades, pode haver a transação por: i) adesão à proposta da PGFN; ii) transação individual proposta pela PGFN; ou iii) transação individual proposta pelo contribuinte. Quando os débitos inscritos em DAU forem iguais ou inferiores a R\$ 15 milhões, haverá a transação somente por adesão a proposta da PGFN. Superado este limite, será permitida a transação individual, proposta pela PGFN ou pelo contribuinte.

O contribuinte que efetuar a transação assume algumas obrigações perante a Fazenda nacional, conforme disposto no art. 5º da Portaria nº 9.917/2020:

“Art. 5º Sem prejuízo dos demais compromissos exigidos em Edital ou na proposta individual, em quaisquer das modalidades de transação de que trata esta Portaria, o devedor obriga-se a:

I - **fornecer**, sempre que solicitado, informações sobre bens, direitos, valores, transações, operações e demais atos que permitam à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional conhecer sua situação econômica ou eventuais fatos que impliquem a rescisão do acordo;

II - não utilizar a transação de **forma abusiva ou com a finalidade de limitar**, falsear ou prejudicar de qualquer forma a **livre concorrência ou a livre iniciativa econômica**;

III - declarar que não utiliza pessoa natural ou jurídica interposta para **ocultar ou dissimular** a origem ou a destinação de bens, de direitos e de valores, seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários de seus atos, em prejuízo da Fazenda Pública Federal;

IV - **declarar que não alienou ou onerou bens ou direitos com o propósito de frustrar a recuperação dos créditos inscritos**;

V - **efetuar o compromisso de cumprir as exigências e obrigações adicionais** previstas nesta Portaria, no Edital ou na proposta;

VI - **declarar**, quando a transação envolver a capacidade de pagamento, que as informações cadastrais, patrimoniais e econômico-fiscais prestadas à administração tributária **são verdadeiras** e que não omitiu informações quanto à propriedade de bens, direitos e valores;

VII - **renunciar** a quaisquer alegações de direito, atuais ou futuras, sobre as quais se fundem ações judiciais, incluídas as coletivas, ou recursos que tenham por objeto os créditos incluídos na transação, por meio de requerimento de extinção do respectivo processo com resolução de mérito, nos termos da alínea "c" do inciso III do caput do art. 487 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil;

VIII - **manter regularidade perante o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço**;

IX - **regularizar**, no prazo de 90 (noventa) dias, os débitos que vierem a ser inscritos em dívida ativa ou que se tornarem exigíveis após a formalização do acordo de transação."

Em linhas gerais, o contribuinte se obriga a agir de boa-fé, se compromete a não cometer fraude a execução e cumprir com suas obrigações perante a União. Lado

outro, a Fazenda Nacional assume os compromissos de esclarecer ao devedor sua situação econômico-financeira, presumir a boa-fé do contribuinte, notificar antes de rescindir a transação e tornar público os acordos firmados.

Deste contexto analítico, importa destacar o viés norteador da transação fiscal de débitos junto a União consistente no binômio auxiliar na situação econômico-financeira do contribuinte e incrementar a arrecadação de receitas.

3) REQUISITOS, CONCESSÕES E VEDAÇÕES NO ÂMBITO DA TRANSAÇÃO FISCAL.

Como toda relação jurídica, a adesão à transação fiscal exige o cumprimento de alguns requisitos, como o pagamento de entrada, manutenção de garantias e apresentação de novas formas de garantias, conforme art. 7º da Portaria nº 9.917/2020. De outro lado, a Fazenda Nacional concede algumas vantagens, na forma de oferecimento de descontos, possibilidade de parcelamentos, moratória, substituição ou liberação de garantias, flexibilizar as regras de alienações de bens e possibilidade de compensação com créditos líquidos e certos.

Em regra, a transação não implica a suspensão da exigibilidade do crédito, principalmente no caso de crédito tributário, que exige lei complementar, nos termos do art. 146, inc. III da CRFB/88. A extinção dos créditos transacionados só será efetivada com o cumprimento total das obrigações.

Ainda, é vedada a transação que implique na: redução do montante principal do crédito, da multa de natureza penal, ou maior que 50% do valor total do débito; além da proibição de concessão da quitação superior a 84 meses, envolva débitos não inscritos em DAU ou corresponda a devedor contumaz. Também é vedada a transação que envolva débitos do FGTS ou do SIMPLES NACIONAL; em relação às contribuições previdenciárias são vedados à moratória e o parcelamento em prazo superior a 60 (sessenta) meses.

A adesão deve abranger todas as CDAs elegíveis, sendo vedada a adesão parcial, a não ser que estejam garantidas, parceladas ou suspensas por decisão judicial.

O pedido de adesão será realizado através do portal REGULARIZE, conforme art. 30 da Portaria nº 9.917:

Art. 30. A adesão à proposta de transação relativa a débitos suspensos por decisão judicial fica sujeita à apresentação, pelo devedor, de:

I - requerimento de adesão à proposta de transação formulada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, conforme modelo constante no sítio da PGFN na rede mundial de computadores (www.pgfn.gov.br);

II - cópia do requerimento de desistência das ações, impugnações ou recursos relativos aos créditos transacionados, com pedido de extinção do respectivo processo com resolução de mérito, nos termos da alínea "c" do inciso III do caput do art. 487 do Código de Processo Civil.

§ 1º Os requerimentos serão apresentados na unidade da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional do domicílio fiscal do devedor.

§ 2º Tratando-se de devedor pessoa jurídica, o domicílio de que trata o parágrafo anterior será o domicílio do estabelecimento matriz.

§ 3º A documentação de que trata o inciso II deverá ser apresentada em até 60 (sessenta) dias após a formalização do acordo de transação.

Todavia, são vedadas a celebração de nova transação em relação ao mesmo crédito tributário; quando o entendimento jurisprudencial for favorável a cobrança do crédito pela Fazenda Nacional; e na hipótese de atribuir efeito prospectivo que resulte, direta ou indiretamente, em regime especial, diferenciado ou individual de tributação, conforme art. 20 da Lei 13.988/2020.

No caso da transação individual proposta pela PGFN, será restrito aos devedores cujos débitos consolidados seja superior a R\$ 15 milhões; falidos, em recuperação judicial ou extrajudicial; pessoas jurídicas de direito público; e com débitos em valor consolidado igual ou superior a um milhão de reais e que estejam suspensos por decisão judicial ou garantidos por penhora, carta de fiança ou seguro garantia.

Será rescindida a transação fiscal quando ocorrer uma das formas previstas no art. 4º da Lei 13.988/2020:

“Art. 4º Implica a rescisão da transação:

I - o descumprimento das condições, das cláusulas ou dos compromissos assumidos;

II - a constatação, pelo credor, de ato tendente ao esvaziamento patrimonial do devedor como forma de fraudar o cumprimento da transação, ainda que realizado anteriormente à sua celebração;

III - a decretação de falência ou de extinção, pela liquidação, da pessoa jurídica transigente;

IV - a comprovação de prevaricação, de concussão ou de corrupção passiva na sua formação;

V - a ocorrência de dolo, de fraude, de simulação ou de erro essencial quanto à pessoa ou quanto ao objeto do conflito;

VI - a ocorrência de alguma das hipóteses rescisórias adicionalmente previstas no respectivo termo de transação; ou

VII - a inobservância de quaisquer disposições desta Lei ou do edital.”

O devedor será notificado do cometimento de alguma das causas da lei para defesa, em trinta dias, sendo admitida a regularização de vício sanável. Consumada a rescisão da transação, o contribuinte ficará dois anos sem poder aderir a outra transação fiscal com a União.

Na forma exposta, a transação fiscal deve ser benéfica a Administração Fiscal, por aumentar e manter a arrecadação fiscal, e para o contribuinte, possibilitando o soerguimento financeiro e o adimplemento dos débitos junto ao Fisco Federal.

4) CONCLUSÃO.

Com a explanação realizada, é possível perceber que a transação fiscal envolve mútuos interesses. Para a Fazenda Nacional, implica no aumento da arrecadação fiscal, mesmo neste período de crise causado pelo COVID-19. Já quanto ao contribuinte, além das vantagens de redução dos valores a serem pagos, há o parcelamento do valor e forte incentivo para regularizar sua situação junto a União.

REFERÊNCIAS.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 16 de abril de 2020.

_____. Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020. *Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nos 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 14 abr. 2020.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. *Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.* Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 27 out. 1966.

_____. Portaria nº 9.917, de 14 de abril de 2020. *Regulamenta a transação na cobrança da dívida ativa da União.* Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 14 abr. 2020.

_____. Portaria nº 9.924, de 14 de abril de 2020. *Estabelece as condições para transação extraordinária na cobrança da dívida ativa da União, em função dos efeitos da pandemia causada pelo coronavírus (COVID-19) na capacidade de geração de resultado dos devedores inscritos em DAU.* Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 14 abr. 2020.

IMPACTOS TECNOLÓGICOS DA LEI FEDERAL Nº 13.994/2020 NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS

ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS:

Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

1. Introdução

A preocupação com a celeridade processual no âmbito da prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável possui previsão, entre outros dispositivos, no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal e nos artigos 3º, 4º, 6º, 8º, 139, inciso II, e 685, parágrafo único, todos do Código de Processo Civil). Aliás, o acesso à justiça foi garantido no inciso XXXV do artigo 5º da Carta Magna de 1988. Dizem as normas citadas:

Constituição Federal

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

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.

Código de Processo Civil

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

II - velar pela duração razoável do processo;

Art. 685. Admitido o processamento, a oposição será apensada aos autos e tramitará simultaneamente à ação originária, sendo ambas julgadas pela mesma sentença.

Parágrafo único. Se a oposição for proposta após o início da audiência de instrução, o juiz suspenderá o curso do processo ao fim da produção das provas, salvo se concluir que a unidade da instrução atende melhor ao princípio da duração razoável do processo.

No entanto, em que pese os inegáveis esforços de todos os Poderes e Funções Essenciais à Justiça no que tange à redução da morosidade, o cenário atual brasileiro ainda precisa avançar nesse quesito.

A par disso, qual seria a contribuição tecnológica da Lei Federal nº 13.994/2020 na resolução deste problema de congestionamento dos serviços judiciários?

É o que se pretende analisar, sem o condão de esgotar o tema.

2. A tecnologia a serviço do Poder Judiciário e da sociedade

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o relatório anual denominado "Justiça em Números", de 2019, apontou que as despesas totais do

Poder Judiciário alcançaram a quantia de R\$ 93.725.289.276 (noventa e três bilhões, setecentos e vinte e cinco milhões, duzentos e oitenta e nove mil reais e duzentos e setenta e seis reais)[1].

Por esse mesmo relatório, o tempo de tramitação de um processo judicial no âmbito dos Juizados Especiais foi resumido da seguinte maneira: Conhecimento nos Juizados Especiais (1 ano e 6 meses), Execução Extrajudicial nos Juizados Especiais (1 ano e 5 meses), Execução Judicial nos Juizados Especiais (1 ano e 5 meses) e Turmas Recursais (1 ano e 1 mês).

Nesse cenário, é possível verificar que a estrutura inicialmente projetada para o atendimento dos Juizados Especiais, em que pese sensíveis investimentos bilionários do Poder Judiciário, não consegue atingir a desejada celeridade e razoável duração do processo.

Volvendo os olhos para o caso em análise, cumpre transcrever a norma objeto da discussão:

LEI Nº 13.994, DE 24 DE ABRIL DE 2020

Altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

Art. 2º Os arts. 22 e 23 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art.22.

§ 1º Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz togado mediante sentença com eficácia de título executivo.

§ 2º É cabível a conciliação não presencial conduzida pelo Juizado mediante o emprego dos recursos tecnológicos

disponíveis de transmissão de sons e imagens em tempo real, devendo o resultado da tentativa de conciliação ser reduzido a escrito com os anexos pertinentes.” (NR)

“Art. 23. Se o demandado não comparecer ou recusar-se a participar da tentativa de conciliação não presencial, o Juiz togado proferirá sentença.” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 24 de abril de 2020; 199o da Independência e 132o da República.

JAIR MESSIAS BOLSONARO

Luiz Pontel de Souza

Nesse toar, o artigo 22, parágrafo 2º, da Lei Federal nº 9.099/1995 passou a permitir a conciliação não presencial conduzida pelo Juizado Especial mediante o emprego dos recursos tecnológicos disponíveis de transmissão de sons e imagens em tempo real, devendo o resultado da tentativa de conciliação ser reduzido a escrito com os anexos pertinentes.

Inegavelmente, trata-se de um sensível avanço no que tange à busca pela prometida celeridade, razoável duração do processo e economia. A partir de agora, processos poderão ser findados mediante audiências realizadas por aplicativos e sistemas diversos, a exemplo de Skype, WhatsApp, Facetime, Facebook Messenger, Instagram, Zoom, Google Hangouts, entre outros fornecidos pelo Poder Judiciário.

Imagine-se que a audiência, antes agendada com meses de antecedência devido às próprias limitações de espaço físico nos fóruns, poderá ser antecipada em função das facilidades de acomodação das partes, advogados e sujeitos processuais no ambiente virtual.

Igualmente, os envolvidos sequer precisarão se deslocar até o fórum, considerando a possibilidade de resolverem as pendências processuais de suas casas ou do próprio escritório. Os magistrados e serventuários em geral, em especial, também não necessitarão estar no ambiente físico forense, pois diante das tecnologias às suas disposições, poderão acompanhar todos os atos do processo remotamente, bastando uma conexão eficiente e segura através de aplicativos e sistemas de imagem e som em tempo real.

Trata-se, como visto, de um avanço inegável. Uma porta que se abre para o futuro da prestação jurisdicional. A tecnologia, já presente na vida cotidiana das

peças, principalmente nas redes sociais, agora passará a se tornar realidade num ambiente antes formal e resistente às mudanças: o Poder Judiciário.

A perspectiva que se abre é das melhores possíveis. Medidas que vão ao encontro da promessa constitucional de entregar a justiça efetiva aos cidadãos, sem as amarras obsoletas e arcaicas que impeçam o avançar rumo ao futuro tecnológico.

Por pertinente ao contexto, a incansável lição de Rui Barbosa se aplica, pois já questionava o mal da morosidade:

Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente[2].

E continua Rui Barbosa em sua aula sempre atual:

Ponho exemplo, senhores. Nada se leva em menos conta, na judicatura, a uma boa fé de ofício que o vezo da tardança nos despachos e sentenças. Os códigos se cansam em debalde em o punir. Mas a geral habitualidade e a convivência geral o entretêm, inocentam e universalizam. Destarte se incrementa e desmanda ele em proporções incalculáveis, chegando as causas a contar a idade por lustros, ou décadas, em vez de anos[3].

Noutras palavras, se já não existia espaço para a lentidão na prestação jurisdicional na época de Rui Barbosa, hoje – numa sociedade pós-moderna atenta aos ditames da tecnologia e da rapidez das necessidades humanas – é que, decididamente, não há.

4. Conclusão

Frente ao exposto, é importante que se tenha uma maior atenção aos desdobramentos da aplicação do artigo 22, parágrafo 2º, da Lei Federal nº 9.099/1995 no âmbito dos Juizados Especiais.

As medidas tecnológicas trazidas pela novel legislação (Lei Federal nº 13.994/2020) poderão facilitar – e muito – a prestação jurisdicional. Não há caminho de volta ao passado anacrônico das meras formalidades. A sociedade exige a mudança. O Poder Judiciário precisa se modernizar. As Funções Essenciais à Justiça também. E não há como se negar que a tecnologia é uma ferramenta fundamental nesse processo de grandes e urgentes transformações.

5. Referências bibliográficas

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços/O dever do advogado**. Campinas: Russel Editores, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. CPC. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. Lei Federal nº 13.994/2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13994.htm>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça CNJ. Justiça em Números – 2029. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2020.

NOTAS:

[1] Conselho Nacional de Justiça CNJ. Justiça em Números – 2029. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2020.

[2] In **Oração aos moços/O dever do advogado**. Campinas: Russel Editores, 2004, p. 47.

[3] Op Cit. p. 46-47.

DA POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO AVOENGA: OS EFEITOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A COMPATIBILIDADE DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

YARA RAQUEL DE SOUSA FERNANDES CARVALHO:

Acadêmica do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA.

FRANCISCA JULIANA CASTELLO BRANCO EVARISTO DE PAIVA^[1]

(Orientadora)

RESUMO[2]: O presente trabalho objetiva promover o debate acerca da adoção, analisando os principais institutos da adoção no Ordenamento jurídico brasileiro, principalmente, o Direito Civil, em especial a adoção que envolve a relação jurídica entre avós e netos. O artigo tenciona possibilitar a reflexão em relação à relevância do instituto da adoção de netos pelos avós no desenvolvimento da criança, visto que se verifica que os avós estão colaborando cada vez mais no desenvolvimento dos menores, tanto no enfoque econômico ou afetivo. O presente artigo tem como um dos seus objetivos centrais o diagnóstico do tratamento normativo da adoção entre avós e netos, caracterizando as principais situações vivenciadas na esfera familiar no sistema jurídico brasileiro, pelos avós e avós. A metodologia utilizada para o obtenção do proposto foi orientada pelo método dedutivo, utilizando-se para isto, fontes bibliográficas, com pesquisas doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais em publicações impressas e eletrônicas.

Palavras-chave: Direito Civil. Adoção Avoenga. Filiação. Avós. Netos.

ABSTRACT: This paper aims to promote the debate about adoption, analyzing the main adoption institutes in the Brazilian legal system, mainly Civil Law, especially the adoption that involves the legal relationship between grandparents and grandchildren. The article intends to make possible the reflection in relation to the relevance of the institute of the adoption of grandchildren by the grandparents in the development of the child, since it is verified that the grandparents are collaborating more and more in the development of the minors, both in the economic or affective approach. This article has as one of its central objectives the diagnosis of the normative treatment of adoption between grandparents and grandchildren, characterizing the main situations experienced in the family sphere in the Brazilian legal system, by grandparents and grandparents. The methodology used to obtain the proposal was guided by the deductive method, using bibliographic sources, with doctrinal, legislative and jurisprudential research in printed and electronic publications.

Keywords: Civil Law. Avoenga adoption. Affiliation. Grandparents. Grandchildren.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Adoção: Considerações gerais. 2. A Filiação na lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). 3. Direito da criança e adolescente ao convívio familiar. 4. Família Extensiva. 5. Adoção avoenga e a proibição contido no §1º do art. 42, da Lei 8.069/90. 6. Adoção Avoenga: Legitimidade dos ascendentes. 7. Adoção avoenga: a relevância da afetividade entre avós e netos. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A adoção evoluiu junto com os povos e a história; iniciou-se por intermédio do sentimento egocêntrico de eternizar a família que se perpetua até a atualidade, nos quais é oferecida a merecida importância ao melhor interesse no menor de idade.

Ora, desde a promulgação da CF/88, tornou-se forçosa a releitura do Direito da Família à luz dos fundamentos da dignidade da pessoa humana e solidariedade, dos quais são extraídos os princípios da proteção absoluta/integral, da afetividade e da igualdade. E é justamente com esse espírito que a Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 - ECA, passou a disciplinar o instituto da adoção de crianças e de adolescentes em nosso ordenamento jurídico.

Apesar disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente contém em seu cerne uma norma limitante que impede a adoção avoenga (parágrafo primeiro, do art. 42, ECA), cuja aplicação incondicionada, dissociada das particularidades do caso específico, não raro, acaba impondo uma solução que nem sempre ampara ao melhor interesse dos menores.

Busca-se no presente estudo analisar este tão controvertido tema, abordando as razões que levaram o legislador a criar o referido impedimento, a maneira como os responsáveis pela gestão do sistema jurídico, ou seja, operadores do direito interpretam a restrição, as vantagens e desvantagens da incidência desta regra nos casos concretos examinados, a possibilidade ou não de mitigação desta norma em favor do melhor interesse dos menores até os dezoito anos, da mesma maneira, o modo de exercício do Ministério Público como órgão interveniente nas demandas desta natureza.

Desse modo, serão empregadas as metodologias de pesquisa aplicada e descritiva, através da consulta de obras doutrinárias a respeito do direito da infância e juventude e temas correlatos e, primordialmente, da análise jurisprudencial qualitativa sobre a matéria, com o intuito de provocar uma reflexão sobre a questão. Inicialmente, serão tecidas considerações acerca do direito do infante à convivência familiar, à luz dos princípios norteadores do direito da infância e juventude,

notadamente os da proteção integral, da prioridade absoluta, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

Na sequência, será abordada o assunto da legitimidade dos ascendentes para fins de adoção. Esta etapa tem por objetivo investigar a intenção do legislador ao instituir a proibição abrangida no parágrafo primeiro do art. 42, do ECA (Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990).

Ato contínuo, trataremos da imprescindibilidade da exercício da equipe interprofissional para a construção do convencimento do magistrado e do membro do Ministério Público nos casos específicos adstritos à avaliação do Poder Judiciário. A etapa seguinte suscitará, como proposta para resolução do problema, a interpretação sistemática da regra que impede a adoção avoenga com as demais regras do próprio Estatuto e da CF/88, tendo em consideração das especificidades do fato concreto e a opinião da equipe técnica interprofissional, tendo como orientação que a solução mais justa será aquela que melhor atender aos anseios da criança ou adolescente.

Através de um olhar introspectivo, refletiremos sobre a atuação do Ministério Público como órgão interveniente nas demandas desta natureza, a qual não deve ser limitada a uma simplória e formal fiscalização da lei, devendo o órgão ministerial perseguir a efetivação dos interesses das crianças e adolescentes na medida da integral prioridade constitucional a estes destinada.

Originando-se destas explicações, o presente artigo propõe a seguinte pergunta: Quais os efeitos da decisão sobre adoção Avoenga no Superior Tribunal de Justiça e a compatibilidade do Sistema Jurídico Brasileiro? Com fundamento nesta pergunta o presente artigo tem como finalidade exibir o conceito e finalidade da adoção Avoenga, verificar o tratamento normativo da adoção entre avós e netos, caracterizando as principais situações vivenciadas na esfera familiar no sistema jurídico brasileiro, pelos avós, netos e pais, discorrer os principais aspectos da adoção Avoenga, verificar os pontos positivos e negativos referentes à adoção avoenga no Brasil.

Por conseguinte, não obstante aborde temas intrínsecos ao Direito de Família, como seu moderno conceito, os diversos tipos, as formas de filiação e os efeitos jurídicos oriundos das relações socioafetivas, o presente artigo não possui a pretensão de esgotar tais temas, mas tão somente de mencionar seus aspectos relevantes para contextualizar o objeto principal, que é a análise da possibilidade de relativização do impedimento legal supramencionado.

1. ADOÇÃO: CONSIDERAÇÕES GERAIS

Primeiramente, insta salientar que, a adoção é uma atitude de carinho, afeto e amor, de mais pura solidariedade. desprende-se, dessa forma, aquele errôneo entendimento do instituto como trivial oportunidade de conceder uma criança ou adolescente àqueles que não conceberam pelo processo natural, ou seja, do método biológico.

Antes de tecer maiores comentários relacionados ao instituto da adoção, faz necessário, esclarecer o conceito de adoção, que nas palavras de Maria Helena Diniz, adoção pode ser conceituada da seguinte maneira:

A adoção vem a ser o ato judicial pelo qual, observados os requisitos legais, se estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa, que, geralmente, lhe é estranha. Dá origem, portanto, a uma relação jurídica de parentesco civil entre o adotante e adotado. É uma ficção legal que possibilita que se constitua entre o adotante e o adotado um laço de parentesco de 1º grau na linha reta. A adoção é, portanto, um vínculo de parentesco civil. em linha reta, estabelecendo entre adotante, ou adotantes, e o adotado um liame legal de paternidade e filiação civil. Tal posição de filho será definitiva ou irrevogável, para todos os efeitos legais, posto que desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais de sangue, salvo os impedimentos para casamento (CF, art. 227, §§5º e 6º), criando verdadeiros laços de parentesco entre adotado e a família do adotante (DINIZ, 2015, p.576)

A adoção proporciona à criança e ao adolescente o convívio familiar afetivo, ademais, a adoção encontra-se presente na humanidade desde os primórdios da sociedade, tal prova se faz na própria escritura sagrada: “Quando o menino cresceu, a mulher o entregou a filha do Faraó, que o adotou e lhe deu o nome de Moises” (Êx., 2:10).

2. A FILIAÇÃO NA LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002 (CÓDIGO CIVIL)

Em relação à filiação, o art. 1.596 do Código Civil de 2002 salvaguardou a escrita do §6º, do artigo 227 da CF/88. a despeito de estabelecer, a vedação de todas as indicações diferenciadoras pertinentes à filiação, ela persiste para com o objetivo de diagnóstico formal de maternidade e paternidade. Ademais, existem os filhos adotivos, e além deles, pode haver os filhos matrimoniais ou extramatrimoniais. Isso visto que o casamento transporta com ele a

presunção *juris tatum* de paternidade e maternidade, norma zelada pelo novo Código Civil com diversos aperfeiçoamentos.

Considera Carlos Roberto Gonçalves, que:

o legislador de 2002, no que concerne à filiação, reporta-se sempre ao casamento, omitindo as situações oriundas das relações de fato reconhecidas como união estável, hoje entidade familiar protegida pelo Estado, recomendando que se revejam, de imediato, os princípios que regem as presunções considerando também estas relações de fato geradoras de garantias e obrigações (GONÇALVES, 2017, p.83).

Desse modo, oportuno esclarecer que a filiação apresenta as seguintes modalidades, são elas: a proveniente da adoção propriamente dita, a adotiva; a presumida, dado que se presumem naturais os filhos concebidos na vivência do casamento e a natural, que concerne ao aspecto biológico. Além disso, a definição de filiação consoante o professor e autor Carlos Roberto Gonçalves (2017, p.259) “filiação é a relação jurídica que vincula o filho a seus pais. Ela deve ser assim denominada quando visualizada pelo lado do filho. Por seu turno, pelo lado dos pais em relação ao filho, o vínculo se denomina paternidade ou maternidade”.

Da mesma maneira, a advogada e professora Maria Helena Diniz (2015, p.319) conceitua a filiação 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”.

Outrossim, importante pontuar que não prevalece mais nenhuma diferenciação entre filiação ilegítima e filiação legítima, no atual cenário do ordenamento jurídico civil brasileiro todos são intitulados somente filhos, alguns concebidos fora do âmbito do casamento, outros são havidos na constância da sociedade conjugal, não obstante, todos com iguais direitos e garantias estabelecidos pelo CC/02 e pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

Assim, nos dizeres de Maria Berenice Dias:

Hoje já não existe mais a distinção entre filhos legítimos e filhos ilegítimos (e filhos adotivos). Todos são filhos da mesma forma, não importa se foram concebidos dentro ou fora do casamento, se foram adotados ou se foram tidos através de uma relação sexual. Eles todos têm o mesmo direito, todos são filhos genuínos. Os filhos concebidos fora do casamento não

podem ser culpados pelo pai ou mãe ter pulado a cerca: todos são legítimos em relação a seus respectivos progenitores (DIAS, 2020, p.129).

Nesse sentido, o artigo 20 do ECA, dispõe que: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Com isso, resta evidente o objetivo de assegurar definitivamente o tratamento igualitário entre os filhos, independentemente da classificação doutrinária.

Por esse motivo, todos os filhos, independentemente de terem havido de dentro ou fora da constância do casamento, ou adquirem essa condição através da adoção, desfrutarão dos mesmos direitos e garantias, principalmente em relação à herança (direito sucessório). Reforçando, Pablo Stolze e Rodolfo P. Filho (2020, p.698), esclarecem que “ser filho de alguém não depende de vínculo conjugal válido, união estável, concubinato ou mesmo relacionamento amoroso adúlterino, devendo todos os filhos ser tratados da mesma maneira”.

Não obstante, a lei determina que, para os filhos provindos na constância da sociedade conjugal, existe uma presunção *juris tatum* de paternidade; no entanto, os descendentes havidos de fora da sociedade conjugal, existem especificações para o verificação através de meios judiciais ou voluntários; e, para os adotados, existem exigências para sua confirmação.

3.O DIREITO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE AO CONVÍVIO FAMILIAR

A família constitui-se como a base da sociedade, assim, merece especial proteção do Estado, conforme o artigo 226 da CF/88. A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 formalmente abandonou a obsoleta doutrina da situação irregular, na qual crianças e adolescentes eram tidos como mero objetos de proteção, e agora, passou-se a adotar a proteção integral, que concebe os infantes como verdadeiros sujeitos de direitos.

O preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada em 1989 pelas Nações Unidas, estabelece que:

a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão”. A família é tida como “grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças (ONU, 1989, p. 01)

Pontua-se, dessa maneira, que a Constituição Federal estabeleceu em seu art. 227 um rol de garantias fundamentais e essenciais às crianças e adolescentes, tais como direito à vida, ao lazer, à alimentação, à educação, à saúde, à dignidade, dentre outros, em especial, à convivência familiar e social, cabendo à família, à sociedade e ao Estado assegurá-los com completa prevalência. Cumpre notar que o Constituinte não conferiu a nenhum outro sujeito de direitos tão preciosa proteção, garantida com extrema preferência.

A Constituição Federal deu conformação estrutural especial aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, criando um dever de asseguramento prioritário deles, imposto aos adultos (representados no trinômio Família-Sociedade-Estado, referindo na CF 227, caput), fazendo com que esses direitos fundamentais gerem obrigações essencialmente comissivas aos obrigados (ISHIDA, 2019, p.114).

Pode-se entender que, além de consagrar a doutrina da proteção total, o referido dispositivo também é responsável por alçar a nível constitucional o princípio da prioridade absoluta dos direitos da criança. E mesmo se assim não fosse, isto é, se o Constituição houvesse sido omissa nesse sentido, ainda seria possível concluir pela garantia fundamental à convivência familiar das crianças e adolescentes, visto que tal direito decorre lógica e naturalmente da dignidade humana, elencada como um dos fundamentos da República no art. 1º, III, da CF/88. Em âmbito infraconstitucional, o direito à convivência familiar é reforçado pelos artigos dispostos no Estatuto (arts. 4º, 193 e parágrafo único do art. 100). Destarte, perante qualquer ponto de vista que se verifique a matéria, evidencia indubitável a inquietação do legislador em possibilitar à criança e ao adolescente o direito ao convívio familiar.

O princípio norteador de todas as ações na área de infância e juventude é o da doutrina da proteção total, instituído no artigo 227, caput, da CF/88, fazendo o direito à convivência familiar um dos direitos fundamentais da família, a sociedade e o Estado têm a responsabilidade de assegurar. Em virtude deste direito fundamental de convivência familiar, o abrigo foi relegado a última plano, devendo ser visto apenas como forma de “solução” de problemas e excepcionalmente aplicado.

Nesse sentido, o artigo 25 do ECA (Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990), prevê como regra geral a prevalência da criança ou adolescente junto à família natural, conceituada como “a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”. A definição de família natural, contudo, foi ampliada a partir da vigência da Lei federal nº 12.010/2009 (BRASIL, 2009), que incluiu o parágrafo único ao artigo 25 do Estatuto, disciplinando o conceito de família extensa ou ampliada

como sendo “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”. Logo em seguida, o ECA, estabelece no art. 28 as modalidades de introdução da criança ou adolescente em uma família substituta, quais sejam, adoção, tutela ou guarda.

4.FAMÍLIA EXTENSIVA

A uma garantia dos menores de convivência com familiares que não compõem a família nuclear, em outras palavras, familiares que não os próprios genitores e irmãos, da mesma maneira que, mutuamente, se há amparo a uma garantia desses familiares em conviver com a criança.

Ademais, relativamente à transformação histórica da família, sobre a família extensa, nos dizeres de Maria Helena Diniz:

a transformação histórica da família, identificou-se a inclusão legislativa do conceito de “família extensa” no ECA, que abrange “parentes próximos” (isto é, avós, bisavós, tios, primos, padrastos, entre outros). Daí decorre, igualmente, a conclusão de que devem ser aplicadas as previsões da Lei de Alienação Parental não apenas aos genitores, mas a toda a família extensa, mormente levando em conta que essa lei faz expressa referência ao prejuízo causado pela alienação do “grupo familiar” (DINIZ, 2015, p.127).

Objetivando confirmar a predisposição da jurisprudência relativamente aos direitos dos avós, foi editada a lei 12.398 de 28 de março de 2011, que adicionou o parágrafo único ao artigo 1.589 do Código Civil e deu nova redação ao art. 888, especificamente em seu inciso VII, do CPC vigente à época para estender aos avós o direito de visita aos netos, face importante da garantia à convivência familiar. Em vista disso, em relação ao direito de convivência familiar, inclui-se também a família extensa, nesse sentido, estão não apenas os avós dos menores, mas também os primos, tios, padrastos e madrastas, os parentes próximos, dentre outros, desde que já tenham estabelecido vínculos afetivos com o menor.

É possível observar, portanto, que o sistema jurídico do Brasil garante, ainda que implicitamente, direito de convivência a todos os membros da família extensiva, isto é, a todos os parentes próximos da criança, principalmente se já estabelecidos vínculos de afetividade.

5.ADOÇÃO AVOENGA E A PROIBIÇÃO CONTIDO NO §1º DO ART. 42, DA LEI 8.069/90

A existência efetiva dos avós na vida dos netos persiste em virtude da afetividade e da preocupação com o desenvolvimento e a perpetuação da família. Apesar destes vínculos serem seculares, na atualidade eles têm anunciado delineamentos diferentes, que se diversificam do social ao financeiro e do sentimental ao jurisdicional.

A vedação da adoção de descendente por ascendente, prevista no parágrafo primeiro do art. 42, do ECA, visou evitar que o instituto fosse indevidamente utilizado com intuíto meramente patrimoniais ou assistenciais, bem como buscou proteger o adotando em relação a eventual “confusão mental e patrimonial” decorrente da “transformação” dos avós em pais. Realidade diversa do quadro dos autos, porque os avós sempre exerceram e ainda exercem a função de pais do menor, caracterizando típica filiação socioafetiva. 6. Observância do art. 6º do ECA: na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2020, p.698).

Desse modo, percebe-se que a proibição da adoção avoenga visa evitar que esse ato possua apenas finalidade patrimonial, assistencial ou que ocorra uma confusão para o adotado em razão da mudança dos avós em pais. Contudo, na jurisprudência analisada, percebe-se que essas intenções não foram pilares do pedido. A adoção foi requerida com o propósito de reconhecimento da filiação socioafetiva, eis que os ascendentes permanentemente desempenharam a missão de pais da criança.

Outrora concebido como uma forma de entregar os filhos àqueles que não podiam gerá-los, atualmente o instituto da adoção destina-se a dar uma família àqueles que não a possuem, constituindo um elo de filiação, denominado de parentesco civil, pois, regra geral, desvinculado de laços de consanguinidade entre o adotante e o adotando. Assim, uma vez preenchidos os requisitos legais previstos no ECA, a relação de parentesco civil será constituída em virtude de decisão judicial, criando-se uma nova situação jurídica, um novo vínculo de filiação, a qual deverá ser inscrita perante o registro civil nas regras estabelecidas no artigo 47 do Estatuto. Trata-se da modalidade mais completa de inserção de criança ou adolescente em família substituta, eis que transforma o menor adotando em legítimo integrante da família, atribuindo-lhe a situação jurídica de filho, com os mesmas garantias e obrigações, rompendo-se os vínculos anteriormente havidos com os pais e outros familiares.

Em contrapartida, as demais modalidades (guarda e tutela) de colocação em família substituta não conferem aos guardiões e tutores a plenitude, mas tão somente alguns dos atributos inerentes ao poder familiar, razão pela qual a proteção delas advinda é inferior à proteção oriunda da adoção, que é absoluta. Dentre os requisitos legais exigidos para a adoção, merece destaque, para o objetivo do presente trabalho, a legitimidade dos adotantes.

6.ADOÇÃO AVOENGA: LEGITIMIDADE DOS ASCENDENTES

Inicialmente, destaca-se que o Estatuto (ECA) estipula 2 (duas) modalidades de proibição para o instituto da adoção: parcial e total. A primeira é aquela proibição que pode ser consertada ou eliminada, da maneira que acontece com os curadores ou tutores que desejam adotar, respectivamente, seu curatelado ou seu tutelado, eis que, em razão da norma abrangida no artigo 44 do Estatuto, necessitarão disponibilizar as contas do período de sua administração e quitar o seu alcance para, apenas então, tornarem-se autorizados a requererem a adoção do seu pupilo ou curatelado.

Por outro lado, a proibição total é aquela para o qual o legislador não imaginou a alternativa de solução, estando disciplinado no parágrafo 1º, do artigo 42, do Estatuto, que impede manifestamente a adoção por àqueles que forem ascendentes ou irmãos do menor.

Há pessoas expressamente impedidas de adotar. Segundo disposição doutrinária estes impedimentos podem ser classificados em parciais e totais. O primeiro concerne ao tutor e ao curador que almejam adotar enquanto não prestarem conta de suas administrações. É parcial, portanto, visto que assim que sanado o vício, não haverá mais tal entrave. Já o impedimento total, razão fundamental deste trabalho, diz respeito aos ascendentes e irmãos do menor a ser adotado. (MACIEL; CARNEIRO, 2014).

É cediço que objetivo do legislador ao instituir a proibição integral foi preservar os vínculos de parentesco em linha reta ascendente, esquivando-se de indesejadas alterações e desarranjos nas relações, principalmente no que concerne aos assuntos de natureza econômica e patrimoniais, sucessórias e relacionadas aos impedimentos matrimoniais. Válder Kenji Ishida, lembra que, antes da entrada em vigor do Estatuto - ECA, os Tribunais admitiam a adoção avoenga, perante a justificativa de que a adoção necessitaria ser sempre facilitada.

Todavia, sustenta que, desde a instituição da proibição legal estabelecida no parágrafo primeiro do artigo 42 do Estatuto, esse posicionamento não merece mais

prosperar. Dessa maneira, o autor ressalva, entretanto, posicionamento na direção de que seria admissível a adoção pelos avós por questões de afetividade, diante da impossibilidade de ampliação, por analogia, de uma norma restritiva de direitos a outras hipóteses nela não previstas.

Verifica-se que o legislador se atentou principalmente ao aspecto patrimonial, ignorando as relações afetivas e às finalidades sociais que abrangem a temática. Tampouco, considerou as reais vantagens que esta traria para criança e adolescente em estágio de desenvolvimento. Numa legislação voltada para a figura do adotado, o intuito preponderante deveria estar conexo aos benefícios condizentes com um ambiente familiar, preexistente, proporcionando a formação de maneira sadia e atendendo o melhor interesse dos menores (FONSECA, 2015, p.463).

Por isso, a mencionada proibição encontra respaldo em grande parcela da doutrina, que, de modo geral, defende que, sendo a adoção uma das modalidades de colocação da criança em família substituta, naturalmente, o acolhimento de um neto pelos avós não poderia ser realizado através desse instituto, considerando o caráter de excepcionalidade que lhe é atribuído pelo ordenamento jurídico. Nesses casos, a situação deveria ser regularizada através dos institutos da guarda ou tutela, suficientes para resguardar os interesses de um infante à falta ou impedimento dos pais, mantendo-se o equilíbrio das relações de parentesco, patrimoniais e sucessórias.

Já no cenário jurisprudencial pós-vigência do ECA, prevalecia de forma absoluta o entendimento de que a proibição à adoção por ascendentes não comportaria qualquer mitigação e que eventual proposta de demanda com tal pretensão deveria ser prontamente fulminada em razão da impossibilidade jurídica do pedido. Embora esta também tenha sido a conclusão alcançada pela 3ª Turma do STJ no ano de 1996, no julgamento do REsp nº 76.712/GO47, impende destacar que o acórdão não foi proferido de forma unânime, tendo contado com a dissonância do Ministro Relator, Waldemar Zveiter, que restou vencido na ocasião.

Outrossim, naquela situação concreta tratava-se de requerimento de adoção de criança com onze anos, sem pai conhecido e cuja genitora não apresentava plena capacidade de entendimento, sendo certo que os avós maternos pretendiam regularizar situação de fato já existente, na medida em que tinham a criança como seu próprio filho, e esta os tinha como seus pais. O Ministro Relator, ressaltando que a pretensão dos avós não era movida por interesses materiais, prestigiou a regra

determinada no art. 6º do Estatuto e interpretou a vedação, por todos, veja-se o seguinte julgado do E. TJ do Estado do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR C/C ADOÇÃO. AVÓS PATERNOS. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. VEDAÇÃO LEGAL. INDEFERIMENTO DA INICIAL E EXTINÇÃO DO FEITO. RECURSO QUE NÃO MERECE PROSPERAR. Alegação de que o menor se encontra sob seus cuidados desde tenra idade, tendo fortes laços afetivos com os autores, que suprem todas suas necessidades materiais e emocionais. Genitor falecido e genitora que não tem condições de prover o sustento e criação do menor. Pretensão autoral, entretanto, que esbarra na vedação legal contida expressamente no § 1º do art. 42 da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Possibilidade de verdadeira distorção da própria árvore genealógica familiar, pois já possuem os ascendentes relação de parentesco com o pretense adotando, o que esvazia o próprio teor da adoção, que é a colocação da criança em família substituta. Ainda que os recorrentes possuam a guarda de fato, tal circunstância, por si só, não dá ensejo a pretendida adoção e tampouco a destituição do poder de família, que depende de ação própria e comprovação inequívoca. Entendimento jurisprudencial do STJ e deste Tribunal de Justiça. SENTENÇA QUE NÃO MERECE REPARO. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, NOS TERMOS DO ART. 557, CAPUT, DO CPC" (0005441-30.2012.8.19.0068 – Apelação - Des(a). Andre Emilio Ribeiro Von Melentovytsch - Julgamento: 02/09/2014 - Vigésima Primeira Câmara Cível). 47 "Adoção. Ascendente. Proibição. Inarredável a norma cogente do art. 42, par. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que proíbe a adoção por ascendente. Recurso conhecido e provido (REsp 76.712/GO, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO COSTA LEITE, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/1996, DJ 17/03/1997, p. 7498).

Com isso, percebe-se que a regra trazida no parágrafo primeiro do artigo 42, do ECA, consoante o fim social a que se destina, qual seja, o melhor interesse do infante, votando pela manutenção da sentença que havia deferido a adoção pretendida. Infelizmente, contudo, prevaleceu o pragmático entendimento da maioria dos Ministros que integravam a 3ª Turma, no direcionamento de que a clareza da norma contida no parágrafo primeiro do artigo 42, do Estatuto não

conferia margem a qualquer trabalho interpretativo, rechaçando o desejo adotiva dos avós maternos.

O referido julgamento, entretanto, registrou uma insólita situação: malgrado o indeferimento da adoção pretendida pelos avós, os Ministros Costa Leite e Nilson Naves praticamente admitiram que deixaram de aplicar a solução mais justa àquele caso concreto, na medida em que afirmaram que dissentiam do Ministro Relator a contragosto, diante dos motivos nobres da adoção.

Apesar do desfecho desfavorável do caso para aquele núcleo familiar, o referido julgado demonstra que naquela época, com seis anos de vigência do Estatuto, e, conseqüentemente, da referida vedação legal, o tema já era controvertido.

Além disso, a CRFB/88 estabeleceu, no seu art. 227, que as crianças e adolescentes dispõem de um leque de direitos e garantias essenciais e fundamentais intrínsecos à pessoa humana, que necessitam ser garantidos pelos familiares, pela sociedade de um modo geral e pelo Estado, abrangendo-se, neste ponto, o Ministério Público. Em razão disso, o ordenamento jurídico prevê o tratamento de absoluta prioridade – estabelecido pela CRFB/88 e ECA – estabelecendo que os seus direitos deverão prevalecer em eventuais choques com os direitos dos adultos.

De fato, com o diagnóstico da afetividade como componente essencial e insubstituível das relações de parentescos, começou-se a valorizar e conceder efeitos jurídicos às relações derivadas do vínculo socioafetivo, ademais, para com o objetivo de formação do denominado parentesco socioafetivo. Entretanto, ainda que seja admitido pelo ordenamento jurídico que alguém inteiramente estranho, sem nenhum vínculo sanguíneo com o menor, seja formado pai ou mãe, de forma oposita, impossibilita-se que isso aconteça entre específicos familiares que demonstrem vínculo consanguíneo entre si, em concordância com a regra impeditiva determinada no parágrafo primeiro do artigo 42, do Estatuto, que veda aos avós a adoção de seus respectivos netos.

Não obstante a interpretação na direção da vedação disposta na norma supracitada configura uma proibição total e insuperável à adoção, entende-se que o impedimento deverá ser compreendida forneendo a relevância necessária às finalidades sociais e a circunstância particular do menor como ser humano em evolução, em concordância com o estabelecido pelo artigo 6º do Estatuto. Além disso, inexistente possibilidade de contemplar que o diploma legal (ECA) elaborado para proporcionar uma proteção integral à criança e ao adolescente comporte uma norma proibitiva, capaz de promover complicações invencíveis ao Direito Constitucional brasileiro e ao bom convívio familiar, desconsiderando as

individualidades das situações concretas e fechando os olhos para as soluções que verdadeiramente respeito o melhor interesse do menor na situação específica apresentada.

O atual ordenamento jurídico brasileiro é bastante rígido em relação ao processo de adoção, estabelecendo um amplo conjunto de normas, dispostas, principalmente no ECA e na lei de adoção, sempre visando proteger os interesses do adotando. Dentre as aludidas regras, está a proibição de adoção de descendentes por ascendentes, estabelecida no art. 42, parágrafo primeiro, do ECA. Assim, para que a adoção possa ser efetivada, passando a gerar vínculo de filiação, uma série de requisitos subjetivos e objetivos devem ser observados, por ambas as partes, sendo obrigatória, na inteligência do artigo 227, § 5º, da CF/88, a assistência do Poder Público (FONSECA, 2015, p.474).

Indubitavelmente, o sentido da regra proibitiva inserida no parágrafo primeiro do artigo 42, do Estatuto, tem de ser compreendida de maneira harmoniosa com o ordenamento jurídico vigente, por intermédio de uma interpretação sistematizada com o restante das regras que integram o próprio ECA, da mesma forma que os princípios e direitos fundamentais assegurados na CFRB/88. À vista disso, nas situações em que restar corretamente explicitada a posse da condição de filho do avô ou avó relativamente ao neto ou neta, mediante avaliações técnicas de profissionais especializados confirmando que a adoção proporciona o melhor interesse ao adotando, o caso concreto deve prevalecer em relação à regra perversa e ultrapassada determinada no parágrafo primeiro do artigo 42 do Estatuto. Nessas situações específicas, a ponderação dos interesses em conflito, de um lado estão conditos os assuntos econômicos, patrimoniais, sucessórias, a conservação dos graus de parentescos, e por outro lado, os interesses relacionados ao sentimento de pertencer a um núcleo familiar, ao respeito à dignidade da pessoa humana do menor, à plenitude e respeito dos direitos da personalidade inerente a todos os seres humanos, ou seja, favoráveis ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Além disso, não se pode esquecer que a adoção representa grandes benefícios para o menor de idade. Um dos benefícios é oferecer ao ordenamento jurídico uma relação familiar que encontra-se na realidade fática, atribuindo judicialmente a situação de filho (a) a quem já se compreende deste modo. Outrossim, a adoção atribui máxima proteção ao menor adotando, com todos os efeitos dela decorrentes. Saliente-se ainda que, permitir que o menor fique sob a guarda de alguém, em vez de proporcionar a sua adoção pelos avós, é desprezá-la a um elo jurídico vulnerável e deficiente, sem

qualquer segurança jurídica, recusando indevidamente a construção de uma relação afetiva de maternidade e paternidade manifestada a toda sociedade.

Conseqüentemente então, a saída pelo abrandamento da proibição legal imposta, necessitará ser invariavelmente fundamentada nas singularidades da situação concreta, apoiada em fundamentos e princípios técnicos e profissionais desenvolvidos no processo de adoção, sendo fundamentado nos direitos e garantias fundamentais e essenciais às crianças e adolescentes e assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por esses motivos, destaca-se que, conceder a adoção nessas situações, é questão não somente de conceder direitos por conta de um vínculo que já existe entre os avós e os netos, mas também uma questão de respeito à Dignidade da pessoa humana preconizada pela CRFB/88, de todos os envolvidos, proporcionando que o neto que é considerado filho por sociafetividade seja reconhecido como filho adotivo na forma da legislação vigente.

6.ADOÇÃO AVOENGA: A RELEVÂNCIA DA AFETIVIDADE ENTRE AVÓS E NETOS

O direito ao convívio familiar é garantido constitucionalmente à crianças e adolescentes, com base no artigo 227, caput, da CR/88 e é ratificado em legislação infraconstitucional para o idoso, em especial no art. 3º, caput Estatuto do Idoso. Sua relevância se dá pelas diversas possibilidades de construção de singularidades e procura de felicidade em virtude da convivência e suporte recíproco:

É no domicílio que a família se desenvolve física, emocional, mental e espiritualmente; é onde se estabelecem as relações interpessoais, permeadas por crises e conflitos. Nos momentos de doença, os membros da família necessitam de apoio, objetivando a superação, a adaptação e o crescimento nas relações de autoajuda e cuidado (ISHIDA, 2019, p.169).

Assegura a convivência familiar avoenga os direitos aos vínculos afetivos, bem como assegura o direito à identidade, próprio das relações de parentesco. A observância de tais direitos não diz respeito a uma faceta estática, mas sim ao caráter dinâmico de construção de laços significativos para que crianças e adolescentes possam ter o sadio desenvolvimento de sua personalidade.

A convivência familiar diz respeito, em verdade, à própria dignidade humana. Permite a formação de relações de pertencimento, de identidade, de individualização, bem como exige o reconhecimento de que o conviver limita o nosso modo-de-ser egoísta para promover o cuidado com o próximo, conquanto vulnerável, no seio da família.

A condição das crianças e adolescentes de pessoas em especial circunstância de desenvolvimento faz com que a convivência familiar coopere substancialmente para sua evolução emocional e afetiva, do mesmo modo, para que aprenda a conviver com valores de outras gerações:

O amor que os avós transmitem aos seus netos deve ser experimentado, compartilhado e preservado, pois tal convivência possibilitará aos descendentes o contato com valores diferentes que serão ponto de referência e construção de sua personalidade e caráter através da dialética que estabelece com outras gerações, como disse Jaques Lacan (ISHIDA, 2019, p.71).

Os avós exercem, com muita frequência, cuidados auxiliares para que os pais possam trabalhar. Refere-se a uma opção feita não apenas pela necessidade e pela disponibilidade avoenga, mas mesmo pela relação de afeto mantida, tanto entre avós e pais como entre avós e netos. Nesse sentido, a 3ª turma do STJ autorizou a adoção avoenga em atenção ao melhor interesse da criança.

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO POR AVÓS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. PADRÃO HERMENÊUTICO DO ECA. 01 - Pedido de adoção deduzido por avós que criaram o neto desde o seu nascimento, por impossibilidade psicológica da mãe biológica, vítima de agressão sexual. 02 - O princípio do melhor interesse da criança é o critério primário para a interpretação de toda a legislação atinente a menores, sendo capaz, inclusive, de retirar a peremptoriedade de qualquer texto legal atinente aos interesses da criança ou do adolescente, submetendo-o a um crivo objetivo de apreciação judicial da situação específica que é analisada. 03. Os elementos usualmente elencados como justificadores da vedação à adoção por ascendentes são: i) a possível confusão na estrutura familiar; ii) problemas decorrentes de questões hereditárias; iii) fraudes previdenciárias e, iv) a inocuidade da medida em termos de transferência de amor/afeto para o adotando. 04. Tangenciando à questão previdenciária e às questões hereditárias, diante das circunstâncias fática presentes - idade do adotando e anuência dos demais herdeiros com a adoção, circunscreve-se a questão posta a desate em dizer se a adoção conspira contra a proteção do menor, ou ao revés, vai ao encontro de seus interesses. 05.

Tirado do substrato fático disponível, que a família resultante desse singular arranjo, contempla, hoje, como filho e irmão, a pessoa do adotante, a aplicação simplista da norma prevista no art. 42, § 1º, do ECA, sem as ponderações do "prumo hermenêutico" do art. 6º do ECA, criaria a extravagante situação da própria lei estar ratificando a ruptura de uma família socioafetiva, construída ao longo de quase duas décadas com o adotante vivendo, plenamente, esses papéis intrafamiliares.06. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 1635649/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 02/03/2018)

A proibição do ECA da adoção de netos pelos seus avós pode ser relativizada em situações extraordinários, tendo em conta o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Com base nesses fundamentos, a quarta turma do STJ, em decisão mais recente, se alinhou ao posicionamento da terceira Turma, ao negar recurso do Ministério Público de São Paulo.

Nesse caso específico, o juiz de 1º grau decidiu legítima o requerimento de adoção inferido pela avó paterna e seu companheiro, decisão que foi conservada pelo TJ/SC. Na situação, os pais da criança foram apropriadamente citados e ouvidos em audiência, e manifestaram aprovar a adoção por parte dos avós.

O Ministério Público de São Paulo interpôs recurso contra a decisão defendendo a impossibilidade/inviabilidade jurídica da adoção avoenga, pois proibida explicitamente pelo artigo 42 §1º do Estatuto, visto que, determinou, verbi gratia, a inviabilidade da adoção avoenga. Todavia, o ministro relator Luís Felipe Salomão, rechaçou a argumentação em sede de recurso do MP/SP e manifestou posicionamento que se harmoniza com o posicionamento da jurisprudência da Terceira turma, permitindo a adoção avoenga em circunstâncias extraordinários, quais sejam: o adotando tenha menos de dezoito anos; os avós desempenhem de maneira exclusiva, as obrigações de pai e mãe do neto desde sempre; a adoção manifeste efetivas vantagens ao menor; que não exista nenhuma discordância familiar a respeito da adoção do menor; que haja o reconhecimento do adotando (neto) de que os seus avós (adotantes) sejam seus genitores, e os um de seus pais seja o seu irmão ou irmã; que haja um atestado da socioafetividade através de um estudo psicossocial; que não haja risco de confusão emocional ou mental a ser desenvolvida pelo menor adotando; que não haja nenhum interesse ilegítimo para a adoção ocorrer.

Assim sendo, com base no contexto de proteção à criança, do melhor interesse da criança e do adolescente, fica evidente que o princípio do melhor interesse deve

nortear a aplicação das disposições relativas aos infantes, dentre elas, as regras concernentes à adoção de avós pelos netos., flexibilizando esta modalidade de adoção para que seja preservado o melhor desenvolvimento familiar da criança ou adolescente.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisou a viabilidade da adoção avoenga e os efeitos da decisão do Superior Tribunal de Justiça e a compatibilidade do sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido, abordou-se num primeiro momento sobre as considerações gerais do instituto da adoção, conceito, características, espécies.

Ato contínuo, analisou-se a filiação no Código Civil de 2002, abordando a sua importância e as características relacionadas ao instituto da adoção, principalmente no tratamento igualitário dispensado aos filhos legítimos (aqueles havidos na constância da sociedade conjugal), aos ilegítimos (aqueles havidos estranhos à sociedade conjugal), e aos adotivos.

Outrossim, abordou-se a importância da convivência familiar para o desenvolvimento humano da criança e do adolescente. Também, no tópico relativo à Família extensiva, estabeleceu-se que o sistema jurídico do Brasil garante, ainda que implicitamente, direito de convivência a todos os membros da família extensiva, isto é, a todos os parentes próximos da criança, principalmente se já estabelecidos vínculos de afetividade.

No tocante ao impedimento estabelecido pelo art. 42, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, percebe-se que é acertada o posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça no sentido de possibilitar a adoção dos avós em relação aos seus netos, desde que observados alguns requisitos, proporcionando à criança e ao adolescente adotando a possibilidade de melhor desenvolvimento numa convivência familiar com um maior grau de afetividade entre os avós e os netos, nutridos desde à infância

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

_____. **Lei nº 13.105/2015**. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 fev. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009**. Brasília, DF: Senado Federal, 2009.

_____. **Lei nº 12.398, de 28 de março de 2011**. Brasília, DF: Senado Federal, 2011.

_____. **Lei nº 8.069/1990, de 13 de julho de 1990.** Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1635649/SP. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Brasília, 02 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0005441-30.2012.8.19.0068. Rel. Ministro Waldemar Zveiter. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Rio de Janeiro, 17 mar. 1997.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. Salvador: juspodivm, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil** : volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina e Jurisprudência**. 20. ed. Salvador: Juspodvim. 2019.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 01 mai. 2020.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NOTAS:

[1] Graduada em Direito pela Universidade Federal do Piauí, Professora do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail*: rro@yahoo.com.br

[2] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Teresina-PI, 04 de maio de 2020.

ASPECTOS LEGAIS DO MONITORAMENTO DE CELULARES PARA CONTENÇÃO DA COVID-19

LESLIÊ FIAIS MOURAD: Advogada tributarista. sócia do Fernando Quércia Advogados Associados, especialista em Direito Tributário pelo Centro de Extensão Universitária (CEU) e graduada pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS).

O Brasil estuda a possibilidade de ter acesso aos dados da população por meio das operadoras de celulares com o intuito de identificar aglomerações. Esse controle é realizado na China e na Coreia do Sul, por exemplo. O uso de ferramentas tecnológicas nesses países tem se mostrado de grande valia para o enfrentamento da pandemia e, por esta razão, é cogitada para a realidade nacional.

O sistema de monitoramento começou a ser testado no último dia 08 no Estado de São Paulo, com base em dados cedidos pelas concessionárias Vivo, Claro, Oi e Tim. Essas operadoras passarão a monitorar o isolamento social em todo o Estado, durante a quarentena.

A utilização desses dados permite acompanhar a velocidade com que o vírus se espalha por determinadas áreas, bem como identificar as regiões com mais risco de contágio. A própria Organização Mundial da Saúde (OMS) reconhece que o rastreamento dos contatos é a forma mais eficaz de combater a propagação da pandemia da COVID-19.

Por meio desse monitoramento, é possível identificar por onde as pessoas infectadas transitaram em períodos passados. Trata-se, portanto, de um recurso relevante que pode salvar milhares de vidas.

Contudo, no Brasil, do ponto de vista jurídico, esbarramos no direito à privacidade, dentre as garantias individuais que devem ser preservadas. Isso porque, por meio desse monitoramento, seria admissível ter acesso, em tese, a informações privilegiadas, com possibilidade de posterior uso indevido desses dados. Atualmente, exatamente por isso, o compartilhamento de dados em nosso País só é possível mediante autorização judicial.

O objetivo de qualquer medida de controle, então, deve ser, exclusivamente, o de utilizar esses dados para fazer monitoramento de pessoas com a finalidade de garantir o distanciamento social e a identificação de focos existentes, evitando-se a propagação do vírus.

Os dados coletados pelas operadoras de telefonia não as tornam titulares dessas informações; muito pelo contrário, elas apenas podem utilizá-las para o desenvolvimento de sua atividade. Portanto, o compartilhamento desses dados, salvo a já mencionada possibilidade de determinação judicial, dependeria de expressa autorização do titular.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que entrará em vigor em dezembro de 2020, dispõe acerca do princípio da finalidade como uma das condições para a licitude da atividade de tratamento de dados. Não há previsão legal em nosso ordenamento jurídico, de todo modo, para o compartilhamento de indicativos de geolocalização. Dessa forma, para que haja esse compartilhamento, far-se-ia necessária a edição de lei prevendo as garantias necessárias, bem como a finalidade exclusiva de resguardo ao direito a vida, diante do cenário de pandemia, e a exclusão dos dados com a normalização da situação.

Sem a edição da aludida lei, ainda que em situação emergencial, entendemos que a medida seria inconstitucional, uma vez que fere princípios fundamentais, como a inviolabilidade da vida privada e a liberdade de locomoção, previstos na Constituição Federal.

Feitas essas considerações, concluímos que o uso dos dados deve ter a finalidade exclusiva da preservação da vida humana. Jamais poderá haver a utilização destas informações pelo Governo, com qualquer outro propósito. Portanto, com intuito de combater a pandemia, a presente medida pode ser utilizada, sim, desde que seja editada por lei, com garantia de preservação da privacidade dos cidadãos, bem como com a devida fiscalização dos órgãos que vão controlar esses dados, para evitar qualquer tipo de abuso.

FAMÍLIA MONOPARENTAL E A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

FABRICIO LIMA OLIVEIRA:
Acadêmico do Curso de Bacharelado
em Direito pelo Centro Universitário
Santo Agostinho – UNIFSA.

IZABELA THAIZA SILVA LIMA⁶

(coautora)

FRANCISCA JULIANA CASTELLO BRANCO EVARISTO DE PAIVA⁷

(orientadora)

RESUMO: A Família Monoparental foi reconhecida pela Constituição Federal de 1988 como uma importante entidade familiar. Todavia, ainda não recebeu os devidos amparos infraconstitucionais. Por essa razão, a questão norteadora da discussão em tela, versa sobre o seguinte questionamento: quais problemas a família monoparental enfrenta pela falta de regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro? Re família monoparental e a necessidade de regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro. Ressalta-se que, o presente estudo tem como objetivo central relatar a necessidade de uma regulamentação que inclua as famílias monoparentais no ordenamento jurídico brasileiro. À vista disso, para atingir este fim, foi aplicado como recurso metodológico a realização de pesquisas bibliográficas, seguido da utilização do método de abordagem dedutiva. Diante do exposto, com a realização das pesquisas preliminares, foi possível identificar que existem características peculiares nas formações familiares monoparentais, além de dificuldades específicas vivenciadas por esse grupo, ocasionadas pela falta de dispositivos normativos direcionados à essa estrutura familiar, que apresenta grande expansão social nos últimos anos. Portanto, constatou-se que, os núcleos monoparentais ainda não estão no rol dos interesses primordiais da legislação vigente e nem recebe a atenção merecida. Fato este, que se encontra em contradição com a importância e papel da instituição família, haja vista que, é considerada base

⁶ Acadêmico do Curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

⁷ Professora do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

da sociedade, e por esse motivo, a todas devem ser conferidas uma proteção especial.

Palavras-chave: Monoparentalidade, vulnerabilidade, direito da família.

ABSTRACT: The Monoparental Family was recognized by the Federal Constitution of 1988 as an important family entity. However, it has not yet received the necessary infra-constitutional support. For this reason, the guiding question of the discussion on screen, deals with the following question: what problems does the single-parent family face due to the lack of regulation in the Brazilian legal system? Single-parent family and the need for regulation in the Brazilian legal system. It is emphasized that the present study has as its central objective to report the need for a regulation that includes single-parent families in the Brazilian legal system. In view of this, to achieve this end, bibliographic research was applied as a methodological resource, followed by the use of the deductive approach method. Given the above, with the completion of preliminary research, it was possible to identify that there are peculiar characteristics in single-parent family backgrounds, in addition to specific difficulties experienced by this group, caused by the lack of normative devices aimed at this family structure, which presents a great social expansion in last years. Therefore, it was found that single-parent nuclei are not yet among the primary interests of current legislation and do not receive the attention they deserve. This fact, which is in contradiction with the importance and role of the family institution, given that it is considered the basis of society, and for that reason, all must be given special protection.

Keywords: Single parenting, vulnerability, family law.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. Direito das famílias. 2.1. Evolução do direito de família e o pater poder. 2.2. Conceitos de família. 2.3. Natureza jurídica do direito de família. 2.4. Princípios constitucionais e específicos do Direito de Família. 2.4.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2.4.2. Princípio do Pluralismo das entidades familiares. 2.4.3. Princípio da Afetividade. 3. Da família monoparental. 3.1. Origem. 3.2. Conceito. 3.3. Situações que acarretam a família monoparental. 3.3.1. Divórcio. 3.3.2. Viuvez. 3.3.3. Adoção. 3.3.4. Inseminação artificial. 4. Da necessidade de regulamentação das famílias monoparentais. 4.1. Da responsabilidade do ascendente a subsistência da família. 4.2. Da vulnerabilidade da família monoparental. 4.3. Proteção estatal. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

No presente estudo será realizada uma discussão sobre a família monoparental e a necessidade de regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro. O citado

núcleo familiar encontra-se amparado pela Constituição Federal de 1988, porém, sem previsão expressa no Código Civil de 2002.

Diante disto, princípios como da dignidade da pessoa humana, igualdade, pluralismo das entidades familiares e afetividade fizeram com que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, pudesse reconhecer a família como base da sociedade.

Por muito tempo prevaleceu os ensinamentos de que a família, era aquela decorrente apenas do casamento, cabendo somente a esse instituto amparo social e jurídico. No entanto, a Carta Magna vigente possibilitou o reconhecimento de novas formas de núcleo familiar, como união estável e a família monoparental, na qual fazem parte de um rol exemplificativo de entidades familiar, contudo, o casamento continuou sendo reconhecido como forma de instituto familiar.

Presume-se que, o que deve unir as pessoas são seus laços afetivos, e não o matrimônio, é com essa interpretação que a família monoparental se faz reconhecida como comunidade formada por qualquer dos pais e sua prole. Logo, a família é considerada constitucionalmente como a base da sociedade e em decorrência disso a família monoparental merece tratamento equiparado no que tange a direitos e deveres.

Assim, analisar a falta de regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro dada à família monoparental é necessário e atual, tendo em vista, que o número de entidades nas quais há apenas um dos genitores e seus descendentes cresce a cada dia, diante da grande quantidade de divórcios, dissoluções de uniões estáveis, viuvez, adoções e inseminações artificiais.

Ressalta-se que, são objetivos do estudo: revisar a bibliografia de Direito Civil referente ao Direito de Família e relatar à necessidade de uma regulamentação as famílias monoparentais no ordenamento jurídico brasileiro. Tais objetivos foram delineados para responder a seguinte questão norteadora: quais problemas a família monoparental enfrenta pela falta de regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro? Por conseguinte, a motivação para o desenvolvimento dessa pesquisa é o ensejo de poder contribuir com a discussão teórica sobre o tema, bem como favorecer a visibilidade da família monoparental.

À vista disso, o estudo em tela, foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, com a utilização da abordagem dedutiva. Método este que, se perfaz por meio da leitura e análise de livros e artigos científicos. Esse recurso metodológico, visa esclarecer como se processa o conhecimento da realidade.

Dessa forma, a pesquisa está dividida em três capítulos: o primeiro tratará do direito das famílias, que vai desde a evolução do direito de família até a chegada de princípios norteadores e tutelados pela Carta Magna vigente. Posteriormente, o segundo capítulo discutirá sobre a família monoparental, no que tange sua origem até as situações que acarretam a monoparentalidade. Por último, o terceiro capítulo vai abordar sobre a necessidade de regulamentação desse núcleo familiar, a responsabilidade do ascendente a subsistência da família, relativas às questões de vulnerabilidade e a proteção estatal.

Portanto, a importância social desse estudo, é ampliar as reflexões teóricas sobre as famílias monoparentais, para evidenciar que elas carecem do devido amparo institucional, já que isso, possibilita uma maior segurança jurídica, no que tange a direitos e deveres visando a diminuição de sua vulnerabilidade.

2 DIREITO DAS FAMÍLIAS

2.1 Evolução do direito de família e o pater poder

A evolução sociológica da família é percebida através de vários estágios primitivos, na qual a atuação da força imaginária é maior que a atuação do próprio fato. É certo que, a família na história dos agrupamentos humanos precede todos os demais, seja como fenômeno biológico ou social. O homem ao nascer, encontra-se inerente ao seio familiar, onde se inicia a moldagem de sua personalidade, convívio social e busca na realização pessoal (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

Contudo, existem inúmeras Teorias que buscam explicar as origens da família. Alguns assentam seus fundamentos no sistema poligâmico, onde o indivíduo possui vários cônjuges, ou seja, um homem e várias mulheres ou pela forma de poliandria, em que se tem uma mulher casada com vários homens, tem-se o patriarcado e o matriarcado, e aqueles que defendem a organização familiar monogâmica (AZEVEDO, 2019).

A união de crenças e forças religiosas fez surgir a gênese da família, fundando-se na autoridade parental e marital, chegando até mesmo ser considerada como associação religiosa natural em tempos remotos. A família ao longo dos séculos desempenhou funções políticas e de organização social, funções econômicas, o que lhe garantiu subsistência, funções biológicas e psicológicas, que configuram instrumentos de preservação e desenvolvimento da própria espécie (MALUF, C.; MALUF, A., 2018).

No entanto, foi em Roma que se fez surgir o *pater família*, nesse sentido dispõe Maynz (1891, *apud*, MALUF, C.; MALUF, A., 2018, p.23):

“Representava o conjunto de pessoas submetidas ao poder do *pater*, compreendendo tanto pessoas quanto bens. Agia dessa forma a organização familiar diretamente na condição individual e patrimonial do indivíduo”. (MAYNZ, 1891, apud, MALUF, C.; MALUF, A., 2018, p.23).

O pai era detentor dos bens e da vida de todos os entes da família, por outro lado a mulher era tratada como coisa, e seu dever era procriar e educar os filhos, em virtude disso, as famílias romanas eram formadas visando basicamente o culto ao patrimônio.

No Brasil o instituto da família possui influência do direito Romano, Canônico e Germano sobre a ótica legislativa vigeram as Ordenações do Reino, e as Ordenações Filipinas como forma de conduzir o direito civil da época até a chegada do Código Civil de 1916, no qual afirmava que a família estava ligada por dois pontos - o casamento formal e a consanguinidade -, porém, com os princípios da liberdade e igualdade consignados na época foi possível surgir e expandir o divórcio, assim como o reconhecimento da família natural, relativizando os conceitos marital e parental, o que ocorreu de fato foi uma grande evolução aos costumes, frente a legislação familiar (MALUF, C.; MALUF, A., 2018).

Na contemporaneidade os pais exercem o poder familiar em interesse da prole, o poder -direito do *pater* foi devidamente substituído pelo poder-dever, a medida que a Constituição Federal de 1988, em seus artigos 226, § 5º e 227, garante aos pais e cônjuges uma igualdade de direitos e deveres perante a família (BRASIL, 1988).

2.2 Conceitos de família

A família por possuir formação diversificada, precisa de uma conceituação abrangente, o que leva a uma enumeração de institutos, que iram regulamentar as relações de pessoas ligadas por um vínculo de consanguinidade, afinidade ou afetividade entre pais e filhos, cônjuges ou companheiros, e colaterais até quarto grau (DIAS, 2016).

Bevilaqua (1956, *apud*, AZEVEDO, 2019, p.24), ao conceituar família como instituto jurídico determina:

Direito da Família é o complexo das normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o

vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela. Bevilaqua (1956, apud, AZEVEDO, 2019, p.24).

O direito de família na concepção do citado autor, é coberta por normas, que tutelam as partes envolvidas, desde a celebração do casamento com seus efeitos e validades até as relações financeiras da sociedade conjugal, e a dissolução desta, o poder familiar frente à prole, assim como o vínculo de parentesco e os institutos como a tutela a curatela.

Antigamente a sociedade só buscava aceitar as famílias maritais, ou seja, aquelas constituídas pelo casamento. Diante disso, a norma jurídica só amparava as relações de filiação, o próprio casamento e as formas de parentesco. Foi com o reconhecimento dos vínculos afetivos formados sem a oficialidade, que as relações extrapatrimoniais surgiram no mundo jurídico, e amparado pela jurisprudência possibilitou a Constituição Federal de 1988 conceituar a união estável, fazendo com que o legislador elevasse tal instituto ao Livro do Direito de Família.

Ademais, omitiu-se disciplinar as famílias monoparentais, também reconhecidas pela Carta Magna como entidade familiar, não tratando sobre as famílias homoafetivas, que somente foram inseridas no direito de família por entendimento jurisprudencial firmado (DIAS, 2016).

Por outro lado, a doutrina aponta que além de estudar os institutos atrelados ao direito de família, como o casamento, alimentos, relação de parentesco, filiação, fez-se necessário, o entendimento que tais institutos são essenciais e cogentes, tendo em vista, estarem relacionadas com o direito existencial no tocante a percepção da pessoa humana (TARTUCE, 2019).

Desta forma, é possível conceituar família pelos ensinamentos de Gonçalves (2019), que afirma:

Já se disse, com razão, que a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, sem, no entanto, defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia. (GONÇALVES, 2019, p.17).

2.3 Natureza jurídica do direito de família

A família por ser base da sociedade como dispõe o artigo 226 da Constituição Federal, possibilita ao Estado a realização de proteção, executando por meio de normas de ordem pública. Tal imposição não cabe revogação por vontade das partes, ou seja, representa normas de cunho cogente, salvo em situações de regime de bens, imperativa, inderrogáveis, de natureza personalíssima cujos direitos são irrenunciáveis e intransmissíveis.

Vale ressaltar, às vezes cabe uma relativização quanto à liberdade de algumas decisões, a exemplo tem-se o planejamento familiar (BRASIL, 1988). No entanto, o que realmente pode se perceber frente a tal instituto familiar é a existência dessas normas de ordem públicas que impõe aos entes familiares mais deveres do que direito, porém, não retira o caráter privado do instituto, seguindo assim o que preceitua o Gonçalves (2019), ao dispor: que “todo o direito familiar se desenvolve e repousa, com efeito, na ideia de que os vínculos são impostos e as faculdades conferidas não tanto para atribuir direitos quanto para impor deveres” (GONÇALVES, 2019, p.28).

Pontes de Miranda (1947, *apud*, GONÇALVES, 2019, p. 29) ao assinalar sobre a natureza jurídica afirma:

Sob esse título, os Códigos Civis modernos juntam normas de direito que não pertencem, rigorosamente, ao direito civil: ora concerne ao direito público, ora ao comercial, ora ao penal e ao processual. Esses acréscimos não alteram, todavia, o seu caráter preponderante de direito civil (MIRANDA, 1947, *apud*, GONÇALVES, 2019, p. 29).

2.4 Princípios constitucionais e específicos do Direito de Família

2.4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A entidade familiar requer total proteção do Estado, sobretudo por sua importância para a sociedade, a fim de efetivar sua proteção frente aos modelos familiares, devendo estes serem tutelados e amparados pelo ordenamento jurídico brasileiro. O princípio da dignidade da pessoa humana trouxe essa garantia, ao possibilitar que os membros deste núcleo tenham proteção à vida, ao desenvolvimento pleno e saudável, que o planejamento familiar seja livre sem a violação do Estado, sendo este responsável por propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, III, elevou a dignidade da pessoa humana como constitucionalização de um Estado Democrático de Direito, ou

seja, é garantido a todos os brasileiros natos ou naturalizados o vigente preceito fundamental *in verbis*:

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. (BRASIL, 1988)

Todavia, o constituinte ao elevar a dignidade como macro princípio positivado no artigo 226, § 7º da Constituição Federal de 1988, exige respeito assegurando a promoção de medidas e normas capazes de efetivar a dignidade em todos os ramos, sobretudo, no familiar (BRASIL, 1988).

2.4.2 Princípio do Pluralismo das entidades familiares

Primordialmente, foi com a Constituição Federal de 1988 que as estruturas familiares alcançaram novos rumo, em normas jurídicas anteriores somente existia o reconhecimento e a proteção quanto ao casamento, os demais modelos eram condenados ao esquecimento. No momento em que as uniões maritais deixaram de ser reconhecidas como sendo única base social, aumentou o modelo de família, o que ocasionou a efetivação do princípio do pluralismo das entidades familiares, no qual, o Estado reconhece a existência de múltiplas possibilidades de arranjos familiares (DIAS, 2016).

Ademais, alguns fatores também levaram ao surgimento desses novos modelos familiares como os científicos e tecnológicos, que passaram a estar mais perto da vivência social. A exemplo, se tem o surgimento de anticoncepcionais, a descoberta do DNA (ácido desoxirribonucleico), a fertilização *in vitro*, e a separação entre a prática da sexualidade e a reprodução da espécie, o que levou ao nosso ordenamento jurídico a um novo patamar na tutela de direitos familiar (NADER, 2016).

Eventualmente, o legislador constituinte apenas positivou a realidade de milhares de famílias brasileiras, ao reconhecer a união estável e a família monoparental como múltiplas possibilidades de arranjos familiares, e demonstrando que não é só o casamento que deve receber amparo estatal, mas, todas essas entidades familiares, porém é importante ressaltar que esse rol trazido pelo artigo 226 da Constituição Federal não é taxativo (BRASIL, 1988).

Assim como a Carta Magna vigente trouxe seu fundamento sobre as espécies de família cabe o entendimento do ilustre doutrinador Tartuce (2019) ao tratar sobre as famílias constitucionalizadas que são:

Casamento civil, sendo gratuita a sua celebração e tendo efeito civil o casamento religioso, nos termos da lei (art. 226, §§ 1.o e 2.o). Uma família é definida como monoparental quando a pessoa considerada (homem e mulher) encontra-se sem cônjuge ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças. A união estável está regulamentada nos arts. 1.723 a 1.727 do CC/2002, sem prejuízo de outros dispositivos da atual codificação. (TARTUCE, 2019, p. 73)

Contudo, a família passou a ser notada de forma ampla, hoje no ordenamento jurídico brasileiro têm-se as famílias homoafetivas, reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal como entidade familiar, as famílias anaparentais, são aquelas decorrentes da convivência entre parentes, as famílias eudemonistas que busca a realização plena de seus membros.

Todavia, independente de qual modelo deve ser adotada, o que se pretende é uma compreensão socioafetiva, com a finalidade de buscar a proteção e o desenvolvimento da família (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

2.4.3 Princípio da Afetividade

A afetividade é um princípio que busca como finalidade a estabilidade das relações socioafetivas na comunhão de vida, frente às considerações de caráter natural ou biológico. O direito de afeto está ligado ao direito fundamental da felicidade, em que o Estado deve proporcionar instrumentos, como políticas públicas, que contribuam para a realização de projetos e desejos legítimos das pessoas. Todavia o que se espera é que o sentimento de solidariedade não deve ser perturbado por interesses patrimoniais (DIAS, 2016).

Neste sentido, em importante ponderação, Rolf Madaleno (2018):

Maior prova da importância do afeto nas relações humanas está na igualdade da filiação (CC, art. 1.596), na maternidade e paternidade socioafetivas e nos vínculos de adoção, como consagra esse valor supremo ao admitir outra origem de filiação distinta da consanguínea (CC, art. 1.593), ou ainda através da inseminação artificial heteróloga (CC, art. 1.597, inc. V); na comunhão plena de vida, só viável enquanto presente o afeto, ao lado da solidariedade, valores fundantes cuja soma

consolida a unidade familiar, base da sociedade a merecer prioritária proteção constitucional. (MADALENO, 2018, p. 146)

O princípio da afetividade busca manter essas relações familiares cada vez mais próximas, seja ela consanguínea ou socioafetiva, o vínculo criado pela família deve sempre está preenchido de afeto e solidariedade para que a vida familiar possa ser viável.

3. DA FAMÍLIA MONOPARENTAL

3.1 Origem

No Brasil, devido a ampliação das percepções sobre as famílias, proporcionado pela carta constitucional, reconheceu-se novas estruturas familiares. A família permanece como elementar diretriz social e a usufruir de plena proteção estatal, porém, não mais originando-se apenas de um matrimônio, como condição primordial de sua instituição, como igualmente pela união estável, e por uma estruturação familiar gerada meramente por algum dos progenitores e seus filhos (GONÇALVES, 2019).

Diante dessa realidade, Dias (2016) afirma que nesse século a família não será mais definida por sua configuração clássica estabelecida entre pai, mãe e filho, ou seja, além do critério biológico, é dado espaço as formações familiares ligadas pela ideia de filiação de afeto, dando certa originalidade e renovando as ideias aos institutos relativos as famílias.

Assim, com a expansão da ideia formada de família, a Lei Maior reconheceu em seu artigo 226, §4º, uma nova entidade familiar, a qual a doutrina denominou como famílias monoparentais, em interpretação a redação do dispositivo que exterioriza uma composição estruturada por filhos em convivência exclusiva com um dos ascendentes (BRASIL, 1988).

3.2 Conceito

A luz do dispositivo art. 226, §4º da Carta Magna de 1988, Madaleno (2019) explica que as famílias monoparentais se caracterizam por apresentar apenas um genitor convivendo e sendo o principal responsável em educar, proteger e desenvolver um vínculo afetivo com o descendente, seja este filho biológico ou adotivo.

Leite (2003, *apud*, TARTUCE, 2019, p. 74), a respeito da entidade monoparental, apresenta os seguintes esclarecimentos:

“Uma família é definida como monoparental quando a pessoa considerada (homem e mulher) encontra-se sem cônjuge ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças.” (LEITE, 2003, apud, TARTUCE, 2019, p. 74).

Os autores Gagliano & Filho (2019), utilizam da mesma interpretação conceitual expressa no texto constitucional, todavia, adotam uma classificação quanto ao momento da constituição dessa família, classificando-as em originária ou superveniente.

Têm-se uma formação originária quando a família já se integra monoparental, caso exemplar de mães solteiras, associadas aos processos de adoções, abandono ou irresponsabilidade do parceiro. Já a superveniente, adequa-se a família que sofre com os efeitos da viuvez, ou divórcio.

No que tange a composição desse núcleo familiar, Lôbo (2020) esclarece que a Carta Magna, se limitou a progeneritura em grau primário, destarte, não se funda uma família monoparental entre avô e neto, apesar disso, é instituição com essência parental.

Todavia, Gagliano e Filho (2019) não delimitam a descendência em primeiro grau, e apresentam uma interpretação extensiva quanto a composição dessa estrutura familiar. A monoparentalidade típica tem normalmente a presença de um dos pais e o filho. A monoparental atípica, leva em consideração um grau superior ao de pai e mãe, ou seja, avô e avó, sendo estes responsáveis pelos descendentes.

Sob a ótica de Maria Berenice Dias (2016), em referência a denominação monoparental a autora explica que: “a expressão é pertinente, pois não se pode negar caráter familiar à união de afeto que caracteriza as entidades com somente uma parentalidade”. (DIAS, 2016, p. 495).

De práxis, é notório que, a maior parte dessas famílias retratam uma hegemonia feminina, quebrando os modelos estruturais de composição clássica ideal, e isso liga-se ao fato da emancipação da mulher e suas consequentes conquistas no mundo contemporâneo acerca da independência emocional, sexual, econômica e cultural (MALUF, C.; MALUF, A., 2018).

Lôbo (2020) elucida que o amparo dessa organização familiar pela Constituição de 1988, apenas normatizou a predominante realidade atual de milhares de famílias brasileiras. O autor, reunindo dados estatísticos, aponta que, um quarto das famílias brasileiras, com certa variação nessa proporção, fazem parte dessa estrutura familiar monoparental.

3.3 Situações que acarretam a família monoparental

3.3.1 Divórcio

O divórcio é o rompimento de um vínculo matrimonial de um casamento válido que se dá por meio de uma sentença judicial ou escritura pública, levando a permitir um novo casamento dos cônjuges divorciados, conforme interpreta-se a redação do artigo 1571, §1º do Código Civil de 2002, *in verbis*: " § 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente" (BRASIL, 2002).

Em menção ao cenário em evidência, Dias (2016) explana que o término dos elos harmoniosos com os menores é o fator mais importante que caracteriza o surgimento das famílias monoparentais, resultada pela cessação, com a guarda dos filhos. Os filhos tendem a permanecer sob a responsabilidade de um dos ascendentes e a família que até certo ponto, era biparental, passa a ser monoparental.

Nessa ocasião, o princípio basilar do melhor interesse da criança apresenta-se como diretriz solucionadora de conflitos advindos do divórcio entre os ascendentes pois, um dos maiores afetados, nesse cenário, é a própria criança, visto que o ambiente familiar modifica-se drasticamente e na grande maioria dos casos os filhos apresentam dificuldades para lidar com essa situação (DINIZ, 2019).

3.3.2 Viuvez

Em referência a redação do artigo 1571, § 1º do Código Civil, constata-se que uma das formas de dissolução do casamento válido é pelo falecimento de um progenitor, surgindo assim, uma monoparentalidade típica, a viuvez.

No caso da viuvez, automaticamente toda a responsabilidade que antes era do casal, agora cabe apenas a um dos ascendentes, e nessa circunstância, entorno de uma presente vulnerabilidade, essa família passa a arrostar altas dificuldades emocionais, financeiras e conseqüentemente a diminuição de sua renda, justamente por se tratar de um acontecimento inesperado no seio familiar (DIAS, 2016).

3.3.3 Adoção

A adoção é um mecanismo jurídico complexo que institui uma relação de filiação entre indivíduos que não a detém pelo critério biológico. No Brasil, a Carta Magna confere ao filho adotivo o mesmo status de um filho biológico, sendo vedado qualquer tipo de discriminação ao adotado, entendimento este, do artigo 227, § 6º, *in verbis*: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os

mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. (BRASIL, 1988).

Segundo Schreiber (2020), a adoção, em seu aspecto funcional, é sempre pautada com o objetivo de fornecer a melhor integração do adotado em um ambiente familiar saudável e que seja capaz de oferecer as principais ferramentas para o desenvolvimento da personalidade desse novo integrante.

Em relação a adoção por pessoa solteira, Dias (2016) ressalta:

“Por expressa permissão do Estatuto da Criança e do Adolescente (42), qualquer pessoa maior de 18 anos independentemente do estado civil, pode adotar. Ainda que a doutrina mais conservadora considere a adoção por solteiros como o ponto mais inquietante da monoparentalidade, é indispensável atentar para o interesse da criança”. (DIAS, 2016, p. 500).

A realização da adoção por indivíduos solteiros, fomenta a criação assim, de uma família monoparental. Aqueles que apresentam totais condições de fornecer o sustento, a proteção familiar, educação de qualidade e o afeto, podem adotar uma criança e com ela construir fortes laços afetivos.

3.3.4 Inseminação artificial

Com a modernidade e conseqüentemente com os avanços das técnicas de reprodução artificial ou assistida, ocorreu um afastamento do tradicional nexos que existia entre o sexo e reprodução. Dessa maneira surge uma composição familiar a qual podemos denominar de família unilinear, onde o parentesco prevalece em apenas uma linha de ascendência, caracterizando-se uma monoparentalidade.

A utilização dessas novas técnicas de inseminação artificial é inclusive disposta pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), que dá a possibilidade de casais homoafetivos ou pessoas solteiras de usufruírem desses avanços e conseqüentemente realizarem a vontade de serem pais ou mães (MALUF, C.; MALUF, A., 2018).

Quanto ao momento de constituição de uma família monoparental por inseminação artificial, Dias (2016) expressa:

Ao permitir a lei a utilização do esperma do marido pré-morto na fecundação postmortem (CC 1.597), autoriza a formação da monoparentalidade (DIAS, 2016, p.503).

Diante dessas considerações, constata-se a formação de uma monoparentalidade por inseminação artificial, quando a norma permite a utilização do material genético do cônjuge ou companheiro falecido, que somente poderá ser aproveitado pela viúva ou ex-companheira.

4. DA NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO AS FAMÍLIAS MONOPARENTAIS

4.1 Da responsabilidade do ascendente a subsistência da família

No cotidiano de uma família monoparental, tem-se a presença de somente uma das figuras parentais, e isso ocasiona um acréscimo de encargos. Todas as relevantes incumbências e compromissos, são transferidos ao único ascendente, tornando-se este, o principal responsável em transmitir aos seus descendentes os relevantes valores morais e sociais consuetudinários.

Nessa vereda, Dias (2016) expõe o seguinte entendimento a respeito da responsabilidade redobrada ao ascendente nas uniões monoparentais:

As famílias monoparentais têm estrutura mais frágil. Quem vive sozinho com a prole acaba com encargos redobrados. Além dos cuidados com o lar e com os filhos, também necessita buscar meios de prover ao sustento da família. (DIAS, 2016, p.478).

A responsabilidade autônoma nas decisões a respeito da criação dos filhos é muito maior. Além das atribuições de assistência material, com a prestação de alimentos, o ascendente tem o papel principal de titular no desenvolvimento dos laços afetivos, que em vários casos, é fortalecido justamente pela ausência de uma das figuras de referência.

Além disso, os componentes de uma conexão monoparental, reciprocamente, assumem conjuntamente o dever de assistência moral, em relação ao sustento, a guarda, ao conhecimento, e no controle do espólio dos herdeiros (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

Ocorre que a falta de assistências específicas a essas famílias, expõe uma dificuldade do ascendente em administrar sozinho esse ambiente doméstico, o que pode gerar a ruptura do vínculo afetivo com os menores, justamente por fragilizar a responsabilidade desse genitor na subsistência da própria família.

4.2 Da vulnerabilidade da família monoparental

A família monoparental, ainda que goze de expressa tutela constitucional, esbarra na ausência de uma regulamentação específica, em especial no direito de

família, e essa carência de normas aborda uma discussão sobre uma patente vulnerabilidade em alguns desses eixos monoparentais no ordenamento jurídico brasileiro.

Sob os ensinamentos de Farias; Rosenvald (2016), é de extrema importância suas respectivas considerações, assim expondo:

É de se observar que a monoparentalidade decorre da dissolução de uma relação afetiva ou da formação de um núcleo familiar sem a presença constante de um dos genitores, como na hipótese da mãe solteira. Com isso, há uma tendência natural à diminuição da renda econômica ou à permanência do baixo nível de renda, levando ao reconhecimento de uma certa fragilidade no seio dessas famílias (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 86).

É primordial ressaltar, que nem toda família monoparental é inteiramente frágil. Há casos em que os ascendentes possuem boas condições para prover um núcleo familiar monoparental e por predileção particular, optam por fazer parte dessa entidade familiar.

Entretanto, em alguns elos monoparentais percebe-se uma tendência de terem sua renda familiar fragilizada, justamente pela carência de normas específicas que retirem essa insegurança financeira e estabeleçam uma segurança jurídica.

4.3 Proteção estatal

O constituinte ao abordar à família monoparental como entidade familiar, e enquadrando a referida categoria como âmbito especial das relações do direito de família, possibilitou uma maior ampliação na proteção de pessoas que vivem sozinhas com sua prole (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

Cabe salientar, que o disposto no artigo 226, § 4º da Constituição Federal de 1988 deve ser aplicado também aos bens de família, como a impenhorabilidade e administração do patrimônio da prole, a esse ascendente se perfaz o dever de assistência moral, guarda, sustento e educação deste. Contudo, a aplicação do mesmo dispositivo deve alcançar aos alimentos como dispõe Farias e Rosenvald (2015):

Estabelece, por sinal, a Lex Legum, em seu art. 229, que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar a amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”, dando relevantes contornos

constitucionais aos alimentos decorrentes da monoparentalidade (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 76).

O caráter recíproco dos alimentos faz com que os descendentes possam reclamar alimentos de seus ascendentes, sendo este primeiro capaz ou não, permitindo também que os ascendentes possam usufruir de seu direito de reclamar por alimentos frente aos seus descendentes.

As famílias monoparentais possuem uma estrutura endógena mais frágil, em face de encargos como impostos considerados mais pesados, já que incorrerá apenas a um dos pais arca por tais tributos, existindo assim uma aptidão natural sobre a diminuição da renda econômica ou a permanência nesse baixo nível de renda.

Em conformidade dispõe Dias (2010, *apud*, FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 121):

Exatamente por isso, no que atine à implementação de políticas públicas (como concessão de benefícios previdenciários, reconhecimento de proteção ao bem de família, deferimento de vantagens para aquisição de casa própria...), entendemos necessário que seja dispensada proteção especial e diferenciada às famílias monoparentais, garantindo a própria igualdade substancial (DIAS, 2010, *apud*, FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 121).

Portanto, afirma-se a partir das discussões dos autores citados, em uma tradução direta, é que, deve haver a criação de políticas públicas, para que possam igualar as famílias monoparentais com as demais entidades familiares. Isso é importante, para que lhe sejam garantidos proteção estatal no que diz respeito a seus bens, a benefícios previdenciários e que também lhe sejam disponibilizadas vantagens ao benefício da casa própria. A busca por uma regulamentação frente a esse ente familiar não é de uma proteção especial, mas sim de igualdade com os demais tipos de entidade familiar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das pesquisas bibliográficas realizadas para a realização deste estudo, e também da própria análise do cotidiano da sociedade brasileira, é possível afirmar que nos últimos anos, as relações sociais intimaram o direito de família a se adequar à todas essas transformações sociais, de forma que, coube ao direito da família a reescrever-se, para que as mais novas situações recebam regulamentação conveniente.

Dessarte, antes mesmo da nova codificação civil de 2002, em meados da década de 1980, o avanço das relações sociais se mostrou tão evidente que o monopólio do casamento para a constituição da família, assim como a alegada inferioridade da mulher perante o marido foram incapazes de se sustentar, impondo-se a realidade ao trato jurídico. Consequentemente, apresentou o núcleo familiar formado por um de seus genitores e seus descendentes, constituindo o que atualmente se reconhece como a chamada família monoparental, no qual está contida expressamente no texto constitucional.

Contudo, a previsão legislativa restringiu-se apenas à Constituição Federal vigente, precisamente no artigo 226, onde não há norma específica do Direito de Família que trate do citado tema. Frente a essa ausência de legislação específica, foi identificado um grave problema vivenciado por essas famílias no tocante as estratégias de reivindicação legais, para garantir que essa entidade familiar possa gozar de prerrogativas como proteção estatal, seguridade social e políticas públicas que tratem diretamente desse núcleo familiar.

Portanto, é possível concluir que, as famílias monoparentais, apesar de se constituírem como uma marca da contemporaneidade, ainda não foi incluída constitucionalmente com a devida importância e a especificidade legal que merecem, sendo necessário uma maior atenção por parte do Poder Público, com a finalidade normatizar e resguardar os direitos desse ascendente e sua prole.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 fev. 2020.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 fev. 2020.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família. 33. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. Vol. 6. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed. rev. e atual - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. v. 6. direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. volume 6: direito de família. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: volume 5: famílias. 10. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. v. 5. direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil: contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. v. 5. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.