

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1023

(Ano XIII)

(19/06/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

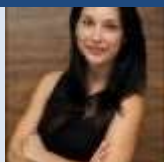
País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



Testamento – Você Sabe o Que É?”

Maria Tereza Vitangelo, 08.

ARTIGOS

A Responsabilidade Civil do Administrador Público sob o enfoque da Medida Provisória nº. 966/2020 durante a Pandemia da COVID-19.

Lorena Barros Rocha, 10.

Suicídio Assistido: A importância da autonomia da vontade no fim da vida

Aryane Ferreira Alves, 21.

A Crise no Sistema Carcerário Brasileiro

Thais Caroline Lansonj, 36.

Calendário processual: comentários ao art. 191 do novo CPC

Thiago Borges Mesquita de Lima, 52.

Monitoramento eletrônico como forma de redução da superlotação nos presídios no Brasil

Dessana Barroso Segadilha França, 70.

As dificuldades financeiras enfrentadas pelos municípios e a Lei de Responsabilidade Fiscal

Ane Caroline Galhardo, 87.

Dos crimes contra a honra nos meios virtuais

Verônica Cristina Ferreira Pinto, 154.

A ameaça à estabilidade do servidor público

Sueli Rosa Lansonj, 170.

Ativismo judicial e sua expansão de poder

Roberto Mário Raso e Gustavo Oliveira de Souza, 191.

Acesso a internet: violação da intimidade e da vida privada e sua responsabilidade civil. análise a partir do inciso i, artigo 7º, do marco civil da internet

Grasiane Maria Serra da Costa e Bianca dos Santos Silva, 204.

As possibilidades de aplicação da transação penal nas Auditorias da Justiça Militar no Estado de Minas Gerais em face da vedação do artigo 90-a da Lei 9099/95

Kaio César de Souza Fonseca et all., 224.

Ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal em decisões durante a pandemia do covid-19

Luiz Henrique de Paula Moreira e Gabriel Tadeu Ribeiro Fagundes, 231.

A desconsideração da personalidade jurídica e seus aspectos processuais à luz da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019

Ana Luiza Nascimento Alves Silva, 259.

Terceirização: Uma Análise Jurídica e Econômica da Situação

Letícia Cristina da Silva e Gabriella Duarte Almeida, 273.

Os impactos da pandemia de covid-19 na violência contra a mulher

Mara Núbia Martins dos Santos, 290.

A taxatividade das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento no novo Código de Processo Civil

Laércio de Souza Ribeiro, 311.

Guarda Compartilhada: melhores condições para os filhos ou ignorância dos pais.

Alexandre Torres dos Santos, 333.

A pandemia como empecilho para a efetivação dos acordos de não persecução penal nas Promotorias de Justiça de Palmas

Denise Soares Dias, 348.

Companheiros como herdeiros necessários: inconstitucionalidade do Artigo 1.790 do Código Civil

Mariana Sales Borges, 377.

A responsabilidade dos provedores de internet relacionados aos perfis fakes e a proteção da honra

Nayara Karolyne Vieira Leite e Eloísa Amorim Sampaio, 395

Remição de pena, pelo trabalho, no estado do Amazonas

William Ferreira Costa, 415.

Ministério público: atuação e legitimidade para celebração do acordo de não persecução penal x doutrina majoritária

Talita Araujo Zucatelli e Dayani Darmieli Pereira, 435

O reconhecimento do dano moral ambiental coletivo no Brasil

Janaína De Santiago Lima, 447.

O consentimento da vítima no crime de estupro de vulnerável etário

Manoel Asafe Ribeiro Frutuoso e Juan Lucas Cardoso Silva, 487.

A obrigação alimentar avoenga e a (im)possibilidade de prisão civil em caso de descumprimento

Victória Lopes de Figueredo Lima, 516.

A responsabilidade civil do menor, no estatuto da criança e do adolescente e no Código Civil, e seus desdobramentos jurídicos

Vinicius Storti Perroni, 540.

A relação entre o direito condominial e o direito administrativo público comparado as cotas condominiais

Sandro Gomes Cordeiro, 557.

Suspeição: uma análise do julgado HC caso Lula

Douglasmar do Carmo gama, 577.

Investigação criminal, processo penal e constituição federal: princípio da prévia investigação criminal

Ana Flavia Campoy Gomes, 592.

Direito previdenciário indígena: debate acerca das transformações legislativas

Almino Gomes Peres Filho, 604.

Paternidade socioafetiva: o que prevalece é a afetividade

Carla da Silva Passos Bezerra, 615.

TESTAMENTO – VOCÊ SABE O QUE É?

MARIA TEREZA VITANGELO: Advogada Sócia do Battaglia & Pedrosa Advogados www.bpadvogados.com.br - Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo- Especialista em Direito Processual Civil e Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus – FDDJ – São Paulo – Especialista em Direito Civil pela Escola Paulista da Magistratura de São Paulo.

O testamento compreende um importante instrumento jurídico, por meio do qual o titular dispõe sobre o seu patrimônio, manifestando sua vontade sobre a destinação de seus bens após o seu falecimento.

O testamento pode conter declaração de vontade de natureza econômica, versando sobre os bens materiais propriamente ditos, ou acerca de questões pessoais.

Assim, através do testamento é possível também nomear o inventariante que representará o espólio (conjunto de bens e obrigações da pessoa falecida) na ação de inventário; é possível declarar o reconhecimento de paternidade pós morte; bem como autorizar a utilização de material genético para fertilização in vitro, dentre outras possibilidades.

ESCRITURA PÚBLICA

O testamento, comumente, é realizado através de uma escritura pública lavrada perante o Tabelionato de Notas, e, quando versar sobre questões patrimoniais, deve respeitar a parte disponível da herança, sendo autorizado pela lei a transmissão de apenas 50% do patrimônio total do titular (testador), como forma de preservar os direitos e interesses de seus herdeiros necessários.

Não havendo herdeiros necessários, elencados pela lei e entendidos como os descendentes, ascendentes, cônjuge e o companheiro, o testador poderá dispor da integralidade de seu patrimônio destinando-o para qualquer pessoa e ou instituição.

Há outras formas de realização do testamento, tais como o testamento cerrado, denominado também de secreto ou místico, o testamento particular ou

hológrafo e os testamentos especiais, mas não convém abordarmos neste breve texto, suas peculiaridades, até porque são pouco utilizados.

Em suma, o testamento se revela também como um importante instrumento para o planejamento sucessório, ao possibilitar que a parte interessada disponha sobre a destinação de seus bens após o seu falecimento. É uma das formas de proteção patrimonial e de fazer cumprir a vontade do falecido no que diz respeito ao seu patrimônio.

Muitas pessoas ainda não ouviram falar no testamento. Na verdade, a grande realidade é que não fomos educados para lidar com as nossas emoções e principalmente com a morte e o momento que a antecede, mas o cenário atual do COVID-19 veio escancarar para todos nós a fragilidade da vida e o quanto não temos controle de absolutamente nada, colocando em evidência, por vezes, a necessidade de realização de um testamento, cuja procura aumentou cerca de 70% durante esta pandemia.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADMINISTRADOR PÚBLICO SOB O ENFOQUE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº. 966/2020 DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19.

LORENA BARROS ROCHA: Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Piauí - UFPI. Pós Graduada em Direito Público - Uniamérica. Assessora de Magistrado TJ/PI.

RESUMO: O presente artigo relata a situação do gestor público brasileiro nas três esferas do Estado durante o período de vigência da Medida Provisória nº. 966/2020. Pretende identificar as premissas referentes à Responsabilidade Civil do Administrador Público anteriores à citada Medida Provisória e, também, após a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal àquela espécie normativa que regulou tais aspectos durante a pandemia causada pelo vírus COVID-19, esta ainda não findada. O artigo também busca trazer soluções protetivas ao gestor de boa-fé.

Palavras-chave: direito administrativo, responsabilidade civil, LINDB, medida provisória, corona vírus, covid-19

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO – 2. Medida Provisória: Força Normativa e Vigência no Brasil: 2.1. A medida provisória nº. 966/2020. 3. A Responsabilidade Civil do Administrador Público: 3.1. As alterações na LINDB e atual visão da responsabilidade civil do administrador público. 4. A MP nº. 966/2020: suas prováveis interpretações e a busca pela melhor atuação do administrador público. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Desde o começo do ano de 2020, a administração passa por diversas provações no que se refere a tomada de decisões precisas e eficientes dentro da saúde pública e nos setores consequentes, na busca da proteção daquela. A pandemia mundial causada pelo vírus COVID-19 surgia no final de 2019, na China, tendo se espalhado exponencialmente no restante do mundo, causando uma verdadeira devastação: morte de milhares de pessoas, perdas financeiras, colapsos de gestão governamentais, entre outros.

Praticamente todos os países passaram por idênticos problemas. O Brasil, pela magnitude territorial, viu-se diante de problemas catastróficos, que questionaram muitas vezes o pacto federativo, ao pedir a todo administrador público decisões eficientes a serem tomadas em curto espaço de tempo e exígua receita.

Assim, vislumbrando uma possível ao administrador público bem intencionado, fora editada a Medida Provisória nº. 966, em 13 de maio de 2020, que vigeu até o dia 21 setembro do referido ano, em que buscou delimitar a responsabilidade do gestor público delineando os aspectos a serem observados para responsabilizar os atos daquele ator público.

Como possuía forte viés político, a Medida Provisória logo fora questionada judicialmente, através de Ações Diretas de Inconstitucionalidades que culminaram em decisões que nortearam ainda mais, ou não, os aspectos capazes de gerar a responsabilização de quem toma decisões dentro da Administração Pública.

Assim, presente trabalho busca trazer ideias gerais e específicos sobre o elemento normativo usado, Medida Provisória, para reger a situação em que o Brasil passou; confrontar os aspectos da Responsabilidade Civil do Administrador durante a vigência da MP nº. 966/2020 com os regramentos pré-existentes no ordenamento brasileiro, e indica ao final, na Conclusão, ideias que podem blindar o gestor verdadeiramente bem-intencionado em momento de inegável crise.

2. Medida Provisória: Força Normativa e Vigência no Brasil

A medida provisória é espécie legislativa adotada pelo Presidente da República, em ato monocrático, unipessoal, sem participação do legislativo, que discute a espécie quando tão somente já adotada pelo Executivo, possuindo força de lei e capaz de produzir efeitos jurídicos. Nos termos do art. 62, caput, da Constituição Federal, havendo URGÊNCIA e RELEVÂNCIA, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. Após a Emenda Constitucional nº. 32/2001, uma vez adotada, ela vigorará pelo prazo de 60 dias, prorrogável, de acordo com art. 62, § 7º da Carta Maior, por mais 60 dias, contados de sua publicação, sendo tal prazo suspenso durante os prazos de recesso parlamentar.

Assim, uma Medida Provisória adotada provoca imediatos efeitos desde sua publicação, por exatos 60 dias, sendo submetida de imediato ao Congresso Nacional, sendo prorrogável, quando sua votação não tiver sido encerrada no Congresso, totalizando assim um prazo de 120 dias.

Acaso não seja convertida em Lei referida, tal Medida perde sua eficácia desde sua edição. No caso, o Congresso deverá editar um Decreto Legislativo para reger as relações jurídicas delas decorrentes podendo, acaso este não seja editado, serem mantidas as relações regidas pelo texto da Medida. O professor Pedro Lenza faz uma severa crítica a admissibilidade da Medida Provisória extinta permanecer regendo as relações regidas, acaso tal Decreto Legislativo não seja criado. Afirma se tratar de

“regaste do autoritário decreto-lei, que permitia sua aprovação por decurso de prazo”. O professor afirma que tal situação é totalmente inconstitucional e arbitrária.

Embora o doutrinador esteja vestido sóbria razão, a realidade é que no Brasil, atualmente, acaso uma Medida Provisória perca sua vigência e não venha a existir Decreto Legislativo para reger aquelas relações jurídicas então realizadas, estas permanecerão regidas pelo texto revogado.

2.1. A medida provisória nº. 966/2020

Partindo dessas considerações, o presente trabalho busca fazer uma análise sobre a Medida Provisória nº. 966 de 13 de maio de 2020, que fora prorrogada pelo prazo constitucional previsto, vindo a findar sua vigência ao dia 21 de setembro de 2020. Nesta MP ficou, nos termos da EMI nº. 00153/2020 ME CGU, firmado que a proposta seria delimitar o alcance de atos praticados de boa-fé, direta ou indiretamente, acerca de medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia de COVID-19 assim como combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia, assim como garantir que as sanções civis e administrativas recaiam somente sobre os praticados com dolo ou erro grosseiro ou ainda acaso haja conluio entre os agentes (§§ 1º 2º do art. 1º). A proposta, que fora acolhida pelo Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, seria de que o mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implicaria, necessariamente, na responsabilização do agente público. Para tal, busca explicitar os parâmetros que devem ser observados na aferição da ocorrência desse erro, quais sejam:

“a proposta define o erro grosseiro como sendo o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia (art. 2º). Além disso, são fixados parâmetros que devem ser observados na aferição da ocorrência desse erro, quais sejam: i) os obstáculos e as dificuldades reais do agente público; ii) a complexidade da matéria e das atribuições exercidas; iii) a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência; iv) as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou omissão do agente público; e v) o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia e de suas consequências, inclusive econômicas (art. 3º). ” (parágrafo 4 exposição de motivos)

Contudo, fazendo diversas análises, não é possível tão somente tal interpretação, observando a existência de uma tênue linha entre a tentativa do Executivo de garantir segurança jurídica para o administrador probo e a possibilidade de responsabilização deste, ainda que munido das melhores das intenções.

3. A Responsabilidade Civil do Administrador Público

É cediço que a responsabilidade civil do estado, em consenso pacífico, dá o dever ao estado de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos. Esta responsabilidade segue em contínua evolução e adaptação. Assim, o princípio da Responsabilidade Civil do Estado é próprio e possui uma fisionomia própria mais extensa que a responsabilidade aplicável ao direito privado. Essas regras mais rigorosas para o Estado são compatíveis com a sua posição jurídica, considerando que os administrados não tem como escapar ou minimizar os perigos de dano provenientes da ação do Estado; ele é quem dita os termos de sua presença no seio da coletividade.

Por expressa previsão constitucional, cabe ao Estado que seja condenado a indenizar a vítima pelos prejuízos causados pelo agente, tendo este agido com culpa ou dolo. Contudo, é possível que o Estado busque a compensação de suas despesas por meio de uma ação de regresso, aplicando a parte final do então art. 37,§ 6º da Carta Magna, sendo esta uma ação autônoma para o exercício do direito de regresso, garantindo o ressarcimento pelas despesas que o Estado suportou.

3.1. As alterações na LINDB e atual visão da responsabilidade civil do administrador público.

Muito embora hoje reste consolidada a Responsabilidade Civil Objetiva do Estado, imperioso ressaltar que em sede de apuração da responsabilidade do gestor, havendo a necessidade reforçar a segurança jurídica nas ações que versem sobre direito público, a Lei nº. 13.655/2020 trouxe acréscimos a LINDB, esta norma de sobredireito, devendo, por isso, ser observada quando da aplicação das demais normas jurídicas.

Tais acréscimos envolvem, inclusive, a própria responsabilidade do agente público, quando expressa o art. 28: "**O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro**". Assim, quando a atuação do agente público é analisada para fins de aferimento de dolo ou erro grosseiro, não basta simplesmente a ocorrência de grande prejuízo, como também a complexidade da matéria e atribuições exercidas pelo agente público, ora extraído do Decreto nº. 9.830/2019, que regulamenta o dispositivo, sendo necessário a análise do elemento subjetivo usado pelo gestor durante a prática de seus atos.

Ainda neste sentido, o superior do agente que atuou com dolo ou erro grosseiro somente responderá se comprovar que houve falha em seu dever de vigilância e que isso decorreu de dolo ou de culpa grave (erro grosseiro), como dita o

art. 12, § 7º, do referido Decreto “No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa *in vigilando* aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo”.

Logo, muitos doutrinadores questionam o possível conflito existente entre as referidas normas e o inserto no art. 37, § 6º, da Constituição, vez que esta se contenta tão somente com dolo ou culpa.

4. A MP nº. 966/2020: suas prováveis interpretações e a busca pela melhor atuação do administrador público

Desde a publicação da Medida Provisória nº. 966/2020, várias polêmicas foram despertadas: de um lado havia um grupo de pessoas que entendia que a MP não mudava absolutamente nada e de outro lado há um grupo de pessoas que acha ela mudou absolutamente tudo, em termos de Responsabilidade Civil do gestor público. Havia também quem procurasse um caminho do meio.

Quase que em automático, a constitucionalidade de tal MP fora questionada em 7 ADINs ainda no mês de maio do corrente ano, questionando não apenas a MP 966/2020, mas também o art. 28 da LINDB (DL 4.657/42), com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, e os arts. 12 e 14 do Decreto 9.830/2019. Em sede de medida cautelar, o STF decidira que a MP 966/2020 e demais dispositivos impugnados são, em princípio, constitucionais, mas desde que seja interpretada segundo alguns parâmetros fixados pela Corte Constitucional. Partindo da análise de tal julgado, fora possível aferir interpretações que viam uma ocorrência de prejuízo muito maior, quando colocada em prática.

A decisão tratava do Controle da atuação dos agentes públicos, da responsabilização, propriamente dos agentes públicos durante os atos de combate à pandemia pelo novo Corona Vírus, COVID-19.

Ressalte-se que a discussão sobre o tema começara antes desta MP, com o art. 28 da LINDB, que traz uma previsão muito semelhante com a MP 966/2020. Como já citado, ele diz que o agente somente responde por suas ações ou opiniões em caso de dolo ou erro grosseiro, também conhecida como cláusula geral do erro administrativo. A LINDB trouxe essa previsão para dar uma maior garantia à atuação dos agentes públicos, onde só seriam responsabilizados, em última análise, em caso de erro grosseiro.

Como já sobredito, existe uma discussão grande sobre a constitucionalidade deste dispositivo da LINDB, pois a Constituição fala expressamente sobre dolo ou culpa. Em que pese tais questionamentos, o art. 28 vige desde 2018 e é aplicado dentro do ordenamento jurídico. Existem diversas decisões do STJ nesse sentido, dizendo

acerca da responsabilidade do Parecerista acerca de dolo ou erro grosseiro. O Supremo também possui precedentes nesse sentido, o MS 35.196, julgado em novembro de 2019, de relatoria do Ministro Luis Fux, em que este mesmo parâmetro fora adotado (condenação pelo TCU de um parecerista que proferiu um parecer sobre um aditivo contratual e foi condenado pelo TCU em multa e ressarcimento ao Erário, no valor de quase R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais). A 1ª Turma do STF entendera que não houve nem dolo nem erro grosseiro, tendo o parecer – ainda que não totalmente correto – se baseado em doutrina, sendo assim uma opinião jurídica, não podendo responsabilizar o parecerista por “crime de hermenêutica”.

Neste sentido é que, até a MP 966, a construção doutrinária e jurisprudencial era de que você só pode responsabilizar por dolo ou erro grosseiro. Assim foi que muitos estudiosos consideraram, frente a publicação da MP, que não havia muito o que ser alterado na prática. O art. 3º da referida Medida Provisória trazia explanação sobre as circunstâncias do administrador público, para ser avaliado no ato da administração. A MP teria, nesta visão, servido para muito pouco, apenas para explicitar o consenso doutrinário e jurisprudencial.

Só que o maior problema da MP seria seu contexto político de edição, o que pode ter influenciado muito o julgamento do Supremo. A MP surgira em momento que o então Presidente da República defendia um tratamento específico da doença pandêmica, através do uso do medicamento com princípio ativo Cloroquina, e havia uma preocupação de que esse tratamento, por não haver base comprovadamente científica, de que ela fosse causar um uso indiscriminado do medicamento pelos agentes públicos e que tal ação poderia vir a isentar possíveis responsabilidades dos agentes públicos. A ideia era que o governo, através da MP, estava trazendo uma bioidentidade para os agentes públicos acerca do combate ao vírus. Essa ideia era a circulada. Em termos técnicos, não faria sentido questionar a constitucionalidade da Medida quando a jurisprudência dos dois mais importantes Tribunais do país trazia julgados em idêntico sentido, assim como a doutrina caminhava nesse sentido.

Professores de direito administrativo, após o julgamento das ADINs pelo Supremo, e que defenderam o art. 28 à época de sua publicação, defenderam o julgamento realizado por aquele Tribunal e que na verdade só estariam placitando e referendando aquilo que o artigo citado já previa, uma visão otimista sobre a espécie legislativa.

Ocorre que nova impressão pela classe jurídica, contudo, surgia e era a de que a MP contrariava exatamente o teor do art. 28 da LINDB. Existia um componente político muito forte na publicação da MP, a tirar pelo envolvimento dos parlamentares

federais à época. Existia a questão de imaginar de que o então uso da Cloroquina buscava criar um caminho de imunidade para o Chefe do Executivo Federal e o próprio Executivo Federal em si. O Supremo, um pouco antes, havia placitado que todas as medidas referentes à Pandemia teriam que observar o Federalismo, permitindo uma grande liberdade aos gestores locais para tomar decisões que achassem adequadas.

A saber, o art. 28 da LINDB, questionado nas ADINs, fora retirado de discussão em sede de medida cautelar, mas que, em sede meritória deveria sim ter sido debatido, fato que não ocorreu. Assim, o julgamento de tais ações referiram-se tão somente ao julgamento das circunstâncias que estavam acontecendo naquele período que houve o julgamento. Mas, de antemão, é preciso reiterar: a MP não inovava; ela trazia segurança jurídica pros administradores públicos que até a presente data atuam com cenário de extrema incerteza. O contexto era de que o administrador se via obrigado atuar se posicionando em uma das duas bifurcadas posições: ou ele não atuava por não saber o caminho a seguir, sendo responsabilizado por ter se omitido ou, ainda, ele viria a atuar, efetuando, por exemplo, contratações emergenciais vinda a ser responsabilizado pelas consequências de suas decisões. O gestor público, que naquela discussão primária teve por maior palco o Administrador Federal, passou a ficar em situação complicada: ou fazia algo e provavelmente no futuro seria punido ou deixa de fazer algo e também futuramente será punido.

Como ficariam então os administradores que possuem um aparato muito menor? O Executivo Federal, a exemplo, dispensa um aparato tecnológico de recursos e grau bastante superior daquele Executivo Municipal e até Estadual que em situações normais já possuíam dificuldades de “andar com as próprias pernas”.

Mas qual seria o motivo de o administrador público poder vir a escolher, por exemplo, a opção de não atuar? A grande dúvida do administrador público era de, durante sua atuação, não adotar um conceito específico, técnico e/ou científico, como fixou o julgado do Supremo, e poder vir a ser responsabilizado.

O STF fixou que erro grosseiro seria aquilo que violava: 1) o direito à vida, 2) à saúde, 3) meio ambiente e 4) impactos adversos à Economia por inobservância de normas e critérios científicos e do princípio constitucional da Precaução e da Prevenção.

Além dos conceitos científicos, deveriam ser pautados por aquilo que fora decidido pelas Organizações Internacionais que foram nacionalmente reconhecidas. Na versão original, durante a discussão do Plenário, isso não era sequer tratado de forma genérica, mas explicitamente citando a Organização Mundial de Saúde. Houve, portanto, um respeito ao que era pesquisado e consolidado pelas instituições internacionais científicas.

O princípio da Precaução e princípio da Prevenção são mandados de otimização. Por serem fluidos, os estudiosos possuem uma grande dificuldade de delimitar a ideia dos princípios. Eles variam de caso a caso. E quando se usa critério científico, normas técnicas e estudos sobre as matérias, eles dois podem conflitar. Os parâmetros assim fornecidos pelo Supremo acabaram por gerar uma insegurança jurídica grande.

Em um exemplo, o administrador público poderia vir a se valer de um estudo de entidade internacional renomada e respeitada, usando-a, portanto, como critério em sua unidade federada, e abrir os comércios durante o pico de transmissão do vírus, estatisticamente comprovado. Mas quem garante que tal estudo estaria em sintonia com o princípio da Precaução e da Prevenção? É possível que adiante, o poder Judiciário e o Tribunal de Contas competente venham a combater tal ato do administrador e, baseando-se na própria decisão do Supremo, se valendo também em estudos também científicos, respeitados, que contrariassem por completo o parâmetro científico usando por aquele gestor.

O caso concreto tornava-se então bastante complicado. Por diversas vezes ficou-se diante da disparidade da recomendação do Ministério da Saúde, que recomendava o uso da Cloroquina e da OMS que afirmava não ser eficaz o uso de tal remédio. Assim, qual a garantia que possuía o administrador público de criar um protocolo de combate ao vírus em sua circunscrição baseado no ora determinado pelo Ministério da Saúde, em tal período, se ele poderia vir a ser responsabilizado futuramente por consequências geradas pelo afastamento do ora recomendado pela OMS?

A OMS não cria norma cogente pro Estado brasileiro, mas pela decisão do Supremo, ela poderia vir a ser observada, colocando-a no mesmo patamar do Ministério da Saúde ou da Anvisa, por exemplo.

As circunstâncias políticas, contudo, trouxeram dificuldades de compreensão da complexidade da situação. O Ministério da Saúde possui uma rede extensa, que vagueia adentrando as Secretarias de Saúdes estaduais e municipais. Então, aquela decisão acabou sendo um tanto quanto demagógica. Na prática, é difícil executá-la, pois trouxe conceitos fluidos, que por diversas situações concretas viriam a ser conflitantes, com bastante dificuldade de efetivo cumprimento.

Em teoria, é fácil observar a aplicação de princípios, na visão do administrador público para sua atuação. Mas não deve ser esquecido que o controle da atuação do gestor também é realizado pelos usos dos referidos princípios: a atuação do administrador público ao ser realizada com bases em princípios será, em

consequência, controlada sobre os mesmos padrões referidos. Assim, os parâmetros dados pelo Supremo, para atuação do gestor, deram instrumentos para juízes, conselheiros de Tribunais de Contas, realizarem seus respectivos controles.

Logo, uma preocupação restara instalada na administração pública: qual a decisão a tomar, diante dos instrumentos de gestão possíveis, com extrema possibilidade de gerar consequências negativas, a fim de que não ocorra responsabilidade sobre suas decisões?

Quem atua dentro da Administração Pública percebe o olhar acusatório dos próprios administrados, verificado a inegável dificuldade de retirar do papel a coisa certa a fazer. E este busca, em geral, os parâmetros mais claros possíveis para efetuar sua atuação. Aí surge a possibilidade, nos termos da decisão do Supremo, do “melhor seria não praticar”. Mas neste caso, também poderia surgir a responsabilidade gerada, por exemplo, pela morte de um administrado pela omissão do gestor público, baseando-se emnexo de causalidade com um ato administrativo remoto, quando do investimento a menor na saúde, como por exemplo a compra de um respirador a menos para um hospital público de atuação exclusiva no combate ao Corona Vírus, ou ainda ao escolher mal um licitante, com inobservância de algum aspecto técnico, vindo a eclodir na morte de um administrado. Qualquer situação exemplificada anteriormente poderia facilmente se enquadrar em violação à saúde.

Em regra, decisões que protegem a saúde ou o meio ambiente equilibrado, irão invariavelmente criar impactos adversos à Economia, haja vista uma correlação lógica: se os administrados não estão trabalhando, por conta de um *Lockdown*, devem ser subsidiadas pelo governo; se não há pagamento de tributos pelos contribuintes, pode vir a se agraciar uma moratória ou anistia tributária, por exemplo.

Então, analisando a tese fixada pelo Supremo, o respeito aos três primeiros requisitos necessários a afastar a responsabilidade do gestor público, consequentemente poderia haver um desrespeito ao quarto requisito e, em interpretação a *contrariu sensu*, o respeito ao quarto requisito poderia vir a desrespeitar os três primeiros.

Ainda para mais desnortear o gestor público, o desrespeito aos critérios científicos seria baseado em quê, propriamente, verificando que ninguém tem nenhuma certeza sobre o vírus e suas consequências, haja vista a sua completa novidade, não havendo confirmação sobre o que funciona em seu extermínio, bem como não há confirmação sobre o que deve ser descartado em seu combate. A decisão do Supremo não diz de onde se retirar tais critérios científicos e técnicos, gerando uma mera retórica decisória.

Para mais prejudicar a situação, o uso de tais argumentações poderia causar um verdadeiro caos, quando da análise pelo julgador periférico que, ao ficar diante de atuação do gestor público que não comunga de sua mesma interpretação acerca dos conceitos abertos expressados no julgamento da ADI.

5. CONCLUSÃO

Em que pese as dificuldades relatadas para o melhor caminho a ser tomado pelo administrador probo e eficaz, o melhor controle, seja judicial ou administrativo, ao que parece, seria a possibilidade de suspensão de decisões administrativas quando desprovidas de análise impacto-regulatória, para saber qual ato correto a ser tomado em cada caso concreto. Seria uma decisão meio do caminho: é um pedido para o gestor apresentar quais dados foram usados como critério. Não haveria uma avaliação sobre o mérito da decisão do administrador público estar correto ou errado. A decisão tomada pelo administrador público deveria ser preservada, contudo o administrador deveria se pautar em argumentação pertinente. Percebe-se que é a fundamentação adequada que deve proteger o administrador e seus impactos consequenciais naquilo que o STF pautou que o gestor preservasse. As razões que levam o administrador a, por exemplo, intervir na liberdade do administrado, devem ser preservadas quando, por exemplo, da reabertura do comércio local, assim, nos atos que abrandariam aqueles atos prefacialmente tomados, uma vez que o controle praticado tão somente em um desses atos se tornaria anacrônico.

Essa fundamentação deve vir carregada da maior Transparência possível, para que o administrador seja munido, futuramente, de proteção contra eventual decisão ativista, seja pelo Poder Judiciário, seja pelo Tribunal de Contas, que procure lhe responsabilizar, subjetivamente, nos termos dos critérios definidos pela decisão do Supremo.

A ideia é de que, diante das incertezas que o administrador se encontrar, frente a obrigatoriedade de tomada de decisão, podendo esta ser tomada de modo a não surtir o efeito perseguido, ou ainda de modo eventualmente contrário a regras formais, mas no intuito de proteger direitos dos administrados de seu ente, seja aquele coberto pelo manto da máxima segurança jurídica que puder ser usada no caso concreto.

Sobre análise econômica, em viés de retrospectiva que o administrador terá que lidar, no futuro pós pandêmico, se confirmará, ou condenará, os atos do administrador, nos termos presentes de avaliação pelo Judiciário e Tribunal de Contas. Nesse sentido é a reprimenda que o próprio ministro Barroso fala ao citar a ocorrência de “analisar videotape” ser mais fácil do que analisar a situação em concreto, in loco.

Logo, a MP trouxe, em seu art. 3º, em consonância com a própria LINDB, a determinação de análise dos atos tomados pelo administrador sob o parâmetro existente à época da decisão tomada pelo administrador. Cumpre ao julgador ou controlador se valer do viés de confirmação na hora de controlar tais atos, que pelo delongar será realizado futuramente, com ciência mais informações contundentes e de comprovada eficácia no combate à Pandemia, mas que deverão ser utilizadas aquelas anteriores, munidas de incertezas mas que foram consideradas corretas pelo então gestor, frente às suas estruturas científicas e financeiras.

6. REFERÊNCIAS

1. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
2. MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.
3. JUSTEN FILHO, Marçal...[et al]. **COVID-19 e o direito brasileiro**. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020.
4. Exposição de Motivos da Medida Provisória nº. 966/200 <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-966-20.pdf>. Acesso em: 24/10/2020
5. SUNDFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal; MONTEIRO, Vera. **Surpresa positiva do STF no julgamento da MP 966**. Jota Info, Brasília. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/supresa-positiva-do-stf-no-julgamento-da-mp-966-21052020>>. Acesso em: 24/10/2020
6. CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Análise da constitucionalidade da MP 966/2020, que dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por atos relacionados com a pandemia da covid-19**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/815104ed949f9deaf45165c4b8337013>>. Acesso em: 24/10/2020

SUICÍDIO ASSISTIDO: A IMPORTÂNCIA DA AUTONOMIA DA VONTADE NO FIM DA VIDA

ARYANE FERREIRA ALVES:
Bacharel em Direito pela
Faculdade UNA de Contagem

CRISTIAN KIEFER

(orientadora)

RESUMO: Existe hoje no Brasil a Extrema necessidade do reconhecimento ao direito a prática do suicídio assistido para efetivar a ação da autonomia da vontade pelo indivíduo no fim de sua vida. A vida é um direito fundamental garantido e protegido pela nossa constituição, todavia, a liberdade e a dignidade da pessoa humana são as bases do Estado democrático de direito. O trabalho em questão objetiva demonstrar para a sociedade e para os leitores a necessidade de legitimação do instituto, do suicídio assistido para que seja pleno o exercício da dignidade da pessoa humana. Por isso, a descriminalização do auxílio é o caminho para permitir a adequação normativa do código penal com os princípios constitucionais bem como o exercício do instituto para aqueles que tanto necessitam.

PALAVRAS - CHAVE: Suicídio Assistido; Autonomia da vontade; Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: There is today in Brazil the Extreme need to recognize the right to practice assisted suicide in order to carry out the action of autonomy of will by the individual at the end of his life. Life is a fundamental right guaranteed and protected by our constitution, however, the freedom and dignity of the human person are the foundations of the democratic rule of law. The work in question aims to demonstrate to society and readers the need to legitimize the institute, assisted suicide in order to fully exercise the dignity of the human person. Therefore, the decriminalization of aid is the way to allow the normative adequacy of the penal code with the constitutional principles, as well as the exercise of the institute for those who need it so much.

KEYWORDS: Assisted Suicide; Autonomy of the will; Dignity of human person .

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Autonomia da vontade no fim da vida; 2.1 A conflitância entre o suicídio assistido e a legislação; 2.2 A expressa necessidade de regulamentação do suicídio assistido; 2.3 O instituto do suicídio assistido e seus paradigmas; 3 O suicídio Assistido e a Filosofia; 4 As nuances acerca do suicídio assistido; 5 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O tema escolhido para pesquisa deu-se porque suicídio é um tema polêmico, além de não ser pacificado em nossa legislação brasileira, mas infelizmente se faz necessário na sociedade moderna e democrática de direito.

As opiniões divergem bastante em relação ao assunto, muitos enxergam o ato como insanidade ou loucura, mas também existem aqueles que partilham da dor do outro, tem compaixão pela trajetória de sofrimento, vivem a dor do outro e compreendem que o suicídio assistido é uma maneira eficaz de cessar a jornada dura de angústia e sofrimento de quem passar por tal momento de aflição e aguarda a morte.

Em uma sociedade tão egoísta, seria interessante abordar tal tema, pois contribuiria socialmente com o entendimento e reflexão da sociedade sobre a dor do próximo e de fato saber verdadeiramente o que significa o princípio da dignidade da pessoa humana o exercício da autonomia de vontade no fim da vida e o quanto nossa sociedade como um todo é falha no cuidado dessas pessoas que se encontram com problemas sérios de saúde, traumas, dentre diversos outros motivos que as mantém reféns do sofrimento e sem a possibilidade de ter uma morte digna.

É de certo que a inserção no ordenamento jurídico do suicídio assistido é extremamente necessária para que exista uma conformidade com a liberdade e o princípio da dignidade humana tratado em nossa Carta magna. A vida é direito fundamental do cidadão conforme descrito em nossa constituição, porém a liberdade e a dignidade da pessoa humana são bases do Estado democrático de direito.

A legislação infraconstitucional, no código penal, criminaliza a quem induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça, estabelecendo uma pena de reclusão, de dois a seis anos. No entanto, o referido dispositivo é insuficiente diante dos novos conceitos de liberdade, sobretudo no que diz respeito ao suicídio assistido. Por esse motivo esse projeto traz à tona a real necessidade do aprofundamento no que diz respeito ao suicídio assistido expondo que o Estado,

impedindo de forma direta o assunto em questão, assegura somente que um ser humano, sem nenhuma perspectiva de vida, por motivos de doença ou acidente, sobreviva ao invés de viver, totalmente fragilizado e agoniado em virtude das diversas limitações. Essa é a razão pela qual a descriminalização em nosso ordenamento jurídico é tão necessária.

O tema abre uma cadeia de pensamentos que gera um ponto de interrogação na cultura da sociedade brasileira, a qual luta tanto pela vida, mesmo que sendo necessário a utilização de equipamentos mecânicos, por conseguinte, não pensa em obter uma morte digna e tranquila e também não pensa nos cuidados que seriam necessários ao fim a vida.

2 A AUTONOMIA DA VONTADE NO FIM DA VIDA

Podemos dizer que o suicídio assistido é um auxiliador para aqueles que não conseguem sozinhos realizar um procedimento o qual não teriam conhecimento para executar sozinhos e aliviar aquilo que é tormento e angústia. Podemos conceituar como suicídio assistido o indivíduo que deseja findar a sua vida, e é auxiliado a fazê-lo, por meio de prescrição médica com a indicação de substâncias o levam a óbito sem dor e sem sofrimento. Existem muitas formas de se auxiliar o suicídio assistido, seja por auxiliar a ingestão ou via venosas de doses letais de medicamentos que de forma rápida e indolor se chega ao objetivo, lembrando que quem pratica o ato é o próprio indivíduo auxiliado do conhecimento de um terceiro e se for de sua preferencia acompanhado de quem possui afeto, podendo se despedir e resolver todas as suas pendencias.

O suicídio assistido é diferente da eutanásia, no procedimento, é um médico o responsável por dar fim a vida do paciente. No suicídio assistido, é transferida para o paciente a decisão de encerrar a vida concretizando sua vontade. A diferença entre um e outro está na execução do procedimento. Caso não seja solicitado pelo paciente de forma consciente e intencional, a prática é considerada assassinato e no procedimento são realizadas perguntas ao paciente para evidenciar a lucidez e a verdadeira vontade de seguir com o procedimento. No pensamento de Matilde Josefina Sutter:

O suicídio assistido possui elementos especiais para sua caracterização: é o suicídio de pessoa que tem diagnóstico

seguro de um mal gravíssimo e incurável sem possibilidade de recuperação, com perspectiva de vida de poucos meses, e em geral o mal de que padece é progressivo e doloroso, podendo acarretar grande grau de dependência do cuidado de terceiros ou falta de consciência. Cumpre acrescentar que comumente o solicitante tem idade avançada, mas é capaz. Ante a incapacidade de realizar o ato por si só, solicitar assistência do médico. Essa assistência por parte de um médico, com Juramento de Hipócrates que prevê fazer o bem e, se isto não for possível, ao menos não fazer o mal, se constitui num dilema (SUTTER, 2000)

Na citação acima vemos que a ideia central do pensador é de que não deveria ser retirado do homem racional a escolha do momento ideal para que houvesse a separação pendente do corpo e da alma. O que possibilitaria para o indivíduo o privilégio de poder cessar qualquer tipo de dor e sofrimento, traumas e doenças degenerativas. Para que sofrer tanto se a certeza do fim é a morte?

A decisão é compaixão com si mesmo e o auxílio é compaixão com o próximo o qual não poderia atuar sozinho. Também salienta Cesare Beccaria:

O suicídio é um crime que parece não poder estar submetido a qualquer tipo de pena; pois esse castigo recairia apenas sobre um corpo sem sensibilidade e sem vida, ou sobre pessoas inocentes. Ora, o castigo que fosse aplicado contra os restos sem vida do culpado não produziria nenhuma impressão nos espectadores senão a que eles sentiriam vendo fustigar uma estátua. Se o castigo é aplicado sobre a família inocente, ele se torna despótico e odioso, pois já não existe liberdade quando os castigos não são essencialmente pessoais (BECCARIA, 2008, p.875)

Neste trecho fica evidenciado que as escolhas e consequências da prática do procedimento de suicídio assistido, fica apenas para aquele que o praticou, estabelecendo um limite para si mesmo e exercendo a autonomia da vontade no fim da vida. O filósofo Nietzsche - em sua obra crepúsculo dos ídolos - diz que seria mais digno abandonar a própria vida enquanto ela não se degenera por completo, rompendo com ideia de que seria este um bem absoluto, assevera o pensador:

Morrer orgulhosamente quando não é mais possível viver orgulhosamente. A morte escolhida livremente, a morte empreendida no tempo certo, com lucidez e alegria, em meio a filhos e testemunhas: de modo que seja possível uma real despedida, em que ainda está ali aquele que se despede [...]. Não nos é dado nos impedir de nascer: mas podemos reparar esse erro- pois às vezes é um erro. Se alguém se elimina, faz coisa mais respeitável que existe: com isso, quase merece viver (NIETZSCHE, 2006, p.36).

A partir desse pressuposto podemos enxergar que o tema é defendido desde a antiguidade até os dias atuais, porém ainda não é amadurecida em nossa cultura tampouco em nosso ordenamento o qual possui um código penal completamente ultrapassado sem revisão a mais de 80 anos.

Para muitos pacientes que não possuem perspectiva de vida o tema se torna muito relevante e para aqueles que simpatizam com essa ideia também. Partindo do pressuposto do amadurecimento da hipótese de legalização do procedimento e o quão bem fariam para as pessoas que realmente necessitam deste âmbito ficaria claro e evidente o poder de poder decidir sobre o seu próprio fim, até porque quem vive esse fim é o indivíduo e não poder escolher livremente como será esse fim chega a ser assustador.

Pensar na possibilidade de ficar inerte diante da vida ou no final dela inquieta qualquer que seja o coletivo, porém conforme já salientado anteriormente o tema é evitado pela sociedade e os cuidados necessários para a preparação da morte são esquecidas. O presente artigo foi escolhido justamente para trazer o que é evitado e não tratado coletivamente.

2.1 A conflitância entre o instituto do suicídio e a legislação.

O Código Penal foi recebido como lei ordinária pelo novo ordenamento jurídico, porém, não quer dizer que não possa existir conflitos posteriores com o intuito de localizar artigos ou palavras que não estão em alinhamento com a constituição federal e suas diretrizes concretizadas como sobre o tema os professores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2015):

Pode ocorrer, também, recepção de somente parte de um dispositivo da lei antiga que foi recepcionada [...]. [...] Havendo controvérsia a respeito da revogação (ou da recepção) de alguma lei pré-constitucional, caberá ao poder judiciário decidir se a norma foi recepcionada ou revogada pela nova constituição. De acordo com a interpretação dada ao texto e aos princípios da nova constituição, fixará o poder judiciário o entendimento a respeito da recepção (ou revogação) da norma antiga (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p. 25).

Destaca-se que a liberdade apresentada pelo projeto não é apenas a liberdade física, mas outras esferas de liberdade estão relacionadas, como salientam os professores Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino (2015, p. 28):

A liberdade assegurada no caput do art. 5º deve ser tomada em sua mais ampla acepção. Compreende não só a liberdade física, de locomoção, mas também a liberdade de crença, de convicções, de expressão de pensamento, de reunião de associação etc (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p. 28).

No art. 122 do Código Penal de 1940 é levantado em seu conteúdo o maior conflito existente na atualidade para que a modalidade do suicídio assistido não se faça valer e não seja possível a sua prática no Brasil. Está vigente no artigo em seus incisos I e II práticas que vão completamente ao oposto do que pretendido com este artigo, pois no procedimento real o indivíduo não é vítima, não é instigado e sim auxiliado e o faz em sua total lucidez exercendo a autonomia da vontade. Vejamos o que cita a letra da lei:

Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único - A pena é duplicada:

Aumento de pena

I - se o crime é praticado por motivo egoístico;

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência. (BRASIL, 1940)

Analisando os tipos evidenciados no art. 122 do Código Penal, partimos do pressuposto que o “auxiliar” não deveria ser considerado crime e também não deveria preencher lacunas no tipo penal. Auxílio ao suicídio para aquele que sofre é fundamental pois após tanto sofrimento o apoio é extremamente necessário ao exercer a autonomia da vontade no fim da vida. Não é aceito neste artigo os demais tipos penais, pois são considerados crimes, são infrações que devem ser penalizadas e sancionadas conforme estabelece o nosso ordenamento, tais tipos penais fogem completamente da intenção de ato de compaixão com o próximo como dita-se e busca-se com o presente tema.

2.2 A expressa necessidade de regulamentação do suicídio assistido

A investigação proposta por este artigo traz interrogações à luz da razão, pois de acordo com a cultura brasileira de temer a morte ou prolongá-la ao máximo possível de forma mecânica vem a tona se é verídica a necessidade de pacificar o tema do suicídio assistido em nosso ordenamento e de fato exercer a autonomia da vontade neste quesito. Pensadores filósofos possibilitam a clareza dessas informações em várias citações presentes nesta pesquisa, as quais desenvolvem o aprendizado relacionado ao assunto em questão. A pesquisa apresentada leva e dá todos os indícios possíveis de que sim, a necessidade de regulamentação existe, e que o seu feito demora pela falta de conhecimento aprofundado e pelo ato egoístico da sociedade em que vivemos.

Quando rejeitamos a prática, a legalização e a concretização do ato, estamos rejeitando a liberdade das escolhas, bem como a prática da autonomia da vontade e até mesmo negando a compaixão ao sofrimento e dor do próximo, que estando em seu estado de lucidez pleno terá total consciência para tomar as decisões que seria melhor para si em determinado momento .

É um ato extravagante do Estado rejeitar a vontade do indivíduo de chegar ao fim da vida da forma que deseja, pois a decisão deveria competir somente a ele mesmo. Não ter direito a decidir sobre a própria vida, à qual as decisões irão refletir diretamente à quem as escolheu, já está ultrapassado considerando a atualidade dos tempos em que vivemos. Tem- se a plena consciência de que o ato auxiliado por terceiro

interessado, com intenções desviadas deixa de ser paciente e passa a ser vítima e deve ser apurado e sancionado pela Lei.

O tema é oferecido como pacificação de chegar ao fim da vida com autonomia de seus direitos, sem dor, sofrimento e angústias de não viver uma vida digna, mas sim sobreviver sem perspectiva e esperança.

2.3 O instituto do suicídio assistido e seus paradigmas

De modo geral, a idéia principal da presente pesquisa é trazer o conhecimento sobre a autonomia da vontade, bem como o instituto do suicídio assistido, o qual hoje não é reconhecido em nosso ordenamento, é estudar a vigência das normas brasileiras respaldadas de forma a comprovar que elas estão oportunas e a revisão de seu texto validando o suicídio assistido no ordenamento jurídico, de maneira a não criminalizar o auxiliador tão pouco punir e constrianger, também não forçar a vida em uma realidade em q o indivíduo não se sente a vontade ou engajado a continuar vivendo. A pesquisa tem o foco voltado em destrinchar os tabus e dar sentido ao que não é reconhecido e aceito pela sociedade, bem como ser fonte facilitadora do encontro às normas constitucionais que regem a efetivação do instituto.

Pensando na obtenção de legalização do suicídio assistido como um todo, a aquisição da não criminalização seria um grande ganho para o grupo que necessita do instituto. Relevante à moral, falamos da crença que cada indivíduo possui, pois como vivemos em um Estado Laico, é de pura e livre decisão do autor, se a conduta de auxílio e prática é moral ou não, uma vez que sua tomada de decisões não implicará na crença de outros indivíduos, tampouco os prejudicará de alguma forma. Opiniões devem ser respeitadas mesmo que sejam diferentes e a pesquisa reconhece este ponto, o objetivo é levantar o assunto, não ofendendo os discordantes mas sim dar um passo em busca da legitimação e reconhecimento no ordenamento.

Através de pesquisas e investigações na atualidade das circunstâncias do jurídico brasileiro da maneira como o suicídio assistido é visto, sob o ponto de vista dos novos conceitos filosóficos, estatutário e principiológicos o foco é visualizar as atuais normas brasileiras para chegar a constatação que elas são adequadas a aplicação de tal forma de disposição da própria vida. Diante disso, busca a análise do suicídio assistido, demonstrar os possíveis impasses a sua legitimação e a encontrar as normas constitucionais que são base para a aplicação do instituto.

3 O SUICÍDIO ASSISTIDO E A FILOSOFIA

A morte destinada como o fim da trajetória humana é a única certeza que temos enquanto vivemos. Rouba- nos a atenção o fato desse tema está sempre presente nos escritos dos grandes pensadores. Podemos dizer que desde a antiguidade, a descoberta de se ter pouco tempo de vida elucidou várias maneiras de enxergá-la. Na maioria das vezes, a incerteza de quando realmente se dará a morte e o que nos reserva depois dela, supondo que exista algo depois, foi essencial para expor uma diversidade de pensamentos em relação ao tema proposto no projeto de pesquisa.

Platão afirma que o homem racional não deve recear a morte, seria, pois, com tal desmembramento que a alma se depararia finalmente com o agente de seu desejo, de tal feita, não há nesse pensador uma condenação ao homem que racionalmente e propositadamente escolhe o momento do próprio fim, sendo sem embasamento uma lei que impossibilite o suicídio:

Talvez eu possa te ensinar algo sobre isso e provavelmente te pareça estupendo, porque não é verdade que este caso é o mais simples de todos e que não comporta dúvida alguma para o homem: saber quando e a quem convém morrer ou viver? E considerando que existem pessoas para as quais o melhor seria estarem mortas, julgarás surpreendente que não se permita suicidar-se àqueles que preferem a morte à vida e que sejam obrigados a esperar por outro libertador (PLATÃO, 20003 , p.112)

Citando considerações de outro grande mestre grego que faz explanação sobre o tema, porém com uma aplicabilidade diferente: mais autárquica do que pessoal. O pensador afirma e assevera o ato como uma conduta reprovável; até mesmo considerando uma atitude injusta, assim salienta Aristóteles (2002):

(..) e quem, em um acesso de forte emoção, voluntariamente se apunhala, pratica esse ato contrariando a reta razão da vida, e isso a lei não permite; age, portanto, injustamente. Mas contra quem? Certamente contra a cidade, e não contra si mesmo, pois essa pessoa sofre voluntariamente, e ninguém é

voluntariamente tratado com injustiça. Por essa razão, a cidade pune o suicida, punindo-o com certa perda de direitos civis, pois ele trata a cidade injustamente (ARISTÓTELES, 2002, p.126).

O conceituado pensador ateniense, afirmava que o suicida era um criminoso que ofenderia a cidade com a sua conduta, pois cada ser humano tem uma função social no seio da comunidade em que vive. Privar toda a sociedade do potencial que cada indivíduo pode ter é um crime que atinge todos daquele ambiente, para o autor. Não se poderia conceber que alguém com uma única ação atingisse profundamente todo aquele grupo, enfraquecendo-o. Porém, vale salientar, que o contexto político-social que viveu Aristóteles divergia do contexto atual, sendo as relações sociais daquele espaço-tempo voltados principalmente à coletividade, onde os desejos e anseios individuais deveriam se submeter ao que fosse necessário a todo o grupo.

As ampliações e evolução da individualidade nos tornaram uma sociedade em que cada pessoa é detentora dos seus direitos e obrigações, não ficando vinculado aos demais, ou seja, há uma ampliação da vontade própria, um maior respeito ao querer individual.

Assim sendo, o suicida no nosso espaço-tempo não pode ser mais considerando um criminoso e ofensor da coletividade, uma vez que a sua ação não mais afeta o direito de todos, apenas influi nos seus próprios bens jurídicos, tornando a conclusão do brilhante mestre sem nexos ou aplicabilidade nos dias atuais

Vários pensadores Clássicos e filósofos se debruçaram sobre o tema ao longo da história humana, Em grande parte definindo a referida ação como ato contrário ao dever moral, como se cada ser humano tivesse o dever de se manter vivo independente de como estão as suas condições; a vida seria um dever e não um direito. Assim preceitua o filósofo Immanuel Kant (2004) em um dos seus escritos:

A sua máxima, contudo, é a seguinte: por amor de mim mesmo admito um princípio, o de poder abreviar a minha vida, caso esta, prolongando-se, me ameace mais com desgraças do que me prometa alegrias. Trata-se agora de saber se tal princípio do amor a si mesmo pode se tornar lei universal da natureza. Mas logo, se vê que uma natureza cuja lei fosse destruir a vida em virtude do mesmo sentimento cuja determinação é suscitar a sua conservação se contraria a si

mesma e portanto não existiria como natureza[...] e portanto é absolutamente contrária ao princípio supremo de todo dever (KANT, 2004, p.52).

Kant, quando trata especificamente do tema, não leva em conta as diversas condições que estariam acima do simples conceito do egoísmo pelo “amor a si mesmo” (KANT, 2004); conjuntura que retrataria um sofrimento tão devastador que estar vivo seria a pior realidade para aquele indivíduo; Não havendo esperanças e promessas de alegrias; desta forma, a manutenção da vida seria um ato atentatório a si mesmo. Manter-se vivo, obrigatoriamente, quando a única opção para preservar a dignidade humana seria o abreviamento do fim da existência, e com isso da redução do sofrimento humano, unicamente por uma questão legislativa embasada em uma moral socialmente imposta, que não admite uma ação diferente daquela positivada, é claramente abusivo e contrário a todo o pensamento do próprio Immanuel Kant que sempre preservou a liberdade humana acima de tudo, pois é ela o fundamento e condição da lei moral:

Sendo assim, diz Kant, nós nos encontramos diante de ato absolutamente único. O imperativo (a consciência do imperativo), que me ordena querer segundo a pura forma da lei, ordena-me substancialmente à liberdade. Por isso, não se trata de um juízo analítico, mas sintético a priori, porque me diz algo de novo. E me diz algo novo não em dimensão fenomênica, mas metafenomênica: o dar-se do dever me diz e o ipso que eu sou livre e, portanto, me diz da dimensão não fenomênica da liberdade, mesmo sem fazer-me captá-la cognoscitivamente em sua essência (REALE; ANTISER, 1990, p.914).

É importante saber que, não obstante dos primeiros pensamentos expostos, existiam pensadores que apreciavam acima de tudo que o ser humano é o dono da própria existência, imparcialmente da opinião da sociedade e do seu dever moral para com ela; cabe, assim, a cada um fazer suas próprias escolhas, mesmo que isso afronte as regras impostas pela sociedade.

Sabemos que o suicídio é um ato de livre consciência e é privativo do ser humano, assim sendo, como conduta unicamente humana, percebe-se que são várias as explicações que levam determinado indivíduo a cometer o ato. Afim de melhor

compreender como se desenvolve o suicídio assistido se faz necessário diferenciá-lo de institutos semelhantes e que com ele não se confundem, mas que, por ocasião da falta de informação, são geralmente tratados de igual forma e, por conta disso, repelidos.

4 AS NUANCES ACERCA DO SUICÍDIO ASSISTIDO

O método científico utilizado para projeto de pesquisa constitui-se no método Hipotético-Dedutivo, proposto pelo filósofo austríaco Karl Popper no livro *A lógica da investigação científica*, como uma crítica radical ao método indutivo.

Busca-se uma descrição clara e precisa para facilitar a obtenção de um modelo simplificado e a identificação de outros conhecimentos e instrumentos relevantes ao problema.

Por tal auxílio metodológico, o presente trabalho consolida, cientificamente, que existe a oportunidade de aplicação do instituto em análise na ordem jurídica interna, sendo essa a hipótese estudada.

Influencia os pro-defensores da vida a qualquer custo contra aqueles que acreditam que o direito de liberdade sobre toda e qualquer decisão cabe unicamente aquele possuidor de tal bem, sendo assim, a vida pertence ao seu possuidor e não se deve admitir que outrem pessoa religião ou estado decida se o indivíduo pode ou não dispor do seu bem que é a vida em nome de outro bem jurídico que ele acredita ser superior àquele levando-se sempre em em conta que tal indivíduos está em pleno gozo de suas capacidades mentais estando fora do rol como relacionado nos artigos 3º e 4º do Código Civil Brasileiro como sendo absolutamente ou relativamente incapaz. (BRASIL 2002).

Desta maneira, antecipar o fim da existência seria um conflito entre dois bens jurídicos de grande relevância, devendo a sua decisão ser apreciada de maneira a não contrair radicalmente nenhum desses bens, mas de certo em cada caso proferir uma decisão adequada às necessidades particulares dele e atendendo sobretudo, ao indivíduo que estará no centro de tal conflito antinômico real que não pode ser resolvido da maneira tradicional, pela hierarquia, ordem cronológica, ou especialidade (FERRAZ JR, 2008, p. 179).

Todavia, o direito sempre encontrará uma resposta aos conflitos impostos utilizados e outros recursos. Tal conflito entre o poder decisório sobre a morte sempre

é um assunto que demanda um detalhamento sobre os direitos fundamentais que entram em choque no decorrer da discussão. Obviamente, faz-se necessário identificar quais normas estão em choque e, por conseguinte, estabelecer que a liberdade deve ser aplicada no caso em questão, mesmo que se faça necessário colocá-lo em uma posição superior às outras normas neste caso específico.

A vida é mais facilmente digerida. O simples fato de nascer com a capacidade de respirar já é considerado viver segundo a corrente majoritária brasileira. Assim, a partir do primeiro momento que um ser humano em seus pulmões de ar, após sair do ventre materno, ele adquire sua personalidade; através disso, o pleno direito à vida e os demais direitos essenciais ao ser humano, como bem ensina a excelente civilista Maria Helena Diniz (2004):

O nosso Código Civil afastou todas essas hipóteses e, que originaram incertezas, dúvidas, pois no seu artigo 2º, não contemplou os requisitos da viabilidade forma humana, afirmando que a personalidade jurídica inicia-se com o nascimento com vida ainda que o recém-nascido vem a falecer instantes depois (DINIZ,2004,p. 185)

Então é notável concluir que a obediência ao direito positivada é justamente para proteção de cada ser humano contra situações que colocam em perigo um bem fundamental seu senso à vontade, como fruto da imposição de terceiro sobre ele. Não faz sentido então, nos dias atuais, uma proteção positiva que busca mitigar o uso do bem jurídico próprio, uma vez que o exercício de um direito que coloca em risco um direito fundamental próprio não afetará a liberdade de terceiros, que terão garantidos a disponibilidade de uso dos seus próprios bens.

Ao não impedir alguém de pôr fim a própria vida (plenamente capaz e no uso total de sua consciência, sem interferência de terceiros ou de alguma possível desordem), o estado assume a posição que deve ter em prol da coletividade, condicionando os princípios vírgulas leis e suas respectivas interpretações a serem direcionadas ao maior grau de efetivação.

5 CONCLUSÃO

É possível observar que quanto mais uma determinada sociedade suprime a individualidade dos seus agentes, prevalecendo nela um senso de coletividade e

integralidade acima dos desejos e morais individuais, mais as leis e a moral dessa sociedade irá ir de encontro a possibilidade da auto aniquilação.

Todavia, quanto mais uma sociedade está disposta a entregar a cada ser humano que convive nela a livre consciência de crença e a liberdade de escolha da moral, mais próxima estará de entender que abrir mão da própria vida é um direito que deve ser respeitado e garantido .

Contudo, o suicídio assistido para que seja propriamente coerente com o estado democrático de direito deve ser feito de uma maneira que garante a proteção contra possíveis abusos, para isso, é necessário que se estabeleça esse tenha em mente que ele difere de ações semelhantes, mas completamente diferentes, sobretudo no aspecto subjetivo. Faz-se necessário entender que o suicídio assistido é uma ação pessoal e feita pela vontade e ação do próprio agente, o que difere da eutanásia e suas semelhantes.

Ao criminalizar o suicídio assistido no artigo 122 do código penal o estado apenas consegue impedir que um ser humano já é extremamente fragilizado por conta de uma limitação, adivinhando de uma doença ou acidente, permaneça vivendo em um eterno estado de agonia e frustração, tendo que permanecer respirando e existindo sem realmente viver.

Existe a necessidade do instituto do direito assistido ser consagrado no nosso ordenamento jurídico, comprovando a hipótese inicial. Ademais, não existem motivos para que se exclui a tal possibilidade. Desta forma é necessário que se proceda pela declaração de não recepção do artigo 122 do código penal no tocante ao auxílio, o que permitirá que o instituto possa ser posto em prática na República federativa do Brasil, garantindo a liberdade a dignidade da pessoa humana, direitos constitucionalmente garantidos pela carta Magna de 1988.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad.: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002 (Coleção A Obra Prima de Cada Autor).

ALVES, R. **O Deus que eu conheço**. Campinas: Versus, 2010

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002.

BRASIL. Constituição de 1988, de 10 de maio de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 10 de mai. de 1988.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte especial 2. dos crimes contra a pessoa. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAZ JR, T.S. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. Trad.: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004 (Coleção A Obra Prima de Cada Autor)

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Civil. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NIETZSCHE, **crepúsculo do ídolos** 2006.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PLATÃO. **Apologia a Sócrates**. Trad. André Malta. Porto Alegre: L&PM, 2010 (Coleção Pocket). vol.701.

_____ **Fédon**. Trad. Nova Cultura Ltda. São Paulo: Nova Cultura Ltda, 2000 (Coleção Os Pensadores).

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**. 3 ed. São Paulo: Paulus, 1990. vol 2.

A CRISE NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

THAIS CAROLINE LANSONI:

Bacharelada em Direito pela
Universidade Brasil - Campus
Fernandópolis

ADEMIR GASQUES SANCHES

(orientador)

Resumo: O presente artigo científico tem por objetivo discorrer sobre a atual situação do Sistema Penitenciário Brasileiro, analisando primeiramente o contexto histórico e também apontando as crises que o país vem enfrentando. Na primeira parte do artigo buscar-se-á identificar o conceito de pena e sua evolução histórica. Depois será abordado o sistema carcerário brasileiro, elencando suas principais dificuldades e também os principais direitos dos presos, tais como o princípio da Dignidade da Pessoa Humana o qual está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A seguir, será elencado o mito da função ressocializadora da pena e a reincidência dos detentos. Por fim, na última parte da pesquisa, tratar-se-á de medidas alternativas diversas da prisão, que seriam uma forma preferível de punir e ressocializar os presos para que esses tenham condições melhores ao sair do cárcere. Após a pesquisa, chega-se ao entendimento de que o país deve discutir novas alternativas para que a principal função das penitenciárias seja alcançada com sucesso, isto é, ressocializar o indivíduo.

Palavras-chave: Crise. Superlotação. Sistema penitenciário brasileiro.

Abstract: This Scientific Article aims to discuss the current situation of the Brazilian Penitentiary System, analyzing first the historical context and also pointing out the crises that the country has been facing. The first part of the article will seek to identify the concept of penalty and its historical evolution. Then the Brazilian prison system will be addressed, listing its main difficulties and also the main rights of prisoners, such as the principle of the Dignity of the Human Person which is provided for in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. Next, the myth will be listed the re-socializing function of punishment and the recurrence of detainees. Finally, in the last part of the research, it will be about alternative measures other than prison, which would be a preferable way to punish and re-socialize prisoners so that they have better conditions when leaving prison. After the research, it is understood that the country must discuss new alternatives so that the main function of the penitentiaries is successfully achieved, that is, to re-socialize the individual.

Keywords: Crisis. Overcrowded. Brazilian prison system.

Sumário: *Introdução. 1. Conceito de Pena e sua Evolução Histórica. 2. O Sistema Carcerário Brasileiro. 2.1. Regimes prisionais. 2.2. Superlotação. 2.3. Os direitos dos presos. 3. O Mito da Função Ressocializadora da Pena e a Reincidência. 4. Medidas Alternativas à Privação de Liberdade. Considerações Finais. Referências.*

Introdução

O presente trabalho aborda a atual situação do Sistema Carcerário Brasileiro, trazendo seu contexto histórico e as principais dificuldades que o País vem enfrentando, tais como a superlotação dos presídios e também as adversidades ao se aplicar a Lei de Execução Penal (LEP).

A situação do encarceramento no Brasil, como nos demais países, sempre foi tema de debates tanto da comunidade científica quanto de grupos sociais e políticos, por instigar questionamentos diversos, tanto do lado formal pela aplicação das normas jurídicas quanto pela realidade fática de suas reais condições.

O tema é relevante frente à crise em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, as deficiências apresentadas nesse sistema são muitas, dentre elas, pode-se destacar, a superlotação e a insalubridade das celas, que levam a situações de enfrentamento a proliferação de doenças e epidemias, má-alimentação dos presos, sedentarismo e o uso de drogas. Tudo isso, conjugado com os problemas que envolvem má gestão organizacional e estrutural pouco amparado pelo Estado perfazem o quadro geral desta temática.

Para responder as variáveis deste tema, dar-se-á ênfase sobre o questionamento do que leva à precariedade do sistema penitenciário brasileiro. Para isso, será suscitada a aplicação das normas jurídicas brasileiras, os tratados internacionais de direitos humanos ressaltando o princípio da dignidade da pessoa humana como preceito primário da constituição federal, os direitos e garantias fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e de outro lado o Estado, como o *ius puniendi* aplicado de forma legítima.

O sistema prisional em que se pretende buscar justiça para os desvios de conduta de indivíduos na sociedade mostra-se injusto ao estabelecer uma igualdade punitiva sem levar em conta as várias faces das atitudes tomadas por indivíduos diante de uma situação. Devido à divisão do sistema penal brasileiro é possível que indivíduos que tenham cometido pequenos crimes sejam acondicionados juntamente com indivíduos com mais periculosidade, justamente por conta da superlotação.

A metodologia para realização deste trabalho foi a de levantamento documental e revisão bibliográfica, com fins exploratórios, em publicações de Direito Penal e afins, em especial os que tratam do colapso do sistema prisional brasileiro e o descaso das autoridades que minimizam o problema que tem se tornado cada vez mais grave. Realizou-se, ainda, pesquisa bibliográfica para obtenção dos dados históricos, relativos ao método de aplicação da pena e sua evolução ao longo da história até a presente data em que tratamos da tentativa de humanização prisional.

Foram escolhidos como foco principal do trabalho os livros Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas e Execução Penal, sendo as duas principais obras atualmente que tratam da temática e que buscam estudar o problema e discutir uma solução para a grave crise social.

Para tanto, foram seguidos os seguintes planos de trabalho: Análise de fontes bibliográficas como livros, periódicos científicos, artigos, relatórios de pesquisa, etc., que não contenham apenas informações sobre o tema proposto, a leitura dos materiais, procedam de forma seletiva e retenham as partes básicas de pesquisa e desenvolvimento, e materiais relacionados, a compilação de parte do quadro-resumo, a ordenação e análise das anotações: organizar e ordenar de acordo com o seu conteúdo, dar-lhe fiabilidade e obter os dados de investigação da ideia central do problema seja neutro nas questões de pesquisa.

Através da pesquisa constata-se uma situação de confinamento, sofrimento, tortura e desrespeito a dignidade humana, ou seja, um verdadeiro colapso prisional algo a ser explorado sob outras óticas que não apenas o direito aplicado, mas como uma interação disciplinar que se leve a uma solução do problema, principalmente no que diz respeito a punição com claro intuito de socialização.

O objetivo deste trabalho é trazer à discussão a aplicação das penas, a superlotação das cadeias à luz da Lei de Execução Penal (LEP), e dispositivos que garantem ao preso assistência material, saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, e impõem, a todas as autoridades, o respeito à integridade física e moral dos presos já condenados e aos provisórios, disso destacando a ineficiência da ressocialização bem como a dificuldade da gestão pública em manter o sistema penal nos moldes ideais.

Ainda será abordado o instituto das penas alternativas previstas em lei e seu duplo caráter de aplicação, ou seja, uma ressocialização mais eficiente e o alívio necessário ao sistema prisional, assim como o direito fundamental de acesso a justiça respaldado no Artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

De início, o artigo buscará esclarecer o conceito de pena e a sua evolução histórica. Em sequência, explorará o sistema carcerário brasileiro, indicando quais são

os regimes prisionais existentes e os problemas que o acomete, como por exemplo, a superlotação. Abordará, também, a questão que trata dos direitos dos presos, os quais possuem um grande valor. Logo a seguir, o artigo irá expor o mito que se criou acerca da ressocialização do indivíduo encarcerado. Por fim, as medidas alternativas são expostas como um remédio para os problemas apresentados.

1 Conceito de Pena e sua Evolução Histórica

O crime é entendido como uma violação a uma norma imposta por lei, cujo descumprimento incide uma pena como resposta Estatal, em detrimento a um bem jurídico tutelado pelo direito. A aplicação desta pena, chamada de jus puniendi, pertence ao Estado, pois é a ele que é dado o poder de fazer aplicar a lei abstrata ao caso concreto e, por fim, executar a pena.

A pena, segundo o ordenamento jurídico atual, possui caráter punitivo e de ressocialização. Cabe ao sistema de que executa as penas a função de trabalhar o indivíduo, dando-lhe ferramentas necessárias para sua reinserção na sociedade.

Existentes desde o começo da civilização, as penas imputadas como corretivo a atitudes contrárias a vida em sociedade, quando se vai contra os usos e costumes. Outrora penas capitais ou mutiladoras, o Direito Penal surgiu como um meio de pacificar a vida em coletividade.

Mesmo as penas que privavam a liberdade, sofreram evolução ao longo do tempo, das masmorras da idade média com uma dose extremamente pesada para o que era considerado crime, mais comparável a uma vingança e não uma ideia de mudar a atitude do apenado devolvendo a sociedade uma pessoa ressocializada.

Para Foucault (1999), o suplício, como eram chamadas as práticas anteriores a morte, não eram a totalidade das penas aplicadas, sendo que “as decisões do Châtelet durante o período de 1755 a 1785, comportam 9 a 10% de penas capitais - roda, forca ou fogueira”, ou seja, os tribunais poderiam abrandar as penas capitais ou mutiladoras caso achassem uma pena exagerada ao delito.

Ainda segundo Foucault (1999), embora a privação de liberdade tenha um caráter mais humanizado para a aplicação de uma medida socioeducativa, ela também é uma pena de caráter físico pela limitação de liberdade:

“Dir-se-á: a prisão, a reclusão, os trabalhos forçados, a servidão de forçados, a interdição de domicílio, a deportação - que parte

tão importante tiveram nos sistemas penais modernos - são penas "físicas" (FOUCAULT, 1999, p. 14).

Com isso, é de suma importância que esse meio de aplicação de penas tenham um impacto menor na saúde mental dos detentos visto que segundo Constantino *et al.* (2016), dependendo da aplicação da medida é possível ter um efeito contrário da finalidade que se buscou inicialmente.

Contudo, o Código Penal no Brasil foi promulgado apenas no ano de 1940, porém foi só dois anos após a sua promulgação que este passou a vigorar, isto é, em 1942 e assim iniciou-se uma fase mais humanizada com formas de punições mais adequadas para a sociedade moderna.

2 O sistema carcerário brasileiro

2.1 Regimes prisionais

São observados no Código Penal três tipos de regimes penitenciários a serem cumpridos quando há o cometimento de um fato tipificado como crime, são eles: regime fechado, regime semiaberto e regime aberto. Podendo progredir ou regredir para qualquer um deles, a qualquer momento. O regime fechado é o assunto principal do presente trabalho.

O artigo 87 da LEP (Lei de Execução Penal) prevê "A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado" (BRASIL, 1984, n.p.).

A prisão foi pensada no sistema atual como um inibidor de crimes, e atuar na promoção e recuperação do detento. Quando impostas, o caráter humanitário não pode ser afastado sob pena de incorrer em grave ofensa aos princípios constitucionais e acordos humanitários internacionais.

"A formulação de um sistema carcerário brasileiro foi a solução encontrada para o problema de punições marcadas pelas agressões físicas como a de morte, até então empregadas. Estes não eram mais aceitos em respeito aos direitos humano, precisava-se garantir a proteção da sociedade" (NUCCI, 2012, p. 72).

A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, é a Lei de Execução Penal que inaugura, logo em seu artigo 1º, o seu objetivo de colocar em prática a sentença ou decisão judicial integrando o condenado ou internado socialmente.

“Art. 1º da Lei de Execução Penal: A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão judicial e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984, n.p.).

A vida em sociedade intensificou os problemas sociais, e com isso acendeu a criminalidade, e a insegurança afetou sobremaneira a qualidade de vida da coletividade. Cabe ao Estado o papel de proteção ao seu povo.

O Estado, nos últimos tempos, intensificou sua resposta a esta problemática, porém, a prisão, de forma remota, continua remetida à ideia de simples local de aplicação de penas. A prisão, concebida como uma espécie de pena cruel arrastou suas mazelas e desordens até os dias atuais.

O Estado implantou sucessivas reformas penitenciárias de variáveis modelos desde o século XIX, conforme descreve a na Revista Brasileira de Execução Penal:

“a) o pensilvânico ou celular, com o isolamento total do preso, em forma de confinamento; (b) o auburniano, com isolamento mitigado, restrito para o período noturno, e imposição do trabalho durante o dia; e (c) o progressivo, de inspiração inglesa ou irlandesa, consistente em uma confluência dos dois anteriores, com isolamento durante determinado período, passando posteriormente para a permissão do trabalho durante o dia e, finalmente, a liberdade condicional.” (TORRES, NUNES, 2020, p. 9).

Ainda há severas críticas à prisão como pena, pois segundo vozes contrárias a esse regime, espalham que a prisão não atinge o objetivo a que o Estado propõe, de ressocialização, mas sim, contribui, assim, para corromper o cidadão que lá se encontra, funcionando como um potencializador da criminalidade.

O sistema carcerário do Brasil está enfrentando uma grande crise. A superlotação, a falta de estrutura adequada, falta de higiene que desencadeiam diversas doenças e o cumprimento de pena de forma desumana pelo qual os presos passam.

2.2 Superlotação

A LEP (Lei de Execução Penal) prevê em seu artigo 85 que a prisão deverá ter sua capacidade de lotação compatível com a sua estrutura, isto é, compatível com o que o estabelecimento oferece e comporta. Entretanto, essa norma da LEP vem sendo violada, pois a superlotação é um fato presente e notório nos estabelecimentos prisionais do Brasil.

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) e o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de 2019, o Brasil possui uma população prisional de 773.151 pessoas privadas de liberdade em todos os regimes. Portanto, é o terceiro país no mundo com o maior número de pessoas presas, fica atrás somente dos Estados Unidos e da China.

Esses dados demonstram que o Brasil está prendendo cada vez mais, porém sem tanta eficácia. O fato de ter muitas pessoas presas não significa mais segurança para a população, pois se assim fosse, o Brasil já seria um país sem violência e crimes, o que não é a realidade em que se encontra.

Os crimes que mais levam pessoas às prisões no Brasil são crimes de tráfico de drogas, a informação é do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2019.

Grande parte dessas pessoas que são presas por tráfico de drogas na verdade são usuários. A Lei nº 11.343/2006 apresenta uma “falha” ao fazer a distinção entre traficante e usuário. O § 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 traz a diferença entre consumo pessoal do tráfico:

“Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente” (BRASIL, 2006, n.p.).

A interpretação do artigo citado acima é feita pelo judiciário, o que pode acarretar dúvidas e até o cometimento de erros. Muitos usuários são presos por tráfico de drogas erroneamente e este fato está inflando ainda mais o sistema carcerário do país.

“Trabalha-se, em síntese, com a premissa de que o melhor caminho é o da educação, e não o da prisão, que, nesse caso, traz poucos senão nenhum benefício à saúde do indivíduo. De mais a mais, é fato que a prisão de usuários não traz nenhum benefício

à sociedade. A uma porque impede que a eles seja dispensada a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz para eventual dependência química. A duas porque a imposição de pena de prisão ao usuário faz com que este passe a conviver com agentes de crimes muito mais graves, o que pode funcionar como fator de profissionalização de criminosos” (LIMA, 2014, p. 686).

A superlotação dos presídios, assim como outros problemas que eles apresentam não são tratados com primazia pelo governo. O assunto em questão vem à tona nos piores momentos, seja quando acontece uma rebelião ou até homicídio entre os presos. Portanto a finalidade para as quais as prisões foram feitas fica quase impossível de ser cumprida, pois dificilmente o encarcerado vai sair daquele ambiente sendo um sujeito melhor e pronto para ser reinserido na sociedade.

2.3 Os direitos dos presos

Organizações defensoras dos direitos universais dos direitos humanos sempre estiveram à frente de críticas e debates diante da situação dos sistemas prisionais na luta para que o princípio da dignidade humana seja implantado efetivamente nos presídios, conforme descreve Maciel Filho (2016, n.p.) que ainda reforça dizendo:

“Os presídios se encontram superlotados, não permitindo a recuperação de maneira digna dos apenados, ao contrário, impulsionam a criminalidade por terem, na maioria das vezes, de se submeterem às ordens das facções dominantes nos presídios para conseguirem sobreviver”.

Ricardo Castilho (2012, p. 125) e sua obra *Diretos humanos* explica que:

“A concepção mais atual de Direitos Humanos está expressa na Declaração Universal dos Direitos Humanos, segundo a qual, os Direitos Humanos pertencem à pessoa humana, não precisando de lei para regulamentá-lo. [...], “o direito humano é o respeito que cada pessoa deve ter com o próximo, devendo ter sempre em mente que cada pessoa é um ser, devendo todos serem tratados com dignidade””.

A Constituição Federal de 1988 inaugura seu texto com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. É no inciso III do artigo 1º do texto constitucional,

integrando o rol das garantias fundamentais, que esse princípio se faz presente “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: a dignidade da pessoa humana”, e por ser um fundamento da República, seus efeitos são repercutidos em todo o ordenamento jurídico.

A dignidade é, portanto, considerada um fundamento do Estado Democrático de Direito e se faz imponente diante de sua grandeza, exaltando valores essenciais a condição humana, de difícil conceituação, haja vista que seus variados significados foram sendo aprimorados ao longo da história humana, em contraponto a grandes barbáries ocorridas. Fato é que se pode dizer que esse princípio ultrapassa os limites dos direitos individuais e incide em muitos outros, como o direito ao respeito, à integridade, à moral, à identidade.

“A Declaração Universal de Direitos Humanos promulgada pela Assembleia Geral da ONU, no art. 3, afirma que, todos têm o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. No entanto, mesmo havendo a necessidade referente à proteção pessoal evidencia-se que, muito ainda há de se evoluir nos países para a garantia deste direito que deve ser efetivado a todos os indivíduos” (MACIEL FILHO, 2016, n.p.).

Plácido e Silva descreve com muita propriedade a respeito da Dignidade:

“Dignidade é a palavra derivada do latim dignitas (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico” (1967, p. 526).

A dignidade da pessoa humana, uma das raízes dos Direitos Humanos, é compreendida como um atributo inerente a todo ser humano. Nas palavras de Leite e Cruz (2020, n.p.):

“A dignidade é ontológica, e não contingente. Em outras palavras, todos os indivíduos que pertencem à espécie humana possuem dignidade apenas por serem pessoas. Não se admitem

restrições relativas a fatores como gênero, idade, cor, orientação sexual, nacionalidade, deficiência, capacidade intelectual ou qualquer outro. E ninguém se despe da dignidade portanto, embora possa ser violada e ofendida pela ação do Estado ou de particulares, jamais será perdida pelo seu titular”.

Assim, pode-se dizer que a dignidade é garantida a todo ser humano desde o seu nascimento. E, por ser intrínseco a toda e qualquer pessoa, ela se faz absoluta, não podendo ser restringida, nem contudo limitada. Esse princípio integra, portanto, tanto aos direitos fundamentais como aos direitos universais, fazendo-se presente no direito à vida, à liberdade, à saúde, à educação, independente de gênero, idade, cor, orientação sexual, nacionalidade, deficiência, capacidade intelectual ou qualquer outro atributo pessoa.

Pedro Lenza (2010, p. 7), aborda o constitucionalismo do futuro, onde, de acordo com sua teoria “terá que consolidar os chamados direitos humanos de terceira dimensão”, dentro da concepção entrelaçada de constitucionalismo social, fraternal e de solidariedade.

Ainda nos dizeres de Pedro Lenza (2010), a solidariedade é destacada como “nova perspectiva de igualdade, sedimentada na solidariedade dos povos, na dignidade da pessoa humana e na justiça social.

No entanto, apesar da grandeza do Princípio da Dignidade Humana e sua irradiação por todo o sistema jurídico, é no Sistema Prisional que ele é colocado à prova.

Por muitos anos, esse princípio não foi aplicado nos sistemas prisionais, pois não era tido como um direito dos presos, já que não eram reconhecidos em sua condição humana, mas sim, apenas como infratores da lei que deveriam ser isolados da sociedade, sem preocupação nenhuma com sua recuperação e seu resgate social.

“No entanto, mesmo sendo considerada uma medida necessária, passou a ser percebido que estes modelos não cumpriam o papel de reintegração dos condenados à sociedade, o que desencadeou no modelo auburniano a inserção do trabalho como meio de promover aos presos condições de serem inseridos na sociedade” (NASCIMENTO, 2011, p. 7).

Nesse modelo, vigorava duras regras, dentre elas, o silêncio imposto aos presos como forma de reflexão de suas ações cometidas. Mesmo com a inserção de

trabalho, uma medida positiva, não foi exitosa essa experiência, pois não atingindo sua finalidade, que era a ressocialização dos detentos.

O Sistema prisional progressivo surge, posteriormente, como um novo modelo, mais flexível. É o sistema aplicado nos dias atuais. De acordo com o comportamento do detento, ele pode evoluir dentro dos regimes existentes (de privação de liberdade para semiliberdade, e deste para liberdade).

O objeto de aplicação deste modelo consiste, primordialmente, dispor ao preso, sua ressocialização, reeducação, trabalho laboral em algumas unidades reintegração à sociedade após o cumprimento da pena.

É um modelo elaborado para dar certo, com regras mais flexíveis e tratamento humanizado aos presos. No entanto, a migração em massa da população da zona rural para centros urbanos ocorrido nas últimas décadas, mudou a configuração do Brasil. Com esse êxodo aos centros urbanos e, conseqüente, desemprego, a criminalidade aumentou em números alarmantes, superlotando os sistemas prisionais, desarraigado do imprescindível tratamento humano e das garantias individuais, adentrando num cenário de insegurança e desrespeito.

A situação dos sistemas prisionais no Brasil hoje é de calamidade pública. A superlotação impossibilita garantir dignidade humana a essas pessoas, que passam a ser vítimas do Estado, onde seus direitos são completamente ignorados. A reintegração à vida em sociedade não se efetiva, esses infratores acabam voltando ao mundo do crime, e, conseqüentemente, aos presídios.

3 O Mito da Função Ressocializadora da Pena e a Reincidência

O Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça e o programa Justiça Presente realizaram um levantamento onde 42,5% das pessoas maiores de 18 anos que tinham processos registrados no ano de 2015 regressaram a prisão até dezembro de 2019. A pesquisa também aponta que a maior parte dos atos infracionais são considerados leves comparados a outros tipos de crime.

Os dados acima citados levam a crer que as prisões nunca foram e ainda não estão sendo instrumentos com a função ressocializadora. É um mito dizer que o preso sai daquele ambiente desumano pronto para ser reincluído na sociedade.

Sobre esse assunto o doutrinador Dário Souza Nascimento Neto (2015, p. 8) comenta:

“Diante disto, imperioso se torna observar que o sistema penitenciário brasileiro, na grande maioria das vezes pela

estrutura precária e não condizente com os números referentes à realidade carcerária do país, não consegue construir seres reabilitados, seja pela superpopulação; seja pela corrupção endêmica que burla as regras; seja pelo despreparo dos agentes penitenciários que quando não muito severos com os presos são negligentes com suas demandas, ou pela ausência de um programa coordenado de reestruturação do indivíduo e sua reinserção no meio social, através de estudo e trabalho [...].”

O preconceito somado com a falta de oportunidades são fatores que estimulam essa reincidência. Ex-detentos são vistos como indivíduos marginalizados pela sociedade, as oportunidades são bem menores para eles e na maioria das vezes inexistentes.

“A prisão devolve à sociedade pessoas com sequelas e marcadas para sempre, uma vez que, quando o sujeito adquire a liberdade, a sociedade o rejeita, o estigmatiza, o repugna e o força a voltar à criminalidade por ausência de condições dignas de subsistência material e social” (WACQUANT, 2007, p. 462).

Diante dos dados expostos fica claro que o Estado deve exercer o papel que a ele foi imputado, ou seja, cumprir o que está estabelecido em lei. Assim os presídios poderão se tornar um ambiente ressocializador e com melhores condições para que o encarcerado tenha uma condição melhor de vida.

A LEP (Lei de Execução Penal) traz à luz alguns direitos que viabilizam aos presos mais oportunidades ao ganharem liberdade, como é o caso do trabalho e da educação. O artigo 28 da LEP prevê que o trabalho realizado pelo preso tem a finalidade de educar e de fazer o detento ser proativo, além do seu dever social.

O dever da educação também está previsto em lei: “*Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado*” (BRASIL, 1984, n.p.).

Existe a oportunidade de ressocializar, porém esse problema deve ser encarado como uma prioridade pelo Estado, para que os presídios possam se transformar em um ambiente onde haja trabalho, educação e uma condição digna de sobrevivência, isto é, que os encarcerados tenham suas necessidades básicas atendidas pelo Estado. Assim as rebeliões e revoltas não se fariam tão presentes e a reincidência seria menor.

4 Medidas Alternativas à Privação de Liberdade

A pena de privação de liberdade ainda é necessária para infrações penais consideradas mais graves, como por exemplo, os crimes de homicídio. Entretanto, existem delitos que são considerados mais leves que podem e devem ter a pena de prisão substituída por outras medidas alternativas.

Dessa maneira o sistema carcerário não ficará superlotado e nem será a “escola” para aqueles que cometeram pequenos delitos e convivem com presos que evidenciam comprovado potencial de risco à segurança pública. Além disso, o condenado não sofrerá com a distância dos familiares e poderá inclusive manter o seu emprego.

A ressocialização será algo bem mais fácil de ser alcançada, afinal, o apenado não é retirado do seu ambiente familiar e tão pouco do seu emprego. A reincidência é bem mais baixa se comparada aos casos em que há o encarceramento.

Evandro Lins e Silva (1998, p. 91) sobre a prisão: “Perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece. É uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde diploma o profissional do crime”.

O Código de Processo Penal inovou ao trazer em sua redação o artigo 319 da Lei nº 12.403, de 2011, onde preveem as medidas cautelares diversas da prisão, essas medidas permitem ao magistrado a possibilidade de definir a medida mais apropriada para cada caso concreto, dentro dos pontos de vista da razoabilidade e proporcionalidade. Portanto, a finalidade almejada pelas medidas cautelares foi obter alternativas menos gravosas do que a prisão.

Além das medidas cautelares, o Brasil também possui as chamadas penas restritivas de direito que estão elencadas no artigo 43 do Código Penal. São elas: prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

As penas restritivas de direitos são uma alternativa aos efeitos traumáticos do cárcere. Sua natureza é substituir as sequelas que o encarceramento deixa. O juiz deve escolher dentre todas as penas existentes, a que for suficiente para cada caso, que seja capaz de penitenciar o preso, mas ao mesmo tempo o recupere socialmente.

Considerações Finais

O presente trabalho teve como objetivo apontar a realidade das prisões do Brasil e evidenciar a crise que este estabelecimento se encontra, devido, principalmente, à negligência do Estado e, também, a falta de política para a melhoria dos presídios e a criação e aplicação de medidas diversas da prisão.

A superlotação nesse ambiente é um fato já conhecido e que está ganhando proporções cada vez mais estarrecedoras, pois o número de encarcerados só vem aumentando, enquanto as vagas disponíveis só diminuem. Esse fato gera um desequilíbrio preocupante, não há como falar em um lugar para ressocializar, já que a realidade mostra ser um espaço pouco digno e adequado para a permanência do preso.

A reabilitação eficiente desses apenados está ligada diretamente ao local em que se encontram. A responsabilidade desses estabelecimentos, como já exposto anteriormente, é do Estado, que deve prezar pela dignidade das pessoas que estão presas, bem como pela boa administração do cárcere.

A Lei de Execução Penal n° 7.210/1984 dispõe que o Estado é o responsável pela integridade física e moral do preso, porém a realidade está bem distinta do que é visto em lei. O formato de prisão atual não ressocializa, o que culmina na reincidência desses presos.

Chega-se à conclusão, ante o exposto neste artigo, que seria efetivo e imperioso a aplicação de medidas alternativas à privação de liberdade, nos casos em que couber este tipo de providência. Pois, como visto antes, a maior porcentagem de crimes que levam as pessoas ao cárcere são os crimes de tráfico de droga. Tal crime poderia ter uma pena diferenciada com o intuito de desafogar o sistema superlotado e, assim, afastaria vários problemas como o da superlotação, a falta de assistência médica, a falta de higiene adequada e até mesmo de uma alimentação correta.

Os desafios para a implementação dessas medidas são vários, pois há falta de recursos financeiros e, até mesmo a ausência de interesse estatal, mas é uma solução que pode ser alcançada a longo prazo.

Conclui-se, por fim, que o atual sistema carcerário é um ultraje aos direitos constitucionais do apenado. O remédio eficaz para a superlotação prisional seria, portanto, a restrição da aplicação da privação de liberdade aos crimes mais graves.

O cidadão teria uma forma mais proporcional de punição, de acordo com o crime que cometeu. Assim, a ressocialização seria alcançada de uma forma mais efetiva, pois os presídios teriam mais vagas e as medidas alternativas proporcionariam ao preso uma maneira mais branda de cumprir sua pena.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **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: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.403**, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em: 15 nov. 2020.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSTANTINO, Patricia; ASSIS, Simone Gonçalves de; PINTO, Liana Wernersbach. O impacto da prisão na saúde mental dos presos do estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 21, n. 7, p. 2089-2099, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: Nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1999.

LEITE, Gisele; CRUZ, Ramiro Luís Pereira da. Justiça: conceito em construção ou Justiça contemporânea. **Jornal Jurid**. 12/11/2020. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/justica-conceito-em-construcao-ou-justica-contemporanea>. Acesso em: 15 nov. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LINS E SILVA, Evandro. **O salão dos passos perdidos**. Rio de Janeiro. Nova Fronteira. 1998.

MACIEL FILHO, Euro Bento. Números do Infopen mostram a falência do sistema penitenciário brasileiro. **Consultor Jurídico**. 28/05/2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-28/euro-maciel-filho-infopen-mostra-falencia-sistema-penitenciario>. Acesso em: 15 nov. 2020.

NASCIMENTO NETO, Dário Souza. **A humanização do sistema prisional e as garantias constitucionais à população LGBT em privação de liberdade no Brasil: uma abordagem à Resolução Conjunta nº 1, de 15/04/2014**. Artigo (Graduação em Direito) - Universidade Tiradentes, Aracaju, 2015.

NASCIMENTO, Diego do Espírito Santo Menezes do. Evolução dos sistemas penitenciários. **Revista Direito UNIFACS - Debate Virtual**, n. 18, p. 1-14, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário jurídico**. São Paulo: Forense, 1967. v. 2.

TORRES, Eli Narciso da Silva; NUNES, Walter. Editorial. **Revista Brasileira de Execução Penal**, v. 1, n. 2, p. 9-13, jul./dez. 2020.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. 3. ed. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

CALENDÁRIO PROCESSUAL: COMENTÁRIOS AO ART. 191 DO NOVO CPC

THIAGO BORGES MESQUITA DE LIMA é Bacharel em Direito pelo Instituto Cuiabá de Ensino e Cultura, Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Dom Alberto, Conciliador credenciado no Tribunal de Justiça de Mato Grosso e Advogado.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo discorrer acerca do calendário processual, com comentários gerais sobre o referido negócio jurídico processual previsto no art. 191 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). Este estudo analisa também sobre o objeto, as partes, o momento em que pode ser celebrada tal convenção, se há sanção processual para o juiz em caso de descumprimento de prazo agendado no calendário e se há conflito normativo entre os artigos 12 e 191 do CPC/2015.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Negócios processuais. Calendário processual.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema referente aos negócios processuais ganhou relevância nos debates acadêmicos com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), especialmente pelo teor do artigo 190 do referido diploma normativo. Porém, não se trata de novidade no Direito Processual Civil, pois havia no revogado Código de Processo Civil de 1973 vários negócios processuais típicos, ou seja, que estavam regulados em texto de lei, como por exemplo o acordo de eleição de foro (art. 111) e a convenção para suspensão do processo (arts. 265, II, e 792).

O CPC/2015, além de ter possibilitado a criação de negócios processuais atípicos (art. 190), criou novos negócios processuais típicos, a exemplo do calendário processual (art. 191) e da possibilidade de redução de prazos peremptórios (art. 222, § 1º).

O presente estudo objetiva analisar sobre o calendário processual, com considerações gerais sobre o referido negócio jurídico processual tipificado no art. 191 do CPC/2015. Analisa também sobre o momento em que o calendário pode ser celebrado; quais atos podem ser objeto do referido negócio processual; se o juiz é parte ou não dessa convenção; se o descumprimento de prazo agendado no calendário pelo juiz gera alguma sanção processual a ele e se há conflito entre a ordem cronológica para proferir sentenças (art. 12 do CPC/2015) e a fixação de data para a sentença no calendário processual.

2. CALENDÁRIO PROCESSUAL

2.1. Considerações gerais

O calendário processual é uma novidade trazida pelo Novo Código de Processo Civil. Trata-se de um negócio processual típico, disciplinado no artigo 191, que dispõe, *in verbis*:

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

O calendário referido no art. 191 do CPC/2015 é instrumento processual inspirado nas legislações francesa e italiana [1]. Ricardo Villas Bôas Cuevas anota que a adoção da referida convenção processual pelo juiz e pelas partes "(...) tende a aumentar a previsibilidade do procedimento, em reforço da segurança jurídica e da efetividade da prestação jurisdicional." [2] No mesmo sentido, Fredie Didier Jr comenta:

Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário (art. 191, § 2º, CPC) – essa é a sua principal utilidade: a economia processual que ele gera, além de eliminação de "tempos mortos", que costumam aparecer entre a determinação de uma intimação pelo juiz e a sua concretização.

[3]

Sobre o conceito de calendário processual, João Paulo Bocalon [4] registra que se trata de "(...) um método que consiste na elaboração de um cronograma pelo qual o juiz e as partes, de comum acordo, fixam os prazos para a realização dos atos processuais."

Em outras palavras, o calendário processual (art. 191 do CPC/2015) é o agendamento dos atos processuais que serão praticados, com a escolha das datas de comum acordo entre as partes e o juiz.

Em resumo, com a celebração do negócio jurídico processual referido no art. 191 do CPC/2015 dispensa-se a intimação das partes, em razão justamente do agendamento dos atos processuais; se as partes já sabem quando será praticado determinado ato processual, desnecessária sua intimação. Com isso, a doutrina tem apontado como vantagens do acordo de calendarização a previsibilidade da prática dos atos processuais, o que aumenta a segurança jurídica principalmente das partes, e a maior efetividade e eficiência da prestação jurisdicional, como resultado da eliminação de alguns trabalhos burocráticos que seriam necessários ao regular andamento do processo (publicação de decisões e despachos, elaboração de certidões de publicação de intimações e confirmatórias de decurso de prazo, etc.).

2.2. Partes

A fixação de calendário para a prática de atos processuais deve ser feita de comum acordo entre as partes e o juiz, conforme dispõe o art. 191 do CPC/2015.

O termo *partes* referido no art. 191 do CPC/2015 deve ser interpretado, conforme ensina Daniel Amorim Assumpção Neves, como *parte no processo*, e, desse modo, é imprescindível a concordância de qualquer sujeito do processo participante da relação jurídica processual diretamente afetada pela calendarização processual. Nesse sentido, havendo a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica ou de terceiros intervenientes, estes também deverão concordar com o calendário acordado, sob pena de inviabilizá-lo, salvo se a convenção processual não lhes gerar prejuízo, hipótese em que a anuência será dispensada; no caso de assistência simples, porém, não há necessidade de o assistente concordar com os termos do negócio processual. [5]

Em sede doutrinária há divergência sobre se o juiz seria parte na calendarização processual ou se a função dele nesse acordo seria apenas de fazer o controle de validade, homologando-o ou não.

Para Flávio Luiz Yarchell, o juiz não pode ser considerado parte na convenção processual relativa ao calendário processual. Ele ensina que:

(...) o calendário não é mais do que um capítulo particular da convenção das partes em matéria processual. A participação do juízo não vai substancialmente além do que já ocorre em relação ao controle do negócio processual; e nem poderia. Ainda que ele esteja autorizado a incentivar as partes e até sugerir a composição do calendário, rigorosamente ele não é parte do negócio; do contrário, a presença do juiz como parte impediria

que fizesse o já mencionado controle do negócio processual. (...) [6]

No mesmo sentido, Eduardo José da Fonseca Costa leciona que o calendário processual é um negócio bilateral, da qual o juiz não participa como declarante, pois se limita a homologá-lo [7].

Por outro lado, Ricardo Villas Bôas Cuevas entende que a vontade do juiz é essencial para a realização do negócio jurídico, e, sendo assim, trata-se de um negócio processual plurilateral. Segundo ele:

[O calendário processual]. É negócio processual típico, celebrado entre o juiz e as partes e, se for o caso, intervenientes. A vontade do juiz, expressa no exercício da discricionariedade que lhe confere o dispositivo, é essencial para que se aperfeiçoe o negócio jurídico. Do contrário, como vincular o juiz ao calendário? Sem tal vinculação, o calendário deixaria de ter efeito prático, já que a grande vantagem desse negócio processual reside em sua relativa rigidez (§ 1º) e na dispensa de intimação para os atos nele previstos (§ 2º). [8]

Defendendo também que a calendarização se trata de negócio processual plurilateral, Leonardo Carneiro da Cunha enfatiza que há na referida convenção processual a necessidade de manifestação de, pelo menos, três vontades concordantes: do autor, do réu e do juiz [9].

Portanto, há quem defenda que a declaração de vontade do juiz é essencial para a concretização do acordo de calendarização processual, e nesse caso o negócio processual é plurilateral; há também quem defenda que cabe ao juiz apenas realizar o controle de validade da convenção processual, homologando-a ou não; para esses, trata-se a calendarização de negócio processual bilateral. Sem embargo dessa divergência, o fato é que não pode o juiz impor o calendário às partes, e vice-versa; conforme a própria redação do art. 191, *caput*, do CPC/2015, é necessário que a fixação do calendário seja feita de "comum acordo" entre as partes e o juiz.

2.3. Objeto

O art. 191 do CPC/2015 estabelece que o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, sem especificar, porém, quais atos podem ser abarcados nesse negócio processual.

Segundo Fredie Didier Jr, qualquer ato processual, a princípio, pode ser objeto do calendário processual, e a referida convenção processual pode ser usada para a prática de um ou mais atos processuais. [10] Por sua vez, Leonardo Carneiro da Cunha ensina que o calendário processual geralmente se relaciona com a prática de atos instrutórios, a exemplo da realização de perícia, mas, segundo ele, é possível calendarizar também a prática de atos postulatórios, a exemplo das razões finais, assim como de atos decisórios ou até mesmo executivos [11].

As partes em conjunto com o juiz podem, de comum acordo, fixar as datas da prática dos atos processuais cujo procedimento esteja previsto em lei. É possível, porém, que, com base na cláusula geral do art. 190 do CPC/2015, as partes acordem sobre o procedimento que será adotado no processo (definindo quais atos serão praticados, bem como a forma e a sequência desses atos) [12] e, no bojo dessa convenção processual, insiram calendário para a prática dos atos processuais; conforme ensina Eduardo José da Fonseca Costa [13] "(...) após as partes inventarem um procedimento, podem elas submetê-lo a um cronograma e vincular a realização de cada ato a uma data-limite preestabelecida."

Portanto, sendo o procedimento o estabelecido em lei ou o convenionado pelas partes com base no art. 190 do CPC/2015, elas podem, em conjunto com o juiz, agendar a prática dos atos processuais, que podem dizer respeito a atos postulatórios, instrutórios, decisórios ou até mesmo executivos.

2.4. Momento

O calendário pode ser convenionado em qualquer processo, [14] inclusive naqueles em trâmite no âmbito dos tribunais, seja em grau recursal ou nos processos de competência originária. [15] Não há um momento específico para que as partes e o juiz fixem calendário para a prática dos atos processuais, ou seja, é possível estabelecê-lo em qualquer etapa do procedimento. Leonardo Carneiro da Cunha [16] lembra, porém, que é mais provável que o calendário processual seja celebrado na fase de organização e saneamento do processo, a fim de se agendarem os atos instrutórios. Por sua vez, Trícia Navarro Xavier Cabral ensina:

(...), para que a técnica tenha a eficiência esperada, o momento propício para a fixação dos prazos para a prática dos atos processuais é logo no início do processo, ou então ter como termo final para a fixação do calendário o momento da decisão de saneamento e de organização do processo prevista no artigo 357, do NCPC [17].

Em geral costuma-se estudar a calendarização como uma tabela temporal para o desenvolvimento da atividade *cognitiva* do processo, em especial das fases instrutória e decisória [18]. Contudo, Eduardo José da Fonseca Costa defende que:

(...) é plenamente possível a instituição de uma tabela temporal para a etapa de implantação prática de uma sentença condenatória de obrigação de fazer (obviamente, nos casos em que o condenado concorda em cumpri-la). Ou seja, a técnica de calendarização é aplicável tanto a fases pré-sentenciais quanto a fases pós-sentenciais [19].

O citado doutrinador informa, porém, que a calendarização na execução só é possível em execução de obrigação de fazer, seja ela provisória ou definitiva, pois nesse caso é possível negociar um cronograma de cumprimento de fases [20].

Assim, nota-se que, apesar de não haver momento específico para se estipular um calendário para a prática dos atos processuais na atividade *cognitiva* do processo, quer seja nos juízos de primeira instância ou nos tribunais, ou até mesmo na execução cível de obrigação de fazer, a doutrina costuma alertar que o momento em que a celebração desse negócio processual ocorre (início do processo ou na fase da organização e saneamento do processo, a depender do doutrinador) pode ser determinante para que se obtenha ou não a eficiência esperada na prestação jurisdicional pela utilização do instrumento referido no art. 191 do CPC/2015.

Iniciado o processo, há a possibilidade de o Juiz designar audiência com a finalidade exclusiva de fixar o calendário processual em conjunto com as partes, conforme entendimento sedimentado no Enunciado nº 299 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

Enunciado 299. (arts. 357, §3º, e 191) O juiz pode designar audiência também (ou só) com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para fase de instrução e decisão. (Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento).

Na audiência de saneamento e organização do processo (art. 357, § 3º do CPC/2015) também pode ser celebrado o calendário processual [21].

É possível ainda que as partes definam sobre o calendário processual na audiência de conciliação ou mediação, conduzida por conciliador ou mediador, mas nesse caso o acordo ficará pendente da anuência do juiz. [22] No mesmo sentido, Trícia Navarro Xavier Cabral ensina que é possível a designação de audiência de conciliação

(art. 334 do CPC/2015) para que os termos do calendário sejam esclarecidos e as partes e o juiz possam contribuir efetivamente para a formação do referido acordo. [23]

Há até mesmo quem defenda a possibilidade de a calendarização ser um negócio pré-processual. Nesse sentido, Eduardo José da Fonseca Costa ensina que:

É interessante registrar que as partes podem levar *ab initio* à homologação do juiz um acordo de calendarização celebrado pré-processualmente (autônomo ou adjeto a um acordo de procedimento); porém, não podem obrigar o juiz a acatar o *deadline* estipulado por elas próprias para a prolação da sentença. [24]

Em conclusão, pelo fato de as partes não poderem impor o calendário ao Juiz, caso o acordo tenha sido celebrado antes do início do processo, ou até mesmo em audiência de conciliação ou mediação da qual o Magistrado não estava presente, referida convenção processual dependerá da concordância posterior do Juiz para ser concluída.

2.5. Efeitos

Extrai-se do art. 191, §§ 1º e 2º, do CPC/2015 que são efeitos da calendarização processual [25]: a) a dispensa de intimação para a prática de ato processual ou a realização de audiências agendadas no calendário; e b) a vinculação dos sujeitos processuais aderentes ao negócio jurídico.

2.6. Descumprimento de prazo pelo juiz

No processo civil os prazos podem ser legais (fixados pela lei), judiciais (fixados pelo juiz) ou convencionais (fixados em convenção processual celebrada entre as partes, conforme o art. 190 do CPC/2015). [26]

Em relação às consequências processuais, os prazos podem ser *próprios* ou *impróprios*. São *próprios* os prazos destinados à prática de atos processuais pelas partes; a inobservância de prazo próprio enseja a perda da faculdade de praticar o ato, em razão da preclusão temporal. Por sua vez, são *impróprios* os prazos relacionados aos atos praticados pelo juiz e auxiliares da justiça; os prazos impróprios, se desrespeitados, não geram qualquer consequência no processo. [27]

Conforme se nota, os prazos relacionados aos atos praticados pelo juiz por força de lei são impróprios. Assim, considerando que há o agendamento prévio dos atos processuais no calendário processual, nesse caso os prazos para o juiz se

tornariam próprios? Haveria alguma sanção processual para o juiz caso pratique o ato depois do prazo agendado?

A doutrina ensina que a fixação do calendário processual não torna o prazo judicial próprio, e o ato praticado pelo juiz depois da data agendada continuará válido [28]. Nesse sentido, Eduardo José da Fonseca Costa [29] argumenta que “se os prazos estabelecidos *ex vi legis* para o magistrado decidir são impróprios, com maior razão para ele são impróprios os prazos fixados *ex vi voluntatis*.” Fonseca Costa argumenta ainda que se o magistrado não sentenciar até a data estabelecida no calendário, em tese ele não sofrerá qualquer sanção processual civil, mas poderá sofrer sanções de natureza correccional se a demora for irrazoável. [30]

Assim, não há sanção processual para o juiz caso pratique o ato processual em data posterior à fixada no calendário processual, pois os prazos nele fixados continuam sendo impróprios. Contudo, se a demora em praticar o ato for desarrazoada e injustificada, poderá o juiz sofrer sanção de natureza administrativa, conforme é possível até mesmo nos processos em que não for adotada a calendarização processual.

2.7. Revisão e alteração

De acordo com o art. 191, § 1º, do CPC/2015, “O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.”

Os prazos dos atos processuais agendados no calendário processual devem ser cumpridos pelo juiz e pelas partes, pois todos ficam vinculados a esse negócio processual. Porém, em casos excepcionais, devidamente justificados, os prazos previstos no calendário poderão ser alterados, nos termos do art. 191, § 1º, do CPC/2015. Daniel Amorim Assumpção Neves leciona que a justificativa apresentada pelo juiz para o descumprimento do prazo agendado no calendário não pode ser genérica. Segundo ele:

“(…) Eventual modificação dos prazos fixados no calendário é excepcional, devendo ser justificada pelo juiz. E com as novas exigências de fundamentação de decisão judicial trazidas pelo art. 489, § 1º, do Novo CPC, c.c. art. 93, IX, da CF, não bastará ao juiz uma decisão-padrão, cabendo a explicação pontual e específica de não cumprimento do calendário no caso concreto. [31]

Para Leonardo Carneiro da Cunha [32], “A mudança dos prazos estabelecidos no calendário processual somente deve ocorrer se justificada antes do escoamento dos prazos fixados.” Ele argumenta que seria aplicado nesse caso o parágrafo único do art. 139 do CPC/2015, que possui a seguinte redação: “A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.” [33]

Nota-se, portanto, que a revisão/alteração dos prazos agendados no calendário processual está autorizada em casos excepcionais, que deve ser devidamente justificada de forma concreta/específica, não sendo admitida fundamentação genérica, e, conforme ensina Leonardo Carneiro da Cunha, a mudança somente pode ocorrer se justificada antes do escoamento desses prazos.

2.8. A Ordem Cronológica e o Calendário Processual

O art. 12 do CPC/2015 estabelece uma ordem cronológica para o julgamento de sentenças e acórdãos pelo órgão jurisdicional competente. A redação original do *caput* do art. 12 do Novo Código de Processo Civil dispunha que “Os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.” Antes mesmo de o CPC/2015 entrar em vigor, a Lei nº 13.256/2016 alterou a redação do *caput* do art. 12, que ficou assim redigido: “Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão”.

A regra do art. 12 do CPC/2015 visa concretizar o princípio da igualdade, pois tem o objetivo de evitar que alguém seja privilegiado por ter seu processo julgado antes dos demais. [34] Visa concretizar também o princípio da duração razoável do processo, pois, conforme ensina Fredie Didier Jr, “(...) disciplina o tempo da decisão, evitando que processos conclusos há muito tempo tenham seu deslinde prolongado indefinidamente.” [35] Didier Jr ensina ainda que a mencionada regra somente se refere às decisões finais (sentenças ou acórdãos finais) e, assim, estariam excluídas da ordem cronológica as decisões e os acórdãos interlocutórios. [36]

Tanto o estabelecimento de ordem cronológica de julgamento quanto o calendário processual são novidades trazidas pelo CPC/2015. Discute-se na doutrina se há conflito entre essas novidades trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, pois se os juízes devem obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentenças, o agendamento da data da sentença no calendário processual não desrespeitaria a regra do art. 12 do CPC/2015?

Fredie Didier Jr ensina que assim como no Direito Constitucional se ensina que a Constituição deve ser interpretada como um todo normativo (postulado da unidade da Constituição), para que se evite antinomias entre as normas da própria Constituição,

o Código de Processo Civil também deve ser interpretado como um conjunto de normas orgânico e coerente, surgindo daí o *postulado interpretativo da unidade do Código*. [37]

Assim, para compatibilizar o calendário processual (art. 191 do CPC/2015) com o respeito à ordem cronológica de conclusão (art. 12 do CPC/2015), Didier Jr propõe a resolução dessa aparente antinomia da seguinte forma:

Como uma convenção processual não pode lesar terceiros, há duas alternativas: a) ou no calendário se marca uma audiência para a prolação da sentença, de modo a que se subsuma à regra exceptuadora do inciso I do § 2º do art. 12; b) ou a prolação da sentença não é ato que possa ser inserido no calendário. [38]

Solução no mesmo sentido é proposta por Leonardo Carneiro da Cunha. [39] Ainda sobre o assunto, Ricardo Villas Bôas Cueva anota:

É bem verdade que o projeto do Novo CPC também contém regra de julgamento em ordem cronológica, a qual, em princípio, parece colidir com o calendário processual. A propósito, pelo menos duas soluções já foram imaginadas. A primeira seria atribuir ao calendário caráter excepcional que excluísse a aplicação da ordem cronológica. A segunda consistiria em excluir do calendário o prazo para a sentença, com o que seria possível julgar o processo em ordem cronológica. [40]

Em suma, em conformidade com os doutrinadores mencionados acima, há três caminhos interpretativos para compatibilizar o calendário processual com o dever de obediência à ordem cronológica para o órgão jurisdicional proferir sentença: 1) marcar uma audiência no calendário para que seja prolatada a sentença, pois o art. 12, § 2º, inc. I, do CPC/2015 exclui as sentenças proferidas em audiência da regra que determina a observância da ordem cronológica; 2) não estipular data para a sentença no calendário processual, de modo que todos os demais atos processuais poderiam ser agendados por meio da referida convenção processual, exceto a sentença, que seguiria a ordem cronológica; e/ou 3) não aplicar a ordem cronológica aos casos em que se tiver optado pelo calendário processual, sendo esta mais uma das exceções à regra do art. 12, *caput*, do CPC/2015.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve por objetivo discorrer acerca do negócio jurídico processual referido no artigo 191 do CPC/2015. Este estudo abordou sobre o momento em que o calendário processual pode ser celebrado, quais atos processuais podem ser objeto desse negócio jurídico, se o juiz é parte dessa convenção, se há consequência processual para o juiz caso haja o descumprimento de prazo agendado no calendário e se há conflito entre a fixação de data para a sentença no calendário processual e a ordem cronológica para proferir sentenças (art. 12 do CPC/2015).

O calendário processual é um negócio jurídico processual em que os prazos dos atos processuais futuros são agendados, sendo as datas escolhidas de comum acordo entre o juiz e as partes. São efeitos da referida convenção processual: a) a dispensa de intimação das partes para a prática dos atos processuais ou a realização de audiência cujas datas tiverem designadas no calendário; e b) a vinculação do juiz e das partes às datas fixadas no calendário, que somente podem ser modificados em casos excepcionais devidamente justificados.

Não há um momento específico para que as partes e o juiz fixem calendário processual, que pode ser celebrado em qualquer processo, estejam eles tramitando em primeira instância ou nos tribunais. Pode ser adotado para a atividade cognitiva do processo e também em execução de obrigação de fazer, seja ela provisória ou definitiva.

A calendarização pode ser usada para a prática de um ou mais atos processuais. Fredie Didier Jr menciona que, a princípio, qualquer ato processual pode ser objeto do negócio processual referido no art. 191 do CPC/2015. Assim, podem ser agendados no calendário atos postulatorios, instrutórios, decisórios e até mesmo executivos.

Na doutrina há divergência sobre se o juiz seria parte na calendarização processual. Existe na doutrina quem defenda que a vontade do juiz é essencial para a concretização do acordo de calendarização, pois este deve ser celebrado de comum acordo entre o juiz e as partes, conforme dispõe o art. 191 do CPC/2015, e, para quem defende essa tese, o calendário processual é negócio processual plurilateral. Por outro lado, há quem defenda que o juiz não pode ser parte no acordo de calendarização, ainda que possa sugerir e incentivar a adoção da referida convenção; nesse caso, o papel do juiz seria o de apenas realizar o controle de validade do negócio processual, homologando-o ou não; para esses, o calendário é negócio processual bilateral.

Os prazos relacionados aos atos praticados pelo juiz e pelos auxiliares da justiça são impróprios, e continuam sendo mesmo que estejam fixados em acordo de calendarização processual. Por essa razão, caso o juiz pratique o ato processual em data posterior à fixada no calendário, não haverá qualquer sanção processual, e, em

consequência, o ato será válido. Eventual demora irrazoável poderá acarretar apenas sanções de natureza administrativa.

Por fim, com relação ao aparente conflito entre a ordem cronológica para proferir sentenças (art. 12 do CPC/2015) e a possibilidade de agendamento da sentença no calendário processual, a doutrina aponta três caminhos interpretativos para compatibilizar as duas novidades do Novo CPC: 1) agendar uma audiência no calendário para que seja proferida a sentença, hipótese que se subsumiria ao art. 12, § 2º, inc. I, do CPC/2015; 2) entender que a sentença não é ato processual que possa ser inserido no calendário; ou 3) não aplicar o art. 12 do CPC/2015 nos processos em que se tiver adotado o acordo de calendarização, sendo que esta seria mais uma das exceções à regra que estabelece o dever de obediência à ordem cronológica para proferir sentenças.

NOTAS:

[1] CUEVA, Ricardo Villas Bôas. **Flexibilização do procedimento e calendário processual no Novo CPC**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. – 4. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 548.

[2] *Ibidem*, p. 547-48.

[3] DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 22. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2020, 844.

[4] BOCALON, João Paulo. **Os negócios jurídicos processuais no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. 2016. 241f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015, p. 207.

[5] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 318.

[6] YARSHELL, Flávio Luiz. **Convenção das partes em matéria processual**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. – 4. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 97.

[7] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Calendarização processual**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. – 4. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 529.

[8] CUEVA, Ricardo Villas Bôas. **Flexibilização do procedimento e calendário processual no Novo CPC**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. – 4. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 548.

[9] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. – 4. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 68.

[10] DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 22. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2020, p. 845.

[11] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. – 4. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 68.

[12] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Calendarização processual**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. – 4. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 528.

[13] *Ibidem*, p. 528.

[14] DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 22. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2020, p. 844.

[15] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 319.

[16] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. – 4. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 68.

[17] CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. – 4. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 365.

[18] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Calendarização processual**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. – 4. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 534.

[19] *Ibidem*, p. 534.

[20] *Ibidem*, p. 534.

[21] DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 22. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2020, p. 843.

[22] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 319.

[23] CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. – 4. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 365.

[24] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Calendarização processual**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. – 4. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 529.

[25] BOCALON, João Paulo. **Os negócios jurídicos processuais no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. 2016. 241f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015, p. 213.

[26] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 347.

[27] DONIZETTI, Elpídio. **Os prazos processuais**. Blog do Instituto Elpídio Donizetti, 17 set. 2018.

[28] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 318.

[29] COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Calendarização processual**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. – 4. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 529.

[30] *Ibidem*, p. 529.

[31] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 319.

[32] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. – 4. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 69.

[33] CPC/2015: Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; (...).

[34] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 34.

[35] DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 22. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2020, p. 184.

[36] *Ibidem*, p. 185.

[37] *Ibidem*, p. 190-91.

[38] *Ibidem*, p. 188.

[39] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. – 4. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 69.

[40] CUEVA, Ricardo Vilas Bôas. **Flexibilização do procedimento e calendário processual no Novo CPC**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. – 4. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 548.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOCALON, João Paulo. **Os negócios jurídicos processuais no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. 2016. 241f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7026/1/Joao%20Paulo%20Bocalon.pdf> acesso em 07.03.2021.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 17 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869/imprensa.htm acesso em 15.03.2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 17 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm acesso em 15.03.2021.

BRASIL. Lei nº 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências. Brasília/DF, 05 de fevereiro de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm acesso em 15.03.2021.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. – 4. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Calendarização processual**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. – 4. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. **Flexibilização do procedimento e calendário processual no Novo CPC**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. – 4. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. – 4. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 22. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2020.

DONIZETTI, Elpídio. **Os prazos processuais**. Blog do Instituto Elpídio Donizetti, 17 set. 2018. Disponível em: <http://blog.portalied.com.br/2018/09/17/os-prazos-processuais/> acesso em 04.03.2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Convenção das partes em matéria processual**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. – 4. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO FORMA DE REDUÇÃO DA SUPERLOTAÇÃO NOS PRESÍDIOS NO BRASIL

DESSANA BARROSO SEGADILHA FRANÇA:

Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM-ULBRA.

RESUMO: Vinculado a medidas de reestruturação do sistema penal, o monitoramento eletrônico de indivíduos em regime de prisão semiaberta ou prisão domiciliar foi legalmente autorizado em 2010, pela lei federal 12.258. Foi então que as administrações penitenciárias estaduais começaram a elaborar programas de vigilância, contratando empresas privadas que forneceriam os equipamentos, infraestrutura e serviços necessários à aplicação da medida. Desta forma, o presente trabalho assenta-se no mundo jurídico por apresentar em seu corpo uma temática relevante ao nosso cotidiano, o que poderá propiciar um melhor entendimento jurídico, pois estará oferecendo aos acadêmicos e a comunidade um conhecimento maior e mais justo sobre o tema abordado. O objetivo geral é analisar de que forma o monitoramento eletrônico auxilia na redução da superlotação do sistema prisional. A metodologia utilizada para atender ao objetivo proposto foi a pesquisa bibliográfica, com base em doutrinas, livros e legislação pertinente. Conclui-se que o monitoramento eletrônico é uma sanção intermediária usada no confinamento domiciliar, também conhecido como prisão domiciliar. Foi inicialmente usado como uma alternativa ao encarceramento por vários motivos: Reduzir a superlotação das prisões; Reduzir custos de encarceramento; Usar as disposições de sanções intermediárias; Reduzir a reincidência; Obter dissuasão, incapacitação e retribuição; Para punir, vigiar e controlar o apenado. O ME é usado como uma sanção de intervenção socialmente conveniente que é mais punitiva do que a liberdade condicional tradicional, mas menos severa do que o encarceramento. O elemento punitivo envolve o cumprimento rigoroso das condições estabelecidas de liberdade condicional.

Palavras-Chaves: Sistema Penitenciário; Pena; Monitoramento eletrônico.

ABSTRACT: Linked to measures to restructure the penal system, electronic monitoring of individuals under semi-open or house arrest was legally authorized in 2010 by federal law 12,258. It was then that the state penitentiary administrations began to elaborate surveillance programs, hiring private companies that would supply the equipment, infrastructure and services necessary for the application of the measure.

Thus, the present work is based on the legal world because it presents in its body a theme relevant to our daily lives, which may provide a better legal understanding, as it will be offering academics and the community a greater and fairer knowledge on the subject. addressed. The general objective is to analyze how electronic monitoring helps to re-socialize and not re-enter the prison system. The methodology used to meet the proposed objective was bibliographic research, based on doctrines, books and relevant legislation. It is concluded that electronic monitoring is an intermediate sanction used in home confinement, also known as house arrest. It was initially used as an alternative to incarceration for several reasons: Reducing prison overcrowding; Reduce incarceration costs; You use the provisions of intermediate sanctions; Reduce recidivism; Obtain deterrence, incapacitation and retribution; To punish, watch and control the convict. The ME is used as a socially convenient intervention sanction that is more punitive than traditional parole, but less severe than incarceration. The punitive element involves strict compliance with the established conditions of probation.

Keywords: Penitentiary System; Pity; Electronic monitoring.

Sumário: 1. Introdução – 2. Evolução histórica e conceito de encarceramento 3. Sistema Penitenciário. 3.1 História da prisão e sistema penitenciário no Brasil. 4. Monitoramento eletrônico como forma de cumprimento de pena e diminuição da superpopulação do sistema penitenciário. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Muito se discute acerca da eficácia do monitoramento eletrônico, uma vez que ele é utilizado como uma forma de encarceramento digital, geralmente na forma de uma pulseira ou manilha de tornozelo que pode monitorar a localização de um sujeito e, às vezes, também o nível de álcool no sangue ou a respiração.

Os monitores são comumente usados como uma condição de liberação pré-julgamento ou supervisão pós-condenação, como liberdade condicional ou regime semiaberto. Às vezes, são usados como um mecanismo para reduzir as populações carcerárias.

No Brasil, a implantação do monitoramento eletrônico não foi informado por um grande corpo de pesquisa que havia estabelecido a eficácia da intervenção e isso corresponde a uma tendência semelhante observada durante a ampla implementação do CFTV. A introdução do monitoramento eletrônico resultou na realização de vários

estudos sobre sua eficácia. Embora o monitoramento eletrônico tenha sido amplamente adotado no Brasil, Reino Unido, nos Estados Unidos e em vários países europeus, não há evidências suficientes disponíveis para determinar se o monitoramento eletrônico ajuda a reduzir a reincidência ou promover a reabilitação.

Diante disto, surgem os seguintes questionamentos: De que forma o monitoramento eletrônico auxilia na redução da superlotação dos presídios no Brasil? Há eficácia na implantação desse sistema?

O monitoramento eletrônico reduz significativamente o risco à segurança pública dos criminosos que vivem na comunidade, pois reduzem a probabilidade de indivíduos cometerem um novo crime e agem como um impedimento em relação à fuga de um toque de recolher.

A tecnologia facilita a conformidade, pois ajuda os apenados a promover a visão de que quaisquer violações do toque de recolher serão detectadas instantaneamente e uma sanção apropriada se seguirá. No entanto, alguns apenados tentam escapar e a natureza controladora da tecnologia de monitoramento eletrônico pode fazer com que os infratores experimentem a sanção como onipresente.

Os defensores do monitoramento eletrônico sugerem que ele oferece aos apenados a oportunidade de reabilitar em casa, com suas famílias envolvidas em atividades pró-sociais, longe dos associados criminosos sob custódia ou da comunidade, que podem provar uma influência negativa e levar a mais ofensas.

Justifica-se o presente artigo em virtude da polêmica que a temática ainda aborda, mesmo sendo já tão difundida por todos os meios legais e sociais.

Em razão dos altos custos do preso para o Estado, bem como a ausência da eficácia de ressocialização do preso ao convívio da sociedade, surgiu o monitoramento eletrônico como uma medida alternativa ao encarceramento. Por meio deste mecanismo, o preso é monitorado, de modo a saber se este está dentro do perímetro e horário pré-estabelecidos pelo Juiz da Execução Criminal.

Desta forma, o presente trabalho assenta-se no mundo jurídico por apresentar em seu corpo uma temática relevante ao nosso cotidiano, o que poderá propiciar um melhor entendimento jurídico, pois estará oferecendo aos acadêmicos e a comunidade um conhecimento maior e mais justo sobre o tema abordado.

O objetivo geral é analisar de que forma o monitoramento eletrônico auxilia na redução da superlotação do sistema prisional. Já os objetivos específicos são: Apresentar a evolução histórica do monitoramento eletrônico no Brasil e no mundo; Destacar os argumentos desfavoráveis e favoráveis ao uso do monitoramento eletrônico; Examinar a eficácia da implantação do sistema de monitoramento eletrônico.

Para alcançar os objetivos de analisar esse novo instituto, em um primeiro momento faz-se a apresentação objetiva e didática da evolução histórica e conceito de encarceramento. Posteriormente, destaca-se o sistema penitenciário. Aponta-se também a evolução do monitoramento eletrônico como forma de cumprimento de pena.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO DE ENCARCERAMENTO

As penas previstas para aqueles que transgrediam as leis ou os costumes, no passado, eram as mais duras possíveis. Havia torturas e punições inimagináveis, penas de morte executadas pelas formas mais cruéis (afogamento, fogueira, enforcamento etc.) e, inclusive, penas que passavam da pessoa do condenado.

Os cavalos deram uma arrancada, puxando cada qual um membro em linha reta, cada cavalo segurado por um carrasco. Um quarto de hora mais tarde, a mesma cerimônia, e enfim, após várias tentativas, foi necessário fazer os cavalos puxar da seguinte forma: os do braço direito, à cabeça, os das coxas voltando para o lado dos braços, fazendo-lhe romper os braços nas juntas. Esses arrancos foram repetidos várias vezes, sem resultado. Ele levantava a cabeça e se olhava. Foi necessário colocar dois cavalos, diante dos atrelados às coxas, totalizando seis cavalos. Mas sem resultado algum (FOUCAULT, 2014, p. 10).

O carrasco foi dizer ao senhor que não estava conseguindo cumprir o determinado, então o senhor lhe ordenou novos esforços, mas foram em vão. O carrasco, juntamente com um outro, empunharam uma faca e lhe cortaram as coxas na junção com o tronco do corpo; e os quatro cavalos, enfim, conseguiram levar as coxas de arresto. E fizeram o mesmo com os braços. Os confessores foram lhe falar, mas os carrascos informaram que ele estava morto, apesar de não estarem certos disso.

Os membros foram lançados em uma fogueira e depois o tronco. (FOUCAULT, 2014).
“...Em cumprimento da sentença, tudo foi reduzido a cinzas” (FOUCAULT, 2014, p. 11).
Assinala ainda o autor: “A execução pública é vista então como uma fornalha em que se acende a violência” (FOUCAULT, 2014, p. 14).

Verifica-se que o filósofo Foucault, no início de sua obra, apresenta o exemplo de um suplício para demonstrar como se processavam controle, vigília e punição de delitos em épocas passadas, uma vez que destaca ter sido a punição cumprida conforme uma sentença e realizada a execução em praça pública.

No passar do tempo, entretanto, os suplícios foram desaparecendo e o corpo deixou de ser o alvo principal da repressão penal porque o espetáculo começou a ser comparado ao crime, os espectadores se transformaram em testemunhas presenciais, os carrascos foram comparados aos criminosos e os juízes entendidos como assassinos, e tudo isso fez com que a população tivesse piedade do supliciado (FOUCAULT, 2014).

As práticas punitivas, desse modo, passaram a atuar na alma em vez de atuar no corpo e a justiça punitiva precisou observar essa nova realidade e proferir sentenças somente com penas definidas em leis: reclusão, trabalhos forçados, multa, interdição de domicílio etc.

Beccaria (2000), mais conhecido como o Marquês de Beccaria, acerca da aplicação da lei e da punição para os delitos, informa que o homem se liga a interesses políticos por seus próprios interesses e que os primeiros homens viviam em estado selvagem, mas foram obrigados a agrupar-se, constituir sociedades que, pela necessidade de resistência, criaram um estado de beligerância. Entretanto, a elaboração de leis resultou no agrupamento dos homens, que sacrificaram parte de sua liberdade para tentar mantê-la, pois havia inimigos por toda parte. Então, pela necessidade de sobrevivência, os homens incumbiram um soberano do povo para administrar essas porções menores de liberdade que passaram a integrar o direito de punir.

Como se percebe, para se garantir a sobrevivência e viver em sociedade, tornou-se necessária a observação de leis penais, o que levou à criação de códigos e manutenção de modelos de prisões que evoluíram até como se conhece hoje.

Machado, Souza e Souza (2013), afirmam que o conceito de prisão como punição proveio dos mosteiros do período da Idade Média, quando se puniam monges

e clérigos que faltavam com suas obrigações e funções, compelindo-os a se recolherem nas celas para meditar e se arrepender pelas ações, em busca de redenção diante de Deus. Foi assim que os ingleses construíram em Londres a primeira prisão destinada ao recolhimento de criminosos, chamada *House of Correction* (1550-1552). Antes disso, primeira instituição penal de que se tem notícia na antiguidade é o Hospício de San Michel, em Roma, a Casa de Correção, que dedicava a encarcerar “meninos incorrigíveis”.

Estabelecido, portanto, um sistema de punição dos delitos, estudiosos passaram a se preocupar com a distribuição e correta aplicação das penas, para que a justiça fosse efetivada de maneira adequada e que não se configurasse como veículo de exclusão social.

Beccaria, em 1766, na obra *Dos delitos e das penas*, declarou: “deve haver proporção entre os crimes e as penas” (BECCARIA, 2000, p. 69). Para ele, o prazer e o sofrimento são os motores dos seres sensíveis e o Legislador põe um sistema de crimes e castigos para não fazer a distribuição desigual das penas, de maneira que as penas sejam proporcionais aos crimes e que não se aplique castigos menores a delitos maiores. E completa: “É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei” (BECCARIA, 2000, p. 107).

Por sua vez, Foucault (2015) dizia que, no século XIX e XX, as pessoas se divertiam classificando as sociedades em incinerantes e inumantes, e acrescentou:

Eu me pergunto se não seria possível tentar classificar as sociedades de acordo com o destino que reservam não aos defuntos, mas aos vivos dos quais querem se livrar, da maneira que elas controlam aqueles que tentam escapar ao poder, como reagem àqueles que transgridem, infringem ou evitam as leis, de uma forma ou de outra (FOUCAULT, 2015, p. 3).

Segundo o autor, estudos sobre as sociedades revelaram que havia dois meios para se livrar de um indivíduo perigoso: assimilar a substância dessa energia e neutralizar o que de perigoso e hostil houvesse; ou tentar vencer a força hostil apenas neutralizando-a. Esse segundo aconteceria com a expulsão do corpo social dos

terríveis seres, que seriam isolados de forma temporária ou definitiva da sociedade: delinquentes, minorias étnicas, religiosas e sexuais, doentes mentais e indivíduos que permanecem fora do sistema de produção e consumo, os considerados anormais. O que se aludia como desvio, inadaptação ou anomalia se afigurava um procedimento para excluir indivíduos (FOUCAULT, 2015). Então, o termo *excluir* é empregado no sentido estrito, não de encarcerar, mas de exilar, expulsar.

Com essa tática punitiva, trata-se de proibir a presença de um indivíduo nos lugares comunitários ou sagrados, de abolir ou proibir em relação a ele todas as regras de hospitalidade. Trata-se de privá-lo de sua casa, suprimir até a realidade de seu lar... (FOUCAULT, 2015, p. 7).

Analisando a questão do encarceramento, a partir das leis feitas por pessoas as quais elas não se destinam, e são aplicadas aos que não as fizeram, Foucault (2015) afirma que há um sistema penal não universal e que a sociedade faz análise da produção de seus inimigos e a classe que está no poder transfere para a sociedade, na forma de júri, a função de rejeitar o criminoso. A punição pela prisão aparece como sistema de castigo e, em 1779, na Inglaterra, surge a reclusão como pena explícita, o que instaura o sistema penitenciário nos anos 1790-1800.

O estudo do sistema de imputação e aplicação de pena aos indivíduos ao longo da história revela que houve grandes modificações nos institutos penais e na forma de garantir a justiça na sociedade. Para padronizar processos e promover justiça com eficiência, as diversas sociedades precisaram criar um sistema que pudesse gerir leis, regras, indivíduos e suas condições, no sentido de consolidar a persecução penal. Assim surgiu o sistema penitenciário.

3 SISTEMA PENITENCIÁRIO

Consta da obra do professor Tourinho Filho que: “O sistema inquisitivo, estabelecido pelos canonistas, pouco a pouco dominava as legislações laicas da Europa continental, convertendo-se em verdadeiro instrumento de dominação política” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 113). À época, na França, a defesa era proibida e se afirmava que sendo inocente o imputado, não era preciso ter defensor; se era culpado, tornava-se indigno de defesa. Havia um processo secreto, iniciado de ofício, no qual uma pessoa fazia o papel de acusador e julgador. O acusado não tinha ideia de qual era a acusação antes do interrogatório e era tão rígida a pretensão punitiva que se não

havia provas suficientes era possível o juiz torturar o imputado para conseguir a confissão (TOURINHO FILHO, 2010).

Foucault (2015), informa que a prisão penal não era usada para punir, mas para se obter uma precaução necessária e se ter controle sobre a pessoa. Não era castigo ou penitência, mas uma maneira de proteger a sociedade.

Foi criado, então, na Inglaterra, o sistema inquisitivo, mas logo depois surgiu um movimento de combate a esse sistema e as torturas e as denúncias secretas foram sendo abolidas para se exigir uma sentença fundamentada. Surgiu e foi adotado o sistema acusatório, no qual o réu era interrogado, se tomava o depoimento de testemunhas e havia um julgamento público, oral e contraditório. O advento da Revolução Francesa fez com que esse sistema evoluísse para a instituição de um Processo Penal misto de acusatório e inquisitivo, que se aproximava do modelo atualmente em vigência (TOURINHO FILHO, 2010).

3.1 História da prisão e sistema penitenciário no Brasil

Esse período de definições de regras e estruturas para combate ao crime somente chegou ao Brasil muito tempo depois, quando estava se constituindo a sociedade brasileira.

Garutti e Oliveira (2012) esclarecem que, no Brasil, foi criado o Código Penal de 1891 apenas na fase de império. Antes da colonização existiam apenas os costumes penais dos indígenas, que não tinham interesse jurídico, e no período do descobrimento estiveram em vigência as Ordenações Filipinas, que expressavam o conceito de crime e de pena para aquele momento histórico. Eram vários os tipos de pena: morte, degredo para a África, açoites, mutilação das mãos etc. O crime cometido tinha dimensões na esfera civil e religiosa: crime e pecado eram a mesma coisa. Havia desigualdade no julgamento, com nobres sendo punidos com multas e os inferiores com castigos pesados e humilhantes; e havia abuso de poder, pois os acusados não tinham noção das normas legais.

Como se vê, na origem mesmo do sistema penitenciário brasileiro há desigualdade e descaso com relação às classes menos favorecidas, além da ausência de políticas públicas na área penal que viessem a garantir uma justiça mais humanizada.

Nesse contexto, Machado, Souza e Souza (2013), informam que no século XIX surgiram as prisões com celas individuais, oficinas de trabalho e nova arquitetura para o cumprimento da pena. O Código Penal (1890) eliminou penas perpétuas e coletivas e estabeleceu novas modalidades de prisão com penas restritivas de liberdade individual, penalidade máxima de trinta anos, prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar. A prisão ganhou legitimidade social e surgiram categorias criminais: contraventores (ébrios, vagabundos, mendigos, antissociais); menores (iam para asilos com métodos corretivos), processados, loucos (colocados em manicômios criminais para tratamento) e mulheres (prisões organizadas por sexo e idade). Era o reforço da ordem pública com o isolamento em espaço específico.

Apesar da reforma no Código Penal, em 1984, ter trazido somente as penas comuns (privativas de liberdade), as alternativas (restritivas de direitos) e multa, para se ter noção do que ocorre nas prisões atualmente, basta conhecer a declaração do Ministro da Justiça José Eduardo Martins Cardozo à imprensa, que preferia morrer a ter que cumprir pena nos presídios e que pequenos delinquentes saem dali como membros de organização criminosa. O sistema carcerário brasileiro atual chegou à precariedade: abandono, falta de investimento e descaso do poder público. O sistema que seria instrumento de substituição das penas desumanas (morte e tortura), calcado na Constituição da República de 1988 e no direito à integridade do preso, não desempenha o seu papel e acaba servindo para aperfeiçoar criminosos (MACHADO; SOUZA; SOUZA, 2013).

4 MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO FORMA DE CUMPRIMENTO DE PENA E DIMINUIÇÃO DA SUPERPOPULAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Em todo o mundo, a superlotação das prisões, o crescimento da população prisional e a busca por sistemas eficazes de supervisão comunitária continua a representar grandes desafios aos sistemas de justiça criminal, tanto em termos de eficiência da gestão institucional e atenção aos direitos humanos de suspeitos e infratores. São preocupações relativamente duradouras, mas cada vez mais austeras em muitos países, intensificando ainda mais a busca de uma relação custo-benefício.

O aumento da população carcerária no final da década de 70 do século passado, assim como o elevado custo penitenciário unido à crise da pena privativa de liberdade e o fracasso do tratamento ressocializador, gerou em seu conjunto, a necessidade de uma

reorientação da política penal até então imperante, na busca de alternativas à prisão no âmbito da criminalidade de menor e médio potencial ofensivo. Assim, com o processo de globalização aliado ao avanço tecnológico se introduziu no debate político criminal de orientação progressista, a possibilidade de introduzir determinados mecanismos de controle eletrônico no âmbito penal e penitenciário em face do marco tradicional das sanções penais e nesse contexto surgiram as primeiras experiências sobre monitoramento eletrônico de presos (PRUDENTE, 2012, p.140).

Assim, com o objetivo de combater a superlotação carcerária, a desburocratização das penas e a efetivação dos direitos dos presos, a referida Lei em sua Seção VI que trata do Monitoramento Eletrônico, estabeleceu como e quando o Juiz poderá definir a fiscalização do preso por meio de monitoramento eletrônico.

O art. 146-B da LEP, limita em apenas duas as hipóteses em que o Juiz da execução poderá aplicar o benefício do monitoramento eletrônico sendo elas: a saída temporária no regime do semiaberto e quando determinada a prisão domiciliar.

Conforme salienta Valois (2012), o monitoramento eletrônico (ME) é uma “inovação tecnocorrecional” e as atitudes de formuladores de políticas, profissionais e o público em relação a isso são moldados não apenas por entendimentos tradicionais do que constitui uma punição apropriada, mas também por entendimentos mais modernos da aceitabilidade ou não da utilização de tecnologias digitais em áreas específicas de vida social. Esses últimos entendimentos podem ser mais subliminares ou inconscientes porque em suas vidas cotidianas os profissionais de classe média agora estão imersos em um mundo de *gadgets* tecnológicos - *smartphones*, *laptops* e *tablets* mais obviamente. Isso pode ser menos verdadeiro para os infratores mais pobres. Dessa forma, é importante pensar mais cuidadosamente sobre as maneiras pelas quais a tecnologia digital está sendo implantada nas sociedades e a ética de seu uso.

O monitoramento eletrônico é uma espécie de prisão virtual, em que a pessoa apenada passa a utilizar um aparelho que permite seu rastreamento via satélite. Trata-se do Sistema de Acompanhamento de Custódia 24 horas – SAC 24, que funciona através de rádio frequência e informações criptografadas

fornecedoras de dados sobre o posicionamento do apenado (SOUZA JÚNIOR, 2008, p. 01)

As tecnologias de monitoramento eletrônico permitem às autoridades judiciais restringir, regular e fazer cumprir os requisitos espaciais e temporais de uma atividade (seus locais, movimentos e horários), à distância, geralmente em “tempo real”, potencialmente de uma maneira muito bem calibrada, por períodos de duração variáveis. As tecnologias contemporâneas de monitoramento concentram-se em identificar ofensas em locais fixos, seguindo as trilhas dos infratores “em movimento” ou alertando autoridades quando os perímetros das zonas de exclusão designadas estão prestes a serem cruzadas - separadamente ou em combinação. Essas capacidades tecnológicas permitem que a aplicação de requisitos judiciais ou executivos sejam presentes em um determinado local, em um determinado momento (inclusão) ou ausente (exclusão) e pode ser usado de forma independente ou em conjunto com outras técnicas de supervisão (geralmente trabalho social) (SOUZA, 2014).

As tecnologias de “Monitoramento de movimento” também podem ser usadas para identificar criminosos em um crime em particular e tornaram-se assim de especial interesse para os policiais. Dados sobre “Monitoramento de presença” em locais únicos já foi (e permanece) de interesse para as investigações policiais: mas, mesmo que demonstrasse que o agressor não estava em casa quando era necessário (o que poderia ser uma informação útil) não poderiam vincular um indivíduo a uma cena de crime da maneira que as tecnologias de rastreamento podem.

É importante que o ME não seja simplesmente entendido como uma técnica usada com infratores ou suspeitos individuais. Também precisa ser entendido como um sistema tecnológico, ou talvez com mais precisão, como um sistema técnico capaz - de maneira que outras práticas de supervisão não são - de realizar a vigilância em massa de um número potencialmente grande de suspeitos e infratores simultaneamente, se não necessariamente uniformemente. Detalhamento de regras e regulamentos podem ser impostos aos infratores e aplicados com precisão e velocidade que meramente os sistemas humanos nunca poderiam imitar, certamente não tão eficientemente, e provavelmente não tão imparcialmente. As pessoas ainda precisam programar e cuidar dos computadores, para ler as telas e tomar decisões sobre como os alertas e violações devem ser respondidos, mas muitos aspectos do processo é ou pode ser automatizado. Até chamadas telefônicas - e vozes - para criminosos podem ser automatizados, criando eficiência, mas potencialmente

despersonalizando o processo de supervisão. Com o ME, sempre há opções éticas sobre o quão automatizado se deseja que o monitoramento seja. Além disso, quando um centro de monitoramento é construído, é tecnicamente fácil (considerações da equipe não obstante) monitorar dezenas de infratores, assim como monitorar milhares. Depois que um sistema de ME é introduzido, é relativamente fácil aumentar a escala de seu uso, e isso pode ser visto como um de seus perigos.

A Lei nº 12.403/11 alterou o Código de Processo Penal, admitindo a monitoração eletrônica como medida cautelar diversa da prisão (artigo 319, inciso IX). A monitoração deixou de estar restrita à execução penal, passando a ser prevista como medida alternativa à prisão para indiciados (no curso do inquérito policial) ou acusados (ao longo da ação penal), com vistas a impedir a prisão preventiva desses no curso do processo, isto é, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BRASIL, 2017, p. 157-58).

O ME é um tipo de vigilância, usando a tecnologia de monitoramento remoto em vez do contato pessoal para coletar dados (geralmente dados de localização) dos criminosos, embora as duas fontes possam ser combinadas. A decisão de adotar a tecnologia de vigilância avançada, aumentar ou substituir a vigilância humana nunca é moralmente neutro e nunca deve ser considerado apenas como um problema técnico ou financeiro. Inevitavelmente, hoje em dia, esses fatores serão relevantes para os formuladores de políticas.

Prudente (2012) menciona que não há dúvida de que a tecnologia pode criar novas possibilidades sociais, e que as pressões financeiras às vezes podem estimular respostas mais imaginativas a velhos problemas sociais - embora, em vez disso, obviamente, os cortes podem simplesmente reduzir a qualidade do serviço às pessoas. Contudo muitos formuladores de políticas podem se sentir compelidos, por razões tecnológicas e financeiras, para mudar de prática com suspeitos e criminosos, eles também devem perguntar o que é "Bom" - em termos sociais e políticos - é pretendido e provavelmente será alcançado adotando a tecnologia? Reduzir a reincidência, aumentar a conformidade e reduzir o uso de prisões poderia ser possível "bens", mas o ME é uma maneira eticamente defensável de alcançá-los? Existem outras maneiras melhores de alcançar esses "bens"?

De acordo com Souza (2014), a questão de usar a vigilância remota para aumentar ou substituir os recursos humanos tornou-se recentemente mais complexo. A principal maneira pela qual o ME foi originalmente debatido na Europa, particularmente na Confederação de Probation Europeu (CEP), foi em termos do impacto da vigilância sobre as suposição era de que seria uma coisa ruim substituir profissionais qualificados com monitoramento impessoal ou para tornar o ME indevidamente dominante na supervisão comunitária, porque a pesquisa destacou a importância da relação em ajudar um ofensor a mudar suas atitudes e comportamentos. É nesse sentido que o ME tem sido frequentemente considerado uma ameaça em potencial ao trabalho social. Por outro lado, há muito que se reconhece que o uso de ME na comunidade é um "menos ruim" - mais humano, que respeita os direitos no momento da intervenção - do que prisão, mas isso tem menos a ver com a substituição do contato humano do infrator com os funcionários da prisão (que pode muito bem ser positivo) e mais a ver com removê-los de um ambiente institucional opressivo que impõe mais controle do que o necessário, em muitos casos, para reduzir a reincidência.

Os aspectos positivos do uso do ME como alternativa à custódia, ou como forma de libertação antecipada ou condicional, para o suspeito ou o infrator, as maneiras óbvias pelas quais isso lhe permite manter ou retomar laços com a família e / ou emprego. A possibilidade de obter libertação no ME como "recompensa pelo bom comportamento durante a prisão" – é com base no entendimento de que os infratores preferem o ME a permanecer no ambiente da prisão. A maioria dos infratores prefere o ME - mas não todos: alguns infratores preferem a rotina, a familiaridade e a camaradagem da prisão (e não busca oportunidade de reforma) para as responsabilidades e "semi-liberdade" que o ME implica. O aspecto mais obviamente positivo de infratores que preferem ME para o estado é a redução de custos, mas subjacente a todos esses aspectos positivos está sentir que ME é um "mal menor" que a prisão (VALOIS, 2012).

De acordo com Scheffer (2011), existem outras maneiras de usar o ME como um "mal menor", que, reconhecidamente, também pode ter aspectos positivos. Onde a supervisão da polícia aos prisioneiros constituiu "contato humano" com os infratores, em oposição a apoio ao trabalho social, muitas vezes se destina a assediar, intimidar é desagradável. Usar vigilância remota para substituir esse tipo de contato humano positivo - em oposição ao tipo positivo representado pelos trabalhos - pode muito bem ser uma maneira de melhorar a humanidade e a dignidade dos suspeitos e ofensores e suas famílias (mesmo que relativamente). As perspectivas de reverter o

contato humano negativo - intimidando a supervisão policial - permanece como um incentivo ao cumprimento do regime semiaberto com o ME, da mesma maneira que a prisão pode fazer.

O baixo custo do ME será inevitavelmente atraente para os formuladores de políticas, pois é uma alternativa direta a uma sentença de prisão e como meio de reduzir a duração do tempo gasto em custódia, usando o ME para efetuar mais cedo do que a liberação. Existem argumentos penológicos sólidos para criar alternativas e implementar a liberação antecipada (para graduar o processo de reentrada e reintegração) sempre que possível, e onde uma tecnologia de baixo custo viabilize isso de uma maneira que não era antes, pode-se argumentar que se tem uma obrigação moral de prosseguir com isso. Além disso, a redução de custos em uma área pode ser muito defensável, se houver o dinheiro economizado é usado para melhores propósitos, para criar novos projetos e postagens na comunidade ou para melhorar a qualidade dos demais regimes penitenciários. A ressalva sobre o custo é simplesmente esta: o ME não deve ser introduzido por padrão simplesmente porque é mais barato que a prisão (o que é comprovadamente) - é preciso razões penológicas sólidas para usá-lo, e com profunda reflexão sobre como ele pode ser usado com sabedoria e benefícios (LEAL, 2011).

5 CONCLUSÃO

As tecnologias de ME surgiram inicialmente de um ambiente de vigilância analógica com potencial limitado para racionalizar o espaço. A mudança para a vigilância digital cria a possibilidade real de ordenar espaços perigosos para grupos e indivíduos em risco como parte das estratégias em evolução de governança de população eletrônica. O ME de primeira geração foi impulsionado pelo desejo de restaurar a ordem e o controle sobre espaços públicos desordenados e esperava-se que esse controle regulatório aprimorado atrairia a preocupação pública com o cumprimento das regras. Infelizmente, as intervenções virtuais de primeira geração foram muito difamadas. As tentativas de ME de segunda geração para controlar o espaço em nome de cidadãos vulneráveis representam um caminho potencialmente mais frutífero por meio da formalização de estratégias de proteção que constroem uma sensação de segurança por meio de uma combinação de segurança imaginada e realizada.

A introdução do ME no Brasil foi amplamente apoiada pela incorporação dos discursos penais que enfatizam a eficiência das políticas criminais e os aspectos econômicos das práticas penais. Por um lado, o encarceramento é apontado como um problema orçamentário, excessivamente caro para os cofres públicos. Por outro lado, as altas taxas de reincidência revelam a ineficiência da prisão em reabilitar aqueles que são enviados para ela, exigindo “correções comunitárias de baixo custo”. Junto com magistrados e legisladores, a indústria de controle do crime apresenta as vantagens dos sistemas de ME ao mobilizar um argumento político-econômico de prestação de serviço público baseado tanto na hipótese de reabilitação quanto no corte de gastos que seus produtos proporcionam ao Estado. Compondo o coro eclético da implantação e expansão do ME no Brasil, as declarações vinculadas à defesa dos direitos humanos apresentam suas reivindicações por alternativas ao encarceramento.

Ao invés de estar relacionada a uma única racionalidade, a implantação de políticas de me no Brasil estabelece um *continuum* entre fundamentos correcionistas, propósitos gerenciais e argumentos punitivos baseados no objetivo de reforçar o controle sobre as sanções comunitárias. Do projeto ao programa, a importação dessas novas técnicas penais tem impactos imprevisíveis no cenário penitenciário brasileiro, como argumentado neste artigo. Combina a absorção de um novo léxico penológico com práticas locais autoritárias tradicionais.

Ao término do trabalho é possível inferir que o monitoramento eletrônico é uma sanção intermediária usada no confinamento domiciliar, também conhecido como prisão domiciliar. Foi inicialmente usado como uma alternativa ao encarceramento por vários motivos: Reduzir a superlotação das prisões; Reduzir custos de encarceramento; Usar as disposições de sanções intermediárias; Reduzir a reincidência; Obter dissuasão, incapacitação e retribuição; Para punir, vigiar e controlar o apenado.

O ME é usado como uma sanção de intervenção socialmente conveniente que é mais punitiva do que a liberdade condicional tradicional, mas menos severa do que o encarceramento. O elemento punitivo envolve o cumprimento rigoroso das condições estabelecidas de liberdade condicional.

6 REFERÊNCIAS

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BRASIL. **Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011**. Lei que introduziu o monitoramento eletrônico como medida cautelar diversa à prisão. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2011/lei/l12403.htm> Acesso em: 22 out. 2002.

_____. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984.** Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2020.

_____. **Manual de Gestão para a Política de Monitoração Eletrônica de Pessoas.** Ministério da Justiça e Cidadania. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir:** Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2014.

_____. **A sociedade punitiva:** curso no Collège de France (1972-1973). Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

GARUTTI, F.; OLIVEIRA, R. C. S. A prisão e o sistema penitenciário – uma visão histórica. In: **Seminário de Pesquisa do PPE.** Maringá-PR: Universidade Estadual de Maringá. 2012. p. 1-31. Disponível em: http://www.ppe.uem.br/publicacoes/seminario_ppe_2012/trabalhos/co_02/036.pdf. Acesso: 22 fev. 2021.

LEAL, C. B. **Vigilância eletrônica à distância:** instrumento de controle e alternativa à prisão na América Latina. Curitiba: Juruá, 2011.

MACHADO, A. E. B.; SOUZA, A. P. R.; SOUZA, M. C. Sistema penitenciário brasileiro – origem, atualidades e exemplos funcionais. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 10, n. 10, p. 201-212, 2013. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/4789/4073>. Acesso em: 22 fev. 2021.

PRUDENTE, N. M. **Sozinho mas não esquecido:** uma análise sobre o sistema de monitoramento eletrônico de infratores. *O Monitoramento Eletrônico em Debate.* Lumen Juris, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/NovasAquisicoes/2012-09/936947/sumario.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2020.

SCHEFFER, F. S. **O uso de monitoração eletrônica como alternativa ao encarceramento.** Porto Alegre, 2011. Disponível em:

<<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/35833/000816790.pdf?sequence=1>> Acesso em: 23 out. 2020.

SOUZA, B. A. **O monitoramento eletrônico como medida alternativa à prisão preventiva**. Ed. Lúmen Juris. Rio de Janeiro, 2014.

SOUZA JUNIOR. L. O. **Direito e tecnologia**: Uma alternativa ao sistema carcerário nacional. 2008. Disponível em: <<http://srv02.fainor.com.br/revista/index.php/memorias/article/view/12>>. Acesso em: 26 out. 2020.

VALOIS, L. C. **Ensaio sobre o monitoramento eletrônico**. Rio de Janeiro. Editora: Lúmen Juris, 2012.

AS DIFICULDADES FINANCEIRAS ENFRENTADAS PELOS MUNICÍPIOS E A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

ANE CAROLINE GALHARDO:

Graduação em Direito pela Universidade Brasil de Fernandópolis (2016); Pós-graduação Lato Sensu em Direito Público com ênfase em Gestão Pública no Instituto Damásio de Direito, Faculdade IBMEC SP (2020); Advogada OAB/SP nº 394.710; Assessora de Planejamento na Prefeitura de Suzanápolis.

RONNY MAX MACHADO

(orientador)

RESUMO: A Lei de Responsabilidade Financeira (LRF) ou a Lei Complementar N.º. 101 entrou em vigor em 2000 com o objetivo de limitar a dívida do Estado e da União Municipal e determinar os princípios básicos de responsabilidade. Este artigo discute a eficácia da Lei de Responsabilidade Fiscal na gestão dos recursos públicos, pois entende seu direito de fornecer necessidades de controle nas contas públicas e de esclarecer a jurisprudência deste tópico controverso. Este estudo versou sobre as dificuldades financeiras enfrentadas pelos Municípios e os aspectos mais relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Com enfoque nos Municípios de Pequeno Porte, abordamos as principais fontes de arrecadação destes, enfatizando a importância das transferências constitucionais, principalmente o Fundo de Participação dos Municípios (FPM), que é uma das principais transferências intergovernamentais de recursos. Dada a importância do FPM nas arrecadações orçamentárias municipais, tabelamos as previsões orçamentárias e valores efetivamente repassados entre os anos de 2012 a 2019. Isto porque, a crise econômica que se instaurou no país na década passada afeta tanto as arrecadações próprias dos Municípios, quanto as que originam as transferências constitucionais. A maioria dos Municípios de pequeno porte não contam com planejamentos e controles eficiente. Os limites impostos pela LRF são eficazes. A judicialização da saúde vem sendo um dos fatores de dificuldade financeira. Utilizou-se o método analítico descritivo mesclando a pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Crise Financeira. FPM. Lei de Responsabilidade Fiscal.

ABSTRACT: The Financial Responsibility Law (LRF) or Complementary Law No. 101 came into force in 2000 with the aim of limiting State and Municipal Union debt and determining the basic principles of liability. This article discusses the effectiveness of the Fiscal Responsibility Law in the management of public resources, as it understands its right to provide control needs in public accounts and to clarify the case law of this controversial topic. This study dealt with the financial difficulties faced by the Municipalities and the most relevant aspects of the Fiscal Responsibility Law (LRF). With a focus on Small Municipalities, we approach the main sources of revenue from these, emphasizing the importance of constitutional transfers, mainly the Municipality Participation Fund (FPM), which is one of the main intergovernmental transfers of resources. Given the importance of the FPM in municipal budget collections, we have established budget forecasts and amounts effectively passed on between the years 2012 to 2019. This is because the economic crisis that has taken place in the country in the past decade affects both Municipal collections and originating the constitutional transfers. Most small municipalities do not have efficient planning and controls. The limits imposed by the LRF are effective. The judicialization of health has been one of the factors of financial difficulty. The descriptive analytical method was used, mixing bibliographic and documentary research.

Keywords: Financial Crisis. FPM. Fiscal Responsibility Law.

INTRODUÇÃO

Com a crise econômica que assola o país, a União, os Estados e os Municípios vêm enfrentando dificuldades para cumprir seus compromissos financeiros, face a uma arrecadação que, em geral, está ficando abaixo do estimado, enquanto as despesas seguem aumentando.

A ineficiência no planejamento e controle dos produtos comerciais da Prefeitura e o uso indevido de propriedades pertencentes a todas as pessoas também são um dos problemas que lhes causam dificuldades financeiras. Isso ocorre porque a falta de entusiasmo fará com que a herança se deteriore em um curto período de tempo, por isso é necessário obter custos de manutenção novos ou excessivos para que as instituições públicas funcionem corretamente.

Nos municípios, principalmente os de pequeno porte, que serão o enfoque deste trabalho, nem mesmo medidas como o contingenciamento de despesas vem surtindo o efeito esperado, principalmente no que diz respeito ao gasto com pessoal, cujos limites são impostos na LC 101/2000 e o seu descumprimento acarreta inúmeras sanções ao ente. Isso acontece porque, conforme mencionado anteriormente, a arrecadação financeira não vem aumentando na mesma proporção que as despesas, haja vista que com a devido à dificuldade de gerenciamento da equipe e ao

fornecimento de horas de serviço adicionais nos regulamentos da função pública, o percentual do aumento total das despesas, como remuneração, é sempre muito maior que a cobrança.

Ainda, temos o aumento desenfreado da judicialização da saúde, que faz com que além das despesas fixas do poder público municipal para a manutenção do SUS (Sistema Único de Saúde), as prefeituras custeiem procedimentos e medicamentos não contemplados pela tabela SUS para um cidadão específico, não estendendo o mesmo direito aos demais sem a apreciação judicial de cada caso, sendo na maioria das vezes de alto custo. As consequências da imposição do judiciário para que cada vez mais os municípios arquem com estes custos, é de que comece a faltar recursos para suprir a demanda contemplada pelo SUS, que é direito de todos os cidadãos.

O poder executivo na esfera municipal é o que está diretamente ligado a população, recebendo mais cobranças de seus cidadãos contribuintes e prestando o serviço público de maneira mais direta e eficiente. Entretanto, sua arrecadação própria na maioria das vezes é insuficiente para a demanda e os repasses dos Estados e do Governo Federal é menor do que o necessário, mesmo estes entes estando cada vez mais repassando responsabilidades aos municípios. O aumento dos valores a serem transferidos pelos Estados e União para os municípios se faz necessário para auxiliá-los na prestação de serviço público com qualidade sem passar por dificuldades financeiras.

Os objetivos do presente estudo são entender quais as causas da crise financeira que vive a maioria das prefeituras do país, esmiuçar as regras da Lei de Responsabilidade Fiscal e demonstrar que os limites por ela impostos não condizem com a realidade atual do país e identificar meios para que as prefeituras melhorem sua condição financeira e automaticamente a qualidade na prestação de serviço público aos seus cidadãos, entre outros.

Haja vista a importância da prestação de serviço público pelas prefeituras, buscaremos através desta pesquisa, compreender as dificuldades enfrentadas pelos municípios para conseguirem melhorar suas finanças, para assim poderem realizar investimentos que beneficie a população.

O tipo de pesquisa a ser abordada neste estudo será bibliográfica seletiva e crítica, com o objetivo de reunir as informações e dados que servirão de base para a construção da investigação proposta a partir do tema escolhido. Para tanto, será necessário consultas em legislações, doutrinas, proposta de emenda constitucional, artigos, entre outros, utilizando-se de recursos como livros, códigos de leis, internet, etc.

CAPÍTULO I – A CRIAÇÃO E COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS

1.1 A CRIAÇÃO, O CONCEITO DOS MUNICÍPIOS E A AUTONOMIA MUNICIPAL

As regras vigentes para a criação, incorporação, fusão e o desmembramento de Municípios encontram-se expressas no § 4º do art. 18 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o qual dispõe que:

Art. 18 [...]

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996)

No que diz respeito a criação dos municípios, detalha Costa (2014, p. 78) que:

Os Municípios, de modo geral, são criados a partir da emancipação de distrito, onde eles existem, ou de povoados, elevando-os à condição de pessoa jurídica de Direito Público interno, mediante a outorga de autonomia por lei estadual. Existem quatro fases no procedimento de criação, sendo a primeira a representação formulada à Assembleia Legislativa, comprovando a existência dos requisitos mínimos exigidos pela Constituição e por lei complementar estadual. Depois, em seguida, determinação do Legislativo Estadual para que seja realizado o plebiscito, se forem atendidas as exigências formais. Em seguida, o Tribunal Regional Eleitoral marca a data do plebiscito, que é efetivado pelos juízes eleitorais. Por fim, há a promulgação da lei criadora do Município. (COSTA, 2014, p. 78).

O conceito de município do Direito Romano, de acordo com De Plácido e Silva (1973, p. 1.044), é “território delimitado, em que seus habitantes, dizendo-se munícipes, gozam, do direito de cidadania e se investem no direito de dirigi-lo, autonomamente, pelos representantes que escolhem e formam a corporação administrativa municipal”, e acrescenta que o vocábulo “município”, deriva do latim *municipium*, além de defini-

lo como “toda extensão territorial constituída em divisão administrativa de um Estado Federado [...]”.

Já sob a ótica do direito brasileiro, encontramos um conceito doutrinário de município mais amplo, que vai além do aspecto de extensão territorial constituída em divisão administrativa de um Estado Federado, levando em consideração três aspectos, o sociológico, o político e o legal. Assim leciona Meirelles (2008, p. 128):

Do ponto de vista sociológico, o Município Brasileiro, como qualquer outro, é o agrupamento de pessoas de um mesmo território, comuns e afetividades recíprocas, que se reúnem em sociedade para a satisfação de necessidades individuais e desempenho de atribuições coletivas de peculiar interesse local.

Sob o aspecto político, o Município Brasileiro é entidade estatal de terceiro grau na ordem federativa, com atribuições próprias e governo autônomo, ligado ao Estado-membro por laços constitucionais indestrutíveis (CF, arts. 18, 29 e 34, VII, “c”).

Na ordem legal, o Município Brasileiro é pessoa jurídica de direito público interno (CC de 1916, art. 14, III; CC de 2002, art. 41, III), e, como tal, dotado de capacidade civil plena para exercer direitos e contrair obrigações em seu próprio nome, respondendo por todos os atos de seus agentes (CF, art. 37, § 6º). (MEIRELLES, 2008, p.128)

No que tange ao aspecto legal, Dimoulis (2012) define Município como pessoa jurídica de direito público interno com autonomia política, administrativa e financeira. A autonomia político-administrativa lhe confere a competência privativa para elaborar sua Lei Orgânica, além de competência material privativa para legislar sobre as matérias concernentes a assuntos de interesse local. Já no que diz respeito a autonomia financeira, trata-se da prática do poder de instituir e arrecadar tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, obtidas através da tributação ou da repartição das receitas tributárias.

A autonomia é conferida aos municípios pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que no *caput* do seu art. 18, institui que a organização

político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos.

A respeito da autonomia municipal ao longo da história brasileira, Meirelles (2008, p. 46) destaca que:

Somente a partir da Constituição de 1946 e subsequente vigência das Cartas estaduais e leis orgânicas é que a autonomia municipal passou a ser exercida de direito e de fato nas administrações locais. A posição atual dos Municípios brasileiros é bem diversa da que ocupavam nos regimes anteriores. Libertos da intromissão discricionária dos governos federal e estadual e dotados de rendas próprias e suficientes para os serviços locais, os Municípios elegem livremente suas Câmaras e seus prefeitos e realizam o *self-government*, de acordo com a orientação política dos órgãos de governo. Deliberam e executam tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse sem consulta ou aprovação do governo federal ou estadual. Agem dentro da esfera própria com liberdade própria. Decidem da conveniência ou inconveniência de todas as medidas de interesse local; entendem-se diretamente com todos os poderes da Soberania Nacional sem dependência hierárquica à administração estadual; manifestam-se livremente sobre os problemas da Nação; [...]. (MEIRELLES, 2008, p. 46).

Na Constituição Federal de 1988, o arranjo da autonomia municipal está estruturado pelos artigos 1º, 29, 30, 35, 39, 145, 149, 150, 158, e 182, entre outros, além do dispositivo constitucional principal, art. 18, já enfatizado anteriormente. Os municípios são autônomos porque são providos de capacidade de auto-organização, autogoverno, autoadministração e autolegislação, configurando a autonomia financeira, administrativa e política. Costa (2014, p.51) elencou os dispositivos da carta magna e disposições transitórias que fazem referências aos municípios e seus agentes políticos, conforme abaixo:

Existem referências à autonomia política nos arts. 18 (autonomia, organização político-administrativa), 30 e incisos (competência exclusiva, serviços públicos); 23 (competência comum com a União, os Estados e o Distrito Federal, serviços públicos); 18, § 4º

(criação, incorporação, fusão e desmembramento); DT, art. 12, §§ 3º e 4º (demarcação, linhas divisórias litigiosas); art. 30, IV (distrito, criação, organização e supressão); art. 35 (intervenção no Município); art. 30, I e II (interesse local, legislação, competência); art. 29 e DT, art. 11, parágrafo único (lei orgânica); art. 31, § 2º (Prefeito, contas, prestação); art. 14, § 3º, VI, c (Prefeitos, elegibilidade, idade mínima); art. 29, I e II (Prefeitos, eleições); art. 14, § 7º (Prefeito, inelegibilidade do cônjuge, parentes do); art. 29, X (Prefeito, julgamento); art. 29, I e XII e DT, art. 4º, § 4º (Prefeito, mandato), art. 29, III (Prefeito, posse); art. 14, §§ 5º e 6º (Prefeito, reeleição), art. 29, V, VI e VII (Prefeito, remuneração); art. 19 (proibições aos Municípios); art. 29, XIII (projetos de lei, iniciativa popular); art. 13, § 2º (símbolos); art. 14, § 3º, VI, d (Vereadores, elegibilidade, idade mínima); art. 29, I (Vereadores, eleição); art. 29, VIII (Vereadores, inviolabilidade); art. 29, I e DT, art. 4º, § 4º (Vereadores, mandato); DT, art. 8º, § 4º (Vereadores, mandato eletivo gratuito); art. 29, IV, e DT, art. 5º, § 4º (Vereadores, número por município); art. 29, VII (Vereadores, proibições e incompatibilidade) e art. 29, V (Vereadores, subsídio) e art. 39, § 4º (Vereadores, subsídio). (COSTA, 2014, p. 51).

Na mesma proporção em que é conferido aos Municípios toda essa capacidade política-administrativa e financeira, são atribuídos aos mesmos competências, as quais serão detalhadas no subcapítulo a seguir.

1.2 A COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) estabelece em seu artigo 1º, que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. A norma constitucional atribui aos seus entes federativos diversas competências.

As espécies de competências são tradicionalmente classificadas em competências administrativas, competências legislativas e competências tributárias. Alexandrino e Paulo (2015, p. 347-348) define cada uma dessas espécies de competências como:

As competências administrativas (materiais ou não legislativas) especificam o campo de atuação político-administrativa do ente federado. São competências para a atuação efetiva, para executar tarefas, para a realização de atividades concernentes às matérias nelas consignadas. [...]

As competências legislativas, como a própria denominação indica, estabelecem o poder para normatizar, para estabelecer normas sobre as respectivas matérias. Não dizem respeito à atuação em si, à execução de uma atividade, mas sim à edição das normas que regularão determinada atuação. [...]

A competência tributária diz respeito ao poder de instituir tributos, que é outorgado a todos os entes federativos, como uma das formas de assegurar sua autonomia. Com efeito, a autonomia política dos entes federados resultaria sobremaneira enfraquecida, caso desacompanhada de autonomia financeira, a qual é efetivamente assegurada pela fixação constitucional de competências tributárias próprias. A competência tributária está disciplinada em capítulo próprio da Constituição Federal (Capítulo 1 do Título VI). (ALEXANDRINO E PAULO, 2015, p. 347-348)

De início, trataremos sobre a competência comum (paralela ou cumulativa), que é uma competência administrativa, a qual confere condições de igualdade entre os entes federativos, e encontra-se prevista nos incisos do art. 23 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e assim dispõe:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (BRASIL, 1988).

Para a repartição de competências entre os entes federativos, o legislador constituinte adotou como critério na Constituição Federal de 1988 o princípio da predominância do interesse.

O princípio da predominância do interesse pauta-se na ideia de que existem matérias que devem ser tratadas uniformemente em todo o país, ao passo em que outras matérias devem ser tratadas com base a análise das necessidades regionais ou locais. Nesta acepção, Moraes (2014, p. 315) afirma:

Pelo princípio da predominância do interesse, à União caberá aquelas matérias e questões de predominância do interesse geral, ao passo que aos Estados referem-se as matérias de predominante interesse regional e aos municípios concernentes aos assuntos de interesse local. Em relação ao Distrito Federal, por expressa disposição constitucional (CF, art. 32, §1º), acumulam-se em regra, as competências estaduais e municipais. (MORAES, 2014, p. 315).

No que se refere as competências específicas dos municípios, essas estão elencadas nos incisos do art. 30 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que determina que:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;

IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI -(Revogado);

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. (BRASIL, 1988).

Uma vez enumeradas as competências municipais específicas descritas no dispositivo constitucional transcrito acima, se faz necessário esmiuçar alguns pontos dos três primeiros incisos.

A respeito da competência de legislar sobre assuntos de interesse local (CF, art. 30, I), é importante compreender o que são os assuntos de interesse local, para assim delimitar sobre o que compete aos Municípios legislar. Para Rezende (2019, p. 17), “uma boa parte da doutrina tem definido o interesse local [...] dando destaque para a ideia da predominância do interesse do Município sobre o eventual interesse regional ou nacional e, excluindo a ideia de interesse exclusivo ou privativo da localidade.”. Nesse sentido, aborda Costa (2014, p. 91) que:

Assim, os assuntos de interesse local são aqueles em que existe uma predominância dos interesses dos habitantes de determinada área, em que o Município, como entidade pública, tem maiores condições de resolver e implementar que as demais entidades federadas. É imensa a gama de atividades atribuídas aos agentes públicos do Município, sendo-lhes fixado competências de natureza administrativa, mas também política, onde se ressalva sua autonomia, observados os critérios de conveniência e oportunidade, que nem sequer o Judiciário pode violar. (COSTA, 2014, p. 91).

A competência de suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (CF, Art. 30, II), diz respeito a autorização constitucional de os Municípios, de acordo com as suas particularidades, editar normas suplementares a legislação federal e a estadual, quando as mesmas não forem suficientes para atenderem as demandas do Município.

Já sobre a competência municipal de instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei (CF, Art. 30, III), a qual lhe confere a autonomia financeira, abordaremos quais são os tributos de competência municipal.

Os tributos que podem ser instituídos pelos entes federados da República Federativa do Brasil estão expressos nos incisos do art. 145 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), são os "I- impostos; II- taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; III- contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas."

Os impostos que devem ser instituídos pelos Municípios estão elencados nos incisos de I a III do art. 156 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), e são impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão "*inter vivos*", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993). (BRASIL, 1988).

Ressalta-se que os impostos mencionados nos incisos de I a III do art. 156 da CF são também arrecadados pelos Municípios, mas não configuram como os únicos que podem ser arrecadados por eles. Isto porque, a Emenda Constitucional (EC) nº 42, de 19 de dezembro de 2003, dentre outras alterações introduzidas, modificou os arts. 153 e 158 da CF no tocante à fiscalização, cobrança e às transferências do ITR, ao qual

facultou aos Municípios a opção de fiscalizar e cobrar o imposto, passando a pertencer ao mesmo a totalidade da sua arrecadação, enquanto a não opção dá direito a eles de 50% (cinquenta por cento) da arrecadação, por ser uma transferência constitucional, portanto, obrigatória.

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...]

VI - propriedade territorial rural; [...]

§ 4º O imposto previsto no inciso VI do caput: [...]

III – será fiscalizado e cobrado pelos Municípios que assim optarem, na forma da lei, desde que não implique redução do imposto ou qualquer outra forma de renúncia fiscal.”

[...]

Art. 158. Pertencem aos Municípios: [...]

II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III; (BRASIL, 1988).

Por fim, aplicando as espécies de competências mencionadas neste subcapítulo as competências municipais elencadas nos incisos do art. 30 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), podemos dizer que se trata de competência legislativa os incisos I e II; de competência administrativa os incisos de III a IX; e de competência tributária o inciso III, por determinar que compete aos Municípios instituir tributos de sua competência.

CAPÍTULO II – A QUEDA NA ARRECADAÇÃO E A DIFICULDADE FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA DOS MUNICÍPIOS

2.1. AS DIFICULDADES NA ARRECADAÇÃO PRÓPRIA NOS MUNICÍPIOS DE PEQUENO PORTE E A IMPORTÂNCIA NOS REPASSES INTERGOVERNAMENTAIS

No Brasil, a maioria dos municípios se enquadram na classificação de pequeno porte, que são aqueles com número de habitantes menor do que 50.000 (cinquenta

mil). A este respeito, pondera a Confederação Nacional dos Municípios (CNM, 2018, p. 11) que:

No Brasil existem mais de 5.568 Municípios. Desses, cerca de 80%, conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), possuem menos de 50 mil habitantes. Mas por que falar sobre isso? Os Municípios enfrentam dias difíceis e, apesar de uma longa sequência de esforços, os desajustes estruturais da nossa economia, o descontrole das contas públicas no país, os orçamentos esfolados, os recursos limitados e a crescente responsabilidade atribuída aos Entes locais, que se veem atolados com demandas por mais e melhores serviços públicos, agravam ainda mais a situação, que é intensificada principalmente nos pequenos Municípios.”. (CNM, 2018, p. 11).

Os municípios são os principais executores das políticas públicas nacionais. Sendo assim, precisam atender as crescentes demandas da sociedade, especialmente nas áreas de saúde e educação, ao mesmo tempo em que enfrentam os desafios da eficiência, eficácia e efetividade na gestão dos escassos recursos públicos. (RAVANELLO e BENDER FILHO, 2019, p. 3).

A arrecadação tributária nos Municípios brasileiros é uma dificuldade enfrentada pela maioria dos seus gestores, por razões econômicas, administrativas ou políticas, que colaboram para os desequilíbrios nas finanças públicas municipais. Por este motivo, mesmo com uma estrutura de competências tributárias definida, existe a necessidade de um sistema de transferências intergovernamentais de recursos, com origem nos governos federais e estaduais, voltadas aos governos municipais, para atender às necessidades básicas da população como educação e saúde, posto que os Municípios são os executores das políticas públicas nacionais, conforme mencionado no parágrafo anterior. (SILVA 2009).

A Federação brasileira é constituída pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que precisam de recursos para cumprir com os ditames de nossa Constituição Federal, dentre eles os dispostos no seu art. 3º, que estipula os objetivos fundamentais da República:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II – garantir o desenvolvimento nacional;
- III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No Relatório de Atividades do Subgrupo de Trabalho formado por técnicos da Secretaria do Tesouro Nacional (STN) do Ministério da Fazenda, da Secretaria de Orçamento Federal (SOF) e da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI), ambas do Ministério Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) e da Controladoria-Geral da União (CGU), para a Classificação das Transferências da União, os técnicos abordam a importância da existência de recursos financeiros suficientes para cumprir com os objetivos da Constituição Federal e a necessidade da partilha da arrecadação entre os Entes Federativos, conforme segue (BRASIL, STN, et al, 2015, p. 3):

Evidentemente, tais objetivos não podem ser atingidos sem a existência de recursos financeiros suficientes, os quais são obtidos pelas três esferas governamentais através de suas competências constitucionais e legais para instituir e arrecadar tributos; em consequência, surge o conceito de federalismo fiscal, que significa a partilha de receitas auferidas pelos diversos Entes Federativos de forma a assegurar a todos haveres adequados para o atendimento de seus fins, quais sejam de prestar serviços públicos de qualidade e em quantidade suficiente para suprir as necessidades básicas da sociedade. (BRASIL, STN et al, 2015, p. 3).

Uma das principais transferências intergovernamentais de recursos, é o Fundo de Participação dos Municípios (FPM), a qual abordaremos com mais afinco neste presente trabalho por este motivo. O FPM é uma das transferências que possui caráter descentralizador, como uma transferência intergovernamental, constitucional e federal, sendo partilhado de forma diferenciada entre estados federados e os municípios com base no critério da composição populacional.

Conforme mencionado no parágrafo acima, o FPM é uma transferência constitucional. Sendo assim, está prevista expressamente no art. 159. I, *b*, *d* e *e* da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Art. 159 A União entregará: (Vide Emenda Constitucional nº 55, de 2007)

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 84, de 2014)

[...]

b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 55, de 2007)

e) 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 84, de 2014)

A Secretaria do Tesouro Nacional (BRASIL, STN, 2018) aborda cronologicamente as alterações legislativas mais importantes referentes ao FPM, a contar da vigência da carta magna:

No ano de 1988: a Constituição Federal vigente ratificou o FPM (art. 159, inciso I, *b* e ADCT art. 34, § 2º, incisos I e III) e recepcionou a regulamentação do CTN, tendo ainda aumentado gradativamente o percentual de participação na arrecadação de IR e IPI dos 17% para 22,5% a partir de 1993; (BRASIL, STN, 2018).

Em 1996, a Emenda Constitucional (EC) nº 14/1996, através de alteração do art. 60 do ADCT, criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), cuja fonte de recursos foi composta pela dedução de 15% nos repasses do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e do FPM, da Lei Complementar 87/96, do ICMS estadual e do IPI-Exportação, sendo

regulamentada pela Lei nº 9.424/1996, e os descontos efetuado a partir de janeiro de 1998; (BRASIL, STN, 2018).

No ano de 2006, a EC nº 53, de 19 de dezembro de 2006, também através de alteração do art. 60 do ADCT, substituiu o FUNDEF pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), cuja fonte de recursos incorporou novas transferências intergovernamentais obrigatórias, mantendo todas as anteriores, inclusive o FPM. Atualmente, a dedução do FUNDEB é de 20% do valor do repasse; (BRASIL, STN, 2018).

Em 2007, a EC 55/2007 acrescentou a alínea *d* ao art. 159, inciso I, da CF, adicionando 1% ao percentual do FPM (que assim passou a ter alíquota de 23,5%). Entretanto, este percentual excedente seria acumulado na conta única do Tesouro Nacional ao longo de 12 meses (de dezembro de um ano até novembro do subsequente), para ser entregue aos Municípios por seu valor integral no 1º decêndio de dezembro de cada ano; (BRASIL, STN, 2018).

Já no ano de 2014, a EC 84/2014, acrescentou a alínea *e* ao art. 159, inciso I da Constituição Federal, aumentou em 0,5% pontos percentuais a transferência de recursos do FPM para o ano de 2015, resultando em 24% no total. Os valores foram acumulados de janeiro a junho de 2015, e pagos no 1º decêndio de julho de 2015. A partir de 2016 o percentual sobe para 1%, e os valores são acumulados de julho de um ano a junho do ano subsequente, sendo pagos no 1º decêndio de julho. Desse modo, a partir de 2016 o FPM responde por 24,5% da arrecadação líquida de IR e IPI. (BRASIL, STN, 2018).

No que tange aos critérios para a distribuição do FPM, os percentuais individuais de participação dos Municípios são calculados anualmente pelo Tribunal de Contas da União (TCU) e por ele publicados em Decisão Normativa no Diário Oficial da União até o último dia útil de cada exercício, segundo art. 92 do Código Tributário Nacional. O cálculo é feito com base em informações prestadas ao TCU até o dia 31 de outubro de cada ano, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), informações estas compostas da população de cada Município e da renda per capita de cada Estado.

A respeito da capacidade de arrecadação de receitas próprias, entende-se que os Municípios de grande porte, com população superior a 150.000 (cento e cinquenta mil) habitantes, possuem maior capacidade de arrecadar receitas próprias, tais como

ISS, IPTU e ITBI. Os Municípios de médio porte, aqueles entre 50.000 (cinquenta mil) e 150.000 (cento e cinquenta mil) habitantes, dependem mais pontualmente do ICMS. Já os Municípios de pequeno porte, que são aqueles com população abaixo de 50.000 (cinquenta mil) habitantes, conforme já mencionado no início deste subcapítulo, dependem quase que integralmente das transferências constitucionais, da quota-parte do ICMS, do FPM, do FUNDEB, do Imposto Territorial Rural (ITR), Salário Educação, Cide Combustível e Royalties, além das transferências do Sistema Único de Saúde (SUS). Em suma, a classificação dos Municípios como sendo de pequeno, médio e grande porte utilizam o critério demográfico. (RAVANELLO e BENDER FILHO, 2019, p. 5).

Esse contexto de que os Municípios de pequeno porte dependem quase que integralmente das transferências constitucionais, se dá por diversos fatores, aos quais podemos mencionar como mais relevantes: o fato de que os principais impostos são de responsabilidade dos governos federal e estaduais; a falta de fiscalização eficiente para a cobrança dos tributos de sua competência, já estudados no subcapítulo 1.2. do presente trabalho; e o baixo empreendedorismo que estes Municípios costumam ter.

Neste sentido, preceitua Rodrigues e Silva (2020, 14) "A dificuldade dos municípios na arrecadação e a própria diferença na capacidade de arrecadação entre eles conduzem a uma situação de dependência em relação às transferências de recursos."

Antes de 1988, os Municípios brasileiros tinham uma responsabilidade mais restrita, ficando os serviços a serem prestados ou pela União ou pelos Estados. A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, os Municípios passaram a assumir mais atribuições gradualmente. Entretanto, o FPM, que segundo dados do FINBRA (2012) caracteriza-se como a principal receita para o equilíbrio dos orçamentos municipais, representando mais de 70% das receitas orçamentárias dos municípios, não acompanhou o crescimento dos custos das prefeituras nos últimos anos. Nesta acepção, Ravanello e Bender Filho (2019, p. 5):

As cidades brasileiras que antes da Constituição tinham uma responsabilidade mais limitada, sendo os serviços prestados ou pela União ou pelos Estados, a partir de 1988, começaram a assumir cada vez mais atribuições, como, por exemplo, as áreas de educação e saúde, as quais foram municipalizadas. Também é fonte adicional de custo os inúmeros Programas Federais, cuja

execução vem ficando a cargo das prefeituras com repasses subfinanciados, pesando sobre o orçamento local. Ressalta-se que o FPM, principal fonte de receita de grande parte dos Municípios brasileiros, não acompanhou o crescimento dos custos das prefeituras nos últimos anos, agravando seriamente a dificuldade financeira destes municípios. (RAVANELLO e BENDER FILHO, 2019, p. 3).

A crise financeira internacional e nacional, especialmente na última década, acarretou em uma relevante queda nas arrecadações tributárias brasileiras. Diante deste cenário, o governo federal teve que implementar inúmeras ações no intuito de contornar a crise e estimular a economia brasileira, que refletiram e refletem diretamente na baixa arrecadação do Fundo de Participação dos Municípios (FPM). Por este motivo, os Municípios vêm enfrentando dificuldades, haja vista que suas despesas e atribuições não aumentam na mesma proporção que os repasses.

Segundo Araújo, Brito e Jesus (2020, p. 295), a respeito da crise econômica no Brasil afirmam que:

[...] A atual crise econômica se instaurou no país em 2014, ocasionando uma forte recessão e gerando a queda do Produto Interno Bruto (PIB). Essa crise teve ainda maior proporção com a crise política instaurada no ano de 2015, com os escândalos de corrupção e sequencialmente com o *impeachment* da presidenta do país.

Esses fatores afetaram todo o mercado, pois a incerteza econômica acaba contraindo os investimentos, acarretando a diminuição da arrecadação de tributos, fazendo com que as receitas federais e estaduais sofram quedas e afetem diretamente nos repasses realizados aos municípios, em alguns programas existe a extinção completa dos repasses, impossibilitando o desenvolvimento de ações que dependem desses recursos. (ARAÚJO, BRITO e JESUS, 2020, p. 295)

Podemos observar no gráfico abaixo (GRÁFICO 1) que o Produto Interno Bruto (PIB) voltou a apresentar taxas de crescimento. Entretanto, os índices ainda estão

aquém das estimativas e, não retornaram ao menos ao índice em que se encontrava no início da recessão em 2014.

Gráfico 1- PIB a preços de mercado



Fonte: IBGE – Contas Nacionais Trimestrais

No que diz respeito aos repasses do FPM, encontramos na tabela abaixo (TABELA 1) as previsões orçamentárias, os valores repassados e os percentuais de variação em relação ao exercício anterior na Lei Orçamentária Anual, referente aos exercícios financeiros de 2012 a 2019. Os dados demonstram que inicialmente as os percentuais de variação em relação ao exercício anterior eram bem mais elevados do que os atuais e, na maioria dos exercícios financeiros que estava acima de 10%, o valor repassado ficou aquém do estimado.

Tabela 1- Os repasses e previsões orçamentárias do FPM

Exercício Financeiro (ano civil)	Previsões FPM na LOA (R\$)	Valores repassados (R\$)*	Percentual de variação em relação ao exercício anterior na LOA (%)

2012	62.020.990.024,00	54.746.846.969,00	16,81
2013	65.324.052.624,00	58.878.035.229,00	19,32
2014	70.344.109.774,00	64.158.174.316,00	19,47
2015	72.005.906.680,00	68.398.980.853,00	12,23
2016	80.323.133.767,00	79.910.745.230,00	17,43
2017	79.392.314.667,00	77.634.613.208,00	-0,65
2018	80.954.723.086,00	83.010.505.468,00	4,28
2019	87.583.243.172,00	90.409.487.779,00	5,51

(*) Os valores já estão descontados da parcela de 20% destinada ao FUNDEB.

Fonte: Produzida pela autora através da base de dados do Secretaria do Tesouro Nacional

Ainda, referente aos dados da tabela acima (TABELA 1), podemos identificar que 2017 foi o único exercício financeiro que teve percentual de variação negativo em relação ao exercício anterior, ficando o valor repassado abaixo do exercício anterior também. Isso justifica-se ao fato de os Municípios terem tido um repasse a título de divisão da Multa da Repatriação no exercício de 2016, além da parcela normal. Já nos exercícios de 2018 e 2019, os valores repassados superarão as previsões orçamentárias, haja vista a aplicação de índices de variações em relação aos exercícios financeiros mais baixos e condizentes com a capacidade de arrecadação atual do país.

2.2. AS FALHAS NO PLANEJAMENTO E CONTROLE NA GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL

Em conjunto com a diminuição das arrecadações tributárias estudada no subcapítulo anterior, as dificuldades financeiras enfrentadas pelos Municípios também são decorrentes das falhas no planejamento e controles na gestão pública municipal, especialmente nos Municípios de pequeno porte. Neste sentido, entende Rodrigues e Silva (2020, 15) que:

Em épocas de crise econômica, existe a tendência de queda nas arrecadações tributárias em razão da redução das atividades econômicas. E, quando mantido o volume de gastos, implica ocorrência de déficit público ou aumento da dívida pública. Nessa direção, a conjuntura econômica induz, devido à baixa na arrecadação, as gestões municipais a melhorarem a eficiência no uso dos recursos disponíveis, o que mostra a vulnerabilidade das municipalidades receptoras de financiamentos oriundos de outros entes federativos.

A administração pública está sujeita a obediência de diversos princípios, com destaque aos previstos expressamente no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Este último foi incluído pela EC nº 19 de 1998. Além disso, “[...] as funções de planejamento, organização, coordenação e controle são extremamente necessárias para o desenvolvimento das atividades.”. (BONI, 2015, p. 13).

O controle e o planejamento na gestão pública municipal estão diretamente ligados ao princípio da eficiência, pois são norteadores que, quando aplicados, permitem a administração pública a prestação dos serviços públicos com excelência, além de obter melhor produtividade e economicidade.

Para Carvalho Filho (2007, p. 810) o controle na gestão pública “[...] tem a natureza de um princípio fundamental da Administração Pública, não podendo ser dispensado ou recusado por nem um órgão administrativo, devendo ser exercido em todos os níveis de poder”.

No mesmo sentido, Alexandrino e Paulo (2015, p. 380) destacam que a eficiência:

[...] integra o conceito de serviço público adequado (Lei 8.987/1995, art. 6.º, § 1.º). Ademais, a noção de eficiência aproxima-se da de economicidade, princípio expresso no *caput* do art. 70 da Constituição, relativo ao controle financeiro da administração pública. Busca-se o atingimento de objetivos traduzidos por uma boa prestação de serviços, do modo mais simples, mais rápido e mais econômico, melhorando a relação custo/ benefício da atividade da administração. O administrador deve sempre procurar a solução que melhor atenda ao interesse público, levando em conta o ótimo aproveitamento dos recursos públicos, conforme essa análise de custos e dos correspondentes benefícios. (ALEXANDRINO e PAULO, 2015, p. 380).

Na Constituição Federal, o art. 31 estabelece que a fiscalização do Município, será exercida pelo controle externo, através do Poder Legislativo, que terá o auxílio do Tribunal de Contas do Estado ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver e, pelo controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da Lei. (BRASIL, 1988).

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

§ 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

§ 3º As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame

e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

§ 4º É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais. (BRASIL, 1988).

O sistema de controle interno é essencial para o Poder Executivo Municipal, porque permite que de maneira direta e frequente, seja possível fiscalizar as atividades da gestão pública municipal e, detectando falhas existentes na Administração, as pontuem e corrijam, em nome de uma gestão pública mais eficiente, conforme já mencionado. Além disso, com o sistema estabelecido, detectando as falhas e a corrigindo-as de pronto, os gestores públicos diminuem os riscos de serem penalizados pelos órgãos de controle externo.

Sobre o planejamento na gestão pública municipal, podemos afirmar que pelo menos na área orçamentária é realmente utilizado, isto porque o planejamento é um dos pilares da Lei de Responsabilidade Fiscal que estudaremos no capítulo seguinte. As falhas quanto ao planejamento mencionadas aqui, dizem respeito a planejamentos estratégicos, por exemplo, a falta de planejamento de compras, planejamento de recursos humanos.

Entretanto, em Municípios de pequeno porte, os controles internos e o planejamento tendem a serem mais ineficientes ou até mesmo inexistentes, pelas dificuldades enfrentadas por eles com a gestão de pessoal dos seus servidores públicos, principalmente no que diz respeito a falta de qualificação.

Segundo Fontes (2018, p. 11), a qualificação dos servidores públicos deve ser incentivada por gestores, melhorando assim a eficiência na prestação dos serviços públicos, pois:

Na medida em que se melhora a qualidade do serviço público os benefícios são para todos os cidadãos da sociedade. É importante para a instituição ter servidores mais capacitados que trarão agilidade, conhecimento e motivação no trabalho e cotidiano das atividades municipais. (FONTES, 2018, p. 11).

Para Boni (2015, p. 11) "O conhecimento dos servidores públicos é o mecanismo primordial no qual são desencadeadas mudanças significativas na práxis diária de suas tarefas."

CAPÍTULO III – LIMITAÇÕES DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL AOS MUNICÍPIOS

3.1 OS OBJETIVOS DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL (LRF)

A Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, também conhecida como a Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2000), entrou em vigor com a finalidade de estabelecer “[...] normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.”, conforme disposto no *caput* do seu art. 1º. A mencionada legislação nasceu da necessidade do equilíbrio das contas públicas no Brasil, por meio de ação planejada e transparente, ou seja, através de responsabilidade na gestão fiscal que se encontra conceituada no primeiro parágrafo do art. 1 da mesma lei (BRASIL, 2000):

A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar. (BRASIL, 2000).

Como se nota logo pelo *caput* do art. 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal, ela possui índole constitucional, sendo a lei complementar prevista no art. 163, I, da Constituição Federal “Art. 163. Lei complementar disporá sobre: I - finanças públicas; [...]” (BRASIL, 1988).

Para Nascimento e Debus (2002, p. 6), esta lei incorporou alguns princípios e normas de outros países. Segundo eles, dentre outros parâmetros utilizados para elaboração da versão brasileira da Lei de Responsabilidade Fiscal, os principais modelos referenciais utilizados foram:

- O Fundo Monetário Internacional, organismo do qual o Brasil é Estado-membro, e que tem editado e difundido algumas normas de gestão pública em diversos países;
- A Nova Zelândia, através do Fiscal Responsibility Act, de 1994;
- A Comunidade Econômica Européia, a partir do Tratado

de Maastricht; e,

- Os Estados Unidos, cujas normas de disciplina e controle de gastos do governo central levaram à edição do Budget Enforcement Act, aliado ao princípio de “accountability”. (NASCIMENTO e DEBUS, 2002, p. 6)

As diretrizes da LRF se aplicará aos três entes da federação (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios), é o que diz, inclusive, o § 2º do art. 1º desta lei (BRASIL, 2000) “§ 2º As disposições desta Lei Complementar obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.”.

Complementa o inciso I do art. 2º da mesma lei, para seus efeitos entende-se como “ente da Federação: a União, cada Estado, o Distrito Federal e cada Município” (BRASIL, 2000).

Ainda, a LRF disciplina que ao mencionar à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, está abrangendo sua atuação aos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), o Ministério Público, os Tribunais de Contas (da União, de Estado, e, quando houver, dos Municípios e do Município), bem como as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes. Essa é a previsão dos incisos do § 3º do art. 1º da LRF (BRASIL, 2000):

§ 3o Nas referências:

I - à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estão compreendidos:

a) o Poder Executivo, o Poder Legislativo, neste abrangidos os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e o Ministério Público;

b) as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes;

II - a Estados entende-se considerado o Distrito Federal;

III - a Tribunais de Contas estão incluídos: Tribunal de Contas da União, Tribunal de Contas do Estado e, quando houver, Tribunal de Contas dos Municípios e Tribunal de Contas do Município.

Ressalta-se que o art. 60, da LRF dispõe que “Lei estadual ou municipal **poderá fixar limites inferiores** àqueles previstos nesta Lei Complementar para as

dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito e concessão de garantias.”.
(grifo nosso)

A LRF é fundamentada em quatro princípios: o planejamento, a transparência, o controle e a responsabilidade, que serão abordados no decorrer deste capítulo.

Para Araújo e Arruda (2004, p. 71), a LRF está sustentada em quatro pilares: “Enfatizar a necessidade do planejamento Governamental, Alcançar o Equilíbrio Fiscal, Controlar o Endividamento Público e Assegurar a Transparência da Gestão Pública”.

3.2 DOS PRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS CONSTITUCIONAIS

Ao tratar dos princípios administrativos, ensina Di Pietro (2007, p. 61) que “princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes”.

No que tange à importância dos princípios constitucionais, Mello (2009) é taxativo ao dizer que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comando. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representam insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isso porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada (MELLO, 2009, p.35).

Os princípios orçamentários são diretrizes norteadoras dos processos orçamentários previstos na Constituição Federal de 1988, que tem por finalidade assegurar maior estabilidade à elaboração, execução e controle do orçamento público. (ALEXANDRINO e PAULO, 2015, p. 973).

Neste sentido, conceitua Paludo (2013, p. 38):

Os princípios orçamentários são regras válidas para todo o processo orçamentário (elaboração, execução e

controle/avaliação) – aplicam-se tanto à LOA como aos créditos adicionais – e visam assegurar-lhe racionalidade, eficiência e transparência, mas não têm caráter absoluto, visto que apresentam exceções. (PALUDO, 2013, p. 38).

3.2.1 Princípio da anualidade ou periodicidade

O princípio da anualidade ou da periodicidade preconiza que o orçamento deve ser elaborado e autorizado para um período limitado de tempo, em geral, um ano ou o chamado exercício financeiro.

Destaca-se que esse exercício financeiro (um ano) pode, ou não, coincidir com o ano civil. No Brasil, atualmente, existe essa coincidência, por força do art. 34 da Lei 4.320/1964 “O exercício financeiro coincidirá com o ano civil.”. (BRASIL, 1964).

A obediência ao princípio da anualidade para a estimativa de receitas e as autorizações de despesas, encontra previsão expressa no art. 2 da Lei n.º 4.320/1964: “A Lei do Orçamento conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios da unidade, universalidade e anualidade”. (BRASIL, 1964).

Ressalta-se que o princípio da anualidade orçamentária não pode ser confundido com o antigo princípio da anualidade tributária, que estava presente na Constituição de 1946. A anualidade orçamentária diz respeito ao período de vigência orçamento. Já a anualidade tributária, que não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, não admitia a cobrança de tributo em cada exercício sem prévia autorização na lei orçamentária anual (LOA).

Por fim, Alexandrino e Paulo (2015, p. 973) enfatizam que “ [...] o Plano Plurianual (PPA), que tem duração de quatro anos, não contraria o princípio da anualidade, haja vista que o PPA constitui mero plano estratégico, que será, posteriormente, materializado, em leis orçamentárias anuais.”.

3.1.2 Princípio da universalidade

O princípio da universalidade encontra previsão constitucional no art. 165, § 5.º, da Constituição Federal, o qual impõe que o orçamento contenha todas as receitas e despesas referentes ao ente público, englobando seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta.

Além de estar previsto na Constituição Federal, o referido princípio arts. 2, 3 e 4 da Lei n.º 4.320/1964. O primeiro dispositivo legal mencionado, expressa a necessidade da obediência ao princípio da universalidade para a estimativa de receitas e as autorizações de despesas. O segundo contempla o princípio ao estabelecer que “A lei do orçamento compreenderá todas as receitas [...]”. Já o terceiro, contempla o princípio ao estipular que “A Lei de Orçamento compreenderá todas as despesas

próprias dos órgãos do Governo e da administração centralizada, ou que, por intermédio deles se devam realizar [...]". (BRASIL, 1964).

3.1.3 Princípio do orçamento bruto

O princípio do orçamento bruto impõe que as despesas e receitas sejam incluídas no orçamento pelos seus valores brutos, sem qualquer tipo de deduções. A finalidade deste princípio é impedir a inclusão de importâncias líquidas, ou seja, descontar as despesas a serem realizadas por outras entidades.

Isto porque, sem a observância desse princípio estaríamos contrariando o princípio da universalidade, anteriormente esmiuçado.

3.1.4 Princípio da unidade ou totalidade

O princípio da unidade ou da totalidade estabelece que o orçamento deve ser uno, isto é, para cada ente federado deverá existir apenas um orçamento por exercício financeiro, fundamentado em uma única política orçamentária e estruturado uniformemente.

Ressalta Alexandrino e Paulo (2015, p. 974) que:

Essa unidade orçamentária, porém, **não quer dizer "unidade documental"** (em um só documento), mas sim unidade finalística, de harmonização entre os diversos orçamentos, mesmo quando elaborados em documentos distintos. Assim, embora seja fato que hoje temos diferentes documentos orçamentários (orçamento fiscal, orçamento de investimento etc.), a unidade orçamentária deve ser obrigatoriamente assegurada pela compatibilização entre eles. (ALEXANDRINO e PAULO, 2015, p. 974). **(grifo do autor)**

O referido princípio, já abrangido pelo art. 2 da Lei nº 4.320/1964, foi consagrado na Constituição Federal no § 5º do art. 165, que estabelece:

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá:

- I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;
- II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;
- III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou

indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público. (BRASIL, 1988)

Conforme mencionado inicialmente, o princípio da unidade também é titulado como princípio da totalidade. Isto porque, à medida que o disposto no § 5º do art. 165 da Constituição Federal, consagra o princípio aqui abordado, isso significa dizer a lei orçamentária anual compreende o orçamento fiscal, o orçamento de investimento e o orçamento da seguridade social. Neste sentido, Paludo (2013, p. 42):

Também é denominado princípio da totalidade em face de ser composto pelos: Orçamento Fiscal; Orçamento de Investimento; Orçamento da Seguridade Social – e ao mesmo tempo consolidar os orçamentos dos diversos órgãos e Poderes de forma que permita a cada Governo uma visão geral do conjunto das finanças públicas. (PALUDO, 2013, p. 42).

3.1.5 Princípio da exclusividade

O princípio da exclusividade impõe que a lei orçamentária não poderá conter matéria estranha à previsão de receitas e à fixação das despesas. Evita-se, com isso, que a lei orçamentária contenha normas pertencentes a outros ramos jurídicos, sem pertinência com matéria orçamentária.

O princípio em questão encontra previsão no art. 165, § 8, da Constituição Federal, segundo o qual dispõe que:

§ 8 A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei. (BRASIL, 1988).

Verifica-se que o dispositivo constitucional no qual está previsto o princípio, transcrito acima, expressa importante exceção ao princípio da exclusividade, que é a autorização para a abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita.

3.1.6 Princípio da quantificação dos créditos orçamentários

O princípio da quantificação dos créditos orçamentários está previsto no art. 167, VII, da Constituição, que dispõe que é vedada a “[...] a concessão ou utilização de créditos ilimitados”. (BRASIL, 1988).

Segundo Alexandrino e Paulo (2015, p. 975) “Esse princípio não admite exceções, ou seja, não há situação alguma na qual seja legítima a concessão ou a utilização de créditos ilimitados, sem valor determinado.”.

3.1.7 Princípio da especificação, especialização ou da discriminação

O princípio da especificação, especialização ou da discriminação impõe que as receitas e despesas sejam especificadas (discriminadas), demonstrando a origem e a aplicação dos recursos.

Esse princípio está previsto no art. 5º da Lei n.º 4.320/1964 “A lei de orçamento não consignará dotações globais destinadas a atender indiferentemente a despesas de pessoal, material, serviços de terceiros, transferências ou quaisquer outras, ressalvado o disposto no art. 20 e seu parágrafo único”. Também encontra amparo legal no § 1º do art. 15 da Lei n.º 4.320/1964: “Na lei de orçamento a discriminação da despesa far-se-á no mínimo por elementos; § 1º Entende-se por elementos o desdobramento da despesa com pessoal, material, serviços, obras e outros meios de que se serve a Administração Pública para consecução dos seus fins.”. (BRASIL, 1964) Além da exceção expressa no art. 5 referente ao art. 20, parágrafo único, da Lei nº 4320/1964 (BRASIL, 1964) que trata sobre “Os programas especiais de trabalho que, por sua natureza, não possam cumprir-se subordinadamente às normas gerais de execução da despesa poderão ser custeadas por dotações globais, classificadas entre as Despesas de Capital.”, também configura como exceção a este princípio, art. 5º, III, b, da LRF, que trata da reserva de contingência, que é uma dotação global para atender a passivos contingentes e outras despesas imprevistas.

3.1.8 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade é um dos princípios fundamentais que norteiam a Administração Pública, cuja previsão expressa neste sentido encontra-se no art. 37 da Constituição Federal. Entretanto, este princípio configura diretamente como princípio orçamentário pelo disposto no art. 165, § 3º “O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, o relatório resumido da execução orçamentária”. (BRASIL, 1988).

Com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal no ano de 2000, esse princípio passou a ser fortalecido por vários dispositivos da lei complementar. Ressalta-se que esta norma legal é pautada pelo princípio da transparência, que será estudado com mais afinco posteriormente neste trabalho, podendo os itens da LRF serem cobrados dentro do princípio da publicidade ou separadamente como princípio da transparência. “A publicidade se afirma como instrumento de transparência e verificação de lisura dos atos praticados [...]” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 315-316)

Em suma, o princípio da publicidade encontra uma vertente orçamentária, porque as decisões envolvendo matéria orçamentária devem ser publicadas em órgão da imprensa oficial, a fim de permitir o controle, a fiscalização da aplicação dos recursos da sociedade.

No que tange a finalidade da publicação, preconiza Paludo, (2013, p. 44):

A publicação torna mais transparente o montante, a destinação e a utilização dos créditos orçamentários, e demonstra: onde, como, em que e para que foram utilizados os recursos públicos, e quais os resultados obtidos e facilita a fiscalização pelos órgãos de controle e pela sociedade. (PALUDO, 2013, p. 44).

3.1.9 Princípio da legalidade

Temos aqui outro princípio fundamental que norteia a Administração Pública, cuja previsão expressa neste sentido encontra-se no art. 37 da Constituição Federal. O princípio da legalidade na vertente orçamentária exige que o gestor público observe os preceitos e normas legais aplicáveis à arrecadação de receitas e à realização de despesas.

Em suma, este princípio impõe que todas as leis orçamentárias e os créditos adicionais devem ser veiculados por leis ou atos equivalentes, como a medida provisória, no caso dos créditos extraordinários.

3.1.10 Princípio da não afetação de receitas

O princípio da não afetação de receitas está previsto no art. 167, IV, da Carta Magna (BRASIL, 1988) cujo dispositivo estabelece tanto qual é a prática vedada, como as exceções a aplicação do princípio.

V - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) (BRASIL, 1988).

3.1.11 Princípio da programação

O princípio da programação determina que o orçamento seja estruturado em programas, que “[...] deve evidenciar os programas de trabalho, servindo como instrumento de administração do Governo, facilitando a fiscalização, gerenciamento e planejamento. Todas as despesas são inseridas no Orçamento sob a forma de programa.”. (PALUDO, 2013, p. 45-46).

3.1.12 Princípio da clareza

O princípio da clareza dita que o orçamento público seja apresentado em linguagem clara e compreensível a todas as pessoas que tenham interesse em matéria orçamentária.

Traz implícita a finalidade de facilitar o controle social, proporcionando a toso sua compreensão mediante uma linguagem facilitada.

3.1.13 Princípio do equilíbrio orçamentário

O princípio do equilíbrio orçamentário tem por preocupação evitar um endividamento descontrolado do ente público, orientando que as despesas autorizadas não sejam superiores à previsão das receitas, ou seja, o déficit orçamentário.

Este princípio encontra respaldo somente na Lei de Responsabilidade Fiscal, já que a Constituição Federal vigente não impõe a obrigatoriedade de observância do equilíbrio orçamentário, ou seja, o texto constitucional não veda, expressamente, o desequilíbrio orçamentário.

3.1.14 Princípio da proibição do estorno

O princípio da proibição do estorno está presente na Constituição Federal de 1988, no inciso VI do art. 167, que veda a “[...] transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa.”. (BRASIL, 1988).

Observe que esse princípio não tem natureza absoluta, haja vista que a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos são permitidos, desde que haja prévia autorização legislativa.

3.3 O PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO

No Brasil, a Constituição Federal trata nos incisos de I a III do art. 165 sobre o princípio e sistema de planejamento orçamentário, o qual constitui-se de três leis de iniciativa do poder executivo que se complementam: a Lei do Plano Plurianual (PPA); a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO); e a Lei Orçamentária Anual (LOA). (BRASIL, 1988).

A Lei do Plano Plurianual (PPA) é aquela que estabelecerá “[...] de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.”. (BRASIL, 1988).

No que diz respeito à Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA), nos termos do parágrafo 2º, parágrafo 5º e incisos do art. 165 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), respectivamente, compreenderá:

§ 2º A lei de diretrizes orçamentárias as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

[...]

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público. (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal de 1988 determina, em seu Art. 165, § 9º (BRASIL, 1988), que cabe a lei complementar dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei de Orçamentária Anual e estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da Administração Direta e Indireta, bem como condições para instituição e funcionamento de fundos.

Entretanto, até o momento não foi elaborada nenhuma lei complementar que trate de todos os temas relacionados, mas a Lei n. 4.320/64 e a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF regulam diversos dos aspectos relacionados na Carta Magna. A Lei n. 4.320/64, apesar de originalmente ter sido aprovada como lei ordinária, possui *status* de lei complementar, só podendo ser alterada por norma de mesma categoria.

Sendo assim, enquanto não for produzida a lei complementar mencionada acima, a elaboração das leis dispostas nos incisos de I a III da Constituição Federal (BRASIL, 1988), obedecem às normas do § 2º e seus incisos do Art. 35 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCTs), que determinam:

§ 2º Até a entrada em vigor da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º, I e II, serão obedecidas as seguintes normas:

I - o projeto do plano plurianual, para vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente, será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa;

II - o projeto de lei de diretrizes orçamentárias será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa;

III - o projeto de lei orçamentária da União será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa. (BRASIL, 1988).

Segundo Azevedo e Aquino (2016, p.65), é possível explicar que anteriormente ao modelo criado pela Constituição Federal de 1988, com as de três leis (PPA-LDO-LOA), o planejamento praticamente inexistia no setor público brasileiro. O instrumento mais próximo de planejamento era o chamado Orçamento Plurianual de Investimentos (OPI), que tinha vigência para 3 anos, e previa dotações como despesa de capital, sem definição de metas.

Já a Lei de Responsabilidade Fiscal tem a ação planejada como um dos pressupostos da responsabilidade na gestão fiscal, a qual suas normas de finanças públicas são voltadas, destina o capítulo III para tratar especificamente sobre o planejamento. Formado inicialmente por 4 (quatro) seções, faremos algumas observações a respeito de cada uma (BRASIL, 2000):

a) Seção I- Do Plano Plurianual: era para ser formada pelo art. 3, mas o dispositivo foi objeto de veto pelo Presidente da República, sob o argumento de o prazo aprovado no Senado

Federal, que previa a antecipação, em cento e vinte dias do prazo para remessa da proposta do PPA ao Legislativo (até o final de maio), entre outras exigências, era exíguo e, inviabilizaria o aperfeiçoamento metodológico do PPA, bem como a seleção mais criteriosa de programas e ações prioritárias de governo; (NASCIMENTO e DEBUS, 2002, p. 16).

b) Seção II- Da Lei de Diretrizes Orçamentárias: formada pelo art. 4, o dispositivo legal atribui ao instrumento de planejamento orçamentário LDO novas e importantes funções, além das já mencionadas no §2º do art. 165 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), entre elas: dispor sobre o equilíbrio entre receitas e despesas; estabelecer critérios e formas de limitação de empenho, na ocorrência de arrecadação da receita inferior ao esperado, de modo a comprometer as metas de resultado primário e nominal previstas para o exercício; dispor sobre o controle de custos e avaliação dos resultados dos programas financiados pelo orçamento; disciplinar as transferências de recursos a entidades públicas e privadas; quantificar o resultado primário a ser obtido com vistas à redução do montante da dívida e das despesas com juros; estabelecer limitações à expansão de despesas obrigatórias de caráter continuado.; (NASCIMENTO e DEBUS, 2002, p. 17).

c) Seção III- Da Lei Orçamentária Anual: Formada pelos arts. de 5 a 7, também atribui novas funções ao instrumento de planejamento orçamentário LOA, dos quais destacam-se: O demonstrativo da compatibilidade da programação do orçamento com as metas da LDO previstas no respectivo Anexo de Metas Fiscais; A previsão da reserva de contingência, em percentual da RCL, destinada ao pagamento de restos a pagar e passivos contingentes, além de outros imprevistos fiscais; A LOA deverá apresentar as despesas relativas à dívida pública, mobiliária ou contratual e respectivas receitas, sendo o refinanciamento da dívida (e suas receitas) demonstrado de forma separada, tanto na LOA como nas leis de créditos adicionais.; (NASCIMENTO e DEBUS, 2002, p. 19).

d) Seção IV- Da Execução Orçamentária e do Cumprimento das Metas: Formada pelos arts. de 8 a 10. O art. 8 trata sobre o prazo para o Poder Executivo estabelecer a programação

financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso; Já o art. 9º prevê o chamado “contingenciamento de dotações” que é a limitação de empenho e movimentação financeira, nos trinta dias subsequentes, se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar as metas de resultado primário ou nominal estabelecidos para o exercício; e o art. 10 faz menção ao procedimento orçamentário e financeiro para a elaboração da ordem cronológica para pagamento de precatórios, nos termos da CF. (NASCIMENTO e DEBUS, 2002, p. 20).

3.4 DA TRANSPARÊNCIA, CONTROLE E FISCALIZAÇÃO NA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

A Lei de Responsabilidade Fiscal destina um capítulo sobre o tema, com o título “Da Transparência, Controle e Fiscalização” (artigos 48 a 59).

Conforme já mencionado neste presente trabalho, a transparência é considerada um princípio de gestão fiscal. Este princípio foi introduzido pela LRF, e tem como finalidade, dentre outras, disponibilizar ao público acesso a informações relativas às atividades financeiras dos entes públicos e estabelecer, de forma clara e previamente estabelecida, os procedimentos necessários à divulgação dessas informações. Este princípio vem de encontro com o princípio constitucional da publicidade, mas ultrapassa o seu significado. Para efeito da LRF (BRASIL, 2000), consideram-se instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público:

- a) Os planos, orçamentos e leis orçamentárias; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária;
- b) As prestações de contas e o respectivo parecer prévio e suas versões simplificadas;
- c) O incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;
- d) A liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;

- e) A adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União;
- f) A disponibilização a qualquer pessoa física ou jurídica ao acesso à informação quanto à:
 - 1) receita, seu lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários e,
 - 2) despesa todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado.

A transparência como princípio da gestão fiscal, aparece inicialmente na Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 48, o qual foi regulamentado pela Lei Complementar 131, de 27 de maio de 2009, a “Lei da Transparência”:

Na acepção de Paludo (2013, p. 44), “[...] os itens da LRF tanto podem ser cobrados dentro do princípio da publicidade ou separadamente como princípio da transparência – e visam criar condições para o exercício do controle social sobre os gastos públicos.”

Para Mendes (2012, p. 395) “O princípio da transparência ou da clareza foi estabelecido pela Constituição de 1988 como pedra de toque do Direito Financeiro. Poderia ser considerado mesmo um princípio constitucional vinculado à ideia de segurança orçamentária”.

No que diz respeito ao controle e a fiscalização, a LRF estabelece que a prestação de contas é de fundamental importância para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

O controle mencionado no art. 31 da Constituição Federal já foi abordado neste trabalho no subcapítulo 2.2. Já no caso da LRF, a própria lei complementar é um instrumento de controle em si, haja vista que tem ele como uma de suas finalidades. Afere-se a importância do controle para ela, pela quantidade de vezes que a palavra “controle” surge em seus dispositivos.

Apesar de não constar no título do capítulo da LRF abordado aqui, ele disciplina sobre as prestações de contas em sua seção V (arts. 56 a 58), que são também métodos de controle. Em suma, os pontos mais relevantes desta seção estabelecem que:

- a) Na prestação de contas do chefe do Poder Executivo serão incluídas também as contas dos Presidentes dos Órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, e do chefe do Ministério Público, as quais receberão parecer

prévio, separadamente, do respectivo Tribunal de Contas (art. 56, LRF).

- b) Nos termos do art. 57, da LRF, o parecer prévio deve ser conclusivo e emitido no prazo de 60 dias, exceto para os Municípios que não sejam capitais e que tenham menos de duzentos mil habitantes, em que o prazo será de cento e oitenta dias. Destaca-se que, enquanto houver contas pendentes de parecer prévio, o Tribunal de Contas não pode entrar em recesso.
- c) A prestação de contas deverá demonstrar o desempenho da arrecadação em relação à previsão, evidenciando as providências adotadas na fiscalização das receitas e no combate à sonegação, as ações de recuperação de créditos nas instâncias administrativa e judicial, e ainda, as demais medidas para incremento das receitas tributárias e de contribuições (art. 58, LRF).

A fiscalização da gestão fiscal determina que o titular do controle é o Poder Legislativo, contudo, ele é auxiliado pelos Tribunais de Contas. Isso não exclui o controle interno de cada órgão ou entidade, que deve, diante da constatação de algum desvio, comunicar o controle externo, sob pena de responsabilidade solidária. Ainda, os incisos e parágrafos do art. 59 da LRF, enfatizam o cumprimento das normas referentes:

[...] I - atingimento das metas estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias; II - limites e condições para realização de operações de crédito e inscrição em Restos a Pagar; III - medidas adotadas para o retorno da despesa total com pessoal ao respectivo limite, nos termos dos arts. 22 e 23; IV - providências tomadas, conforme o disposto no art. 31, para recondução dos montantes das dívidas consolidada e mobiliária aos respectivos limites; V - destinação de recursos obtidos com a alienação de ativos, tendo em vista as restrições constitucionais e as desta Lei Complementar; VI - cumprimento do limite de gastos totais dos legislativos municipais, quando houver. § 1º Os Tribunais de Contas alertarão os Poderes ou órgãos referidos no art. 20 quando constatarem: I - a possibilidade de ocorrência das situações previstas no inciso II do art. 4º e no art. 9º; II - que o montante da despesa total com pessoal ultrapassou 90% (noventa por cento) do limite; III - que os montantes das dívidas consolidada e mobiliária, das operações de crédito e da

concessão de garantia se encontram acima de 90% (noventa por cento) dos respectivos limites; IV - que os gastos com inativos e pensionistas se encontram acima do limite definido em lei; (BRASIL, 2000).

3.5 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE

O princípio da Responsabilidade nada mais é do que o dever maior de qualquer gestor arrecadar o máximo permitido em lei e só gastar até o limite de sua receita, obedecendo aos parâmetros fixados por lei.

Este princípio encontra-se expresso na LRF, em seu art. 11, que estabelece “constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da federação”.

3.6 APURAÇÃO DA RECEITA CORRENTE LÍQUIDA (RCL)

O conceito de receita corrente líquida (RCL) encontra-se expresso no inciso IV do art. 2 da LRF (BRASIL, 2000) e preceitua que é “somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos [...]”. A LRF adota a RCL como parâmetro para “[...] verificação de recursos, para o cumprimento de metas em geral, e para estabelecimento de limites para despesas com pessoal e endividamento, compatível com a responsabilidade fiscal exigida por essa lei.” (PALUDO, 2013, p. 323).

As deduções que devem ser efetuadas para a apuração da RCL estão previstas nas alíneas a, b e c do inciso IV do art. 2º da LRF, bem como observações para a sua apuração no nos §§ de 1 a 3. As deduções do cálculo da RCL, no caso dos municípios são:

- a) As contribuições dos Servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social;
- b) As receitas provenientes da compensação financeira entre o regime Geral de previdência e o Regime Próprio dos Servidores Públicos;
- c) Os valores do FUNDEB (já estão inclusos no FPM, ICMS, IPI-exp., ITCMD, IPVA e ITR).

A respeito do FUNDEB, ressalta Paludo (2013, p. 324):

Importante lembrar que o FUNDEB adota uma sistemática específica para a arrecadação e distribuição dos recursos. Os recursos que compõem esse fundo são oriundos de percentuais incidentes sobre outras receitas como FPE, FPM, ICMS, IPVA etc., que já integram o cálculo da RCL pelos seus valores brutos. Como os recursos do Fundeb devem também compor a base de cálculo da receita corrente líquida tem-se o caso de duplicidade: o mesmo recurso ingressando duas vezes na base de cálculo. Como o § 3º do art. 2º da LRF determina que sejam excluídas as duplicidades, deve ser excluído da base de cálculo o valor correspondente ao valor pago do FUNDEB (inclui o valor recebido e exclui o valor pago). (PALUDO, 2013, p. 324).

Para Cruz (2015, p. 100) “As receitas correntes constituem a principal categoria econômica de receitas dos municípios e são base para o cálculo da Receita Corrente Líquida, a qual foi definida pela LRF como parâmetro para acompanhamento dos limites fiscais.”.

3.7 OS LIMITES DA DESPESA COM PESSOAL

Os limites para as despesas com pessoal foram regulamentados na LRF para cumprir o disposto no art. 169 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que assim dispõe: “a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar”.

A respeito desta preocupação constitucional de impor esses limites, explica Paludo (2013, p. 330), que:

O motivo dessa preocupação constitucional, e da exigência de lei complementar para cuidar da matéria, é que as despesas com pessoal disputam com a dívida pública quanto ao maior item de despesa no setor público, mas com um agravante – a dívida pode ser reduzida ou mesmo paga – e as despesas com pessoal perduram durante toda a vida do servidor e continuam com seus pensionistas. Além disso, os gastos excessivos com pessoal em muitos estados e municípios, na época de elaboração da LRF, eram superiores aos limites fixados pela lei, chegando, em alguns casos, a ultrapassar a própria receita corrente líquida do ente público.

A Lei de Responsabilidade Fiscal conceitua no *caput* do art. 18 despesa total com pessoal como sendo:

[...] o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência. (BRASIL, 2000).

São computados na despesa total com pessoal, os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos. A apuração dos gastos com pessoal será feita com base em um período de 12 meses, somando-se o mês em referência com as dos onze imediatamente anteriores.

Os Municípios não podem ultrapassar o limite de despesas com pessoal de 60% (sessenta por cento) da receita corrente líquida, sendo 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver; e 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo (arts. 19, III, e 20, inciso III, alíneas a e b, LRF).

Para os Municípios, não serão computadas no limite das despesas de pessoal dispostas nos incisos I, II, IV e VI e suas alíneas *a*, *b* e *c*, do § 1º do art. 19 da LRF (BRASIL, 2000):

§ 1º Na verificação do atendimento dos limites definidos neste artigo, não serão computadas as despesas:

I - de indenização por demissão de servidores ou empregados;

II - relativas a incentivos à demissão voluntária;

[...]

IV - decorrentes de decisão judicial e da competência de período anterior ao da apuração a que se refere o § 2º do art. 18;

[...]

VI - com inativos, ainda que por intermédio de fundo específico, custeadas por recursos provenientes:

- a) da arrecadação de contribuições dos segurados;
- b) da compensação financeira de que trata o § 9º do art. 201 da Constituição;
- c) das demais receitas diretamente arrecadadas por fundo vinculado a tal finalidade, inclusive o produto da alienação de bens, direitos e ativos, bem como seu superávit financeiro. (BRASIL, 2000).

O art. 21 da LRF (BRASIL, 2000) com nova redação dada e inclusões de regras pela Lei Complementar 173/2020, que será abordada no subcapítulo 3.9, considera nulo de pleno direito:

Art. 21. É nulo de pleno direito: (Redação dada pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

I - o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:

a) às exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar e o disposto no inciso XIII do caput do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição Federal; e (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

b) ao limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

II - o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20; (Redação dada pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

III - o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal que preveja parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão

referido no art. 20; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

IV - a aprovação, a edição ou a sanção, por Chefe do Poder Executivo, por Presidente e demais membros da Mesa ou órgão decisório equivalente do Poder Legislativo, por Presidente de Tribunal do Poder Judiciário e pelo Chefe do Ministério Público, da União e dos Estados, de norma legal contendo plano de alteração, reajuste e reestruturação de carreiras do setor público, ou a edição de ato, por esses agentes, para nomeação de aprovados em concurso público, quando: (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

a) resultar em aumento da despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo; ou (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

b) resultar em aumento da despesa com pessoal que preveja parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo. (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

§ 1º As restrições de que tratam os incisos II, III e IV: (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

I - devem ser aplicadas inclusive durante o período de recondução ou reeleição para o cargo de titular do Poder ou órgão autônomo; e (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

II - aplicam-se somente aos titulares ocupantes de cargo eletivo dos Poderes referidos no art. 20. (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

§ 2º Para fins do disposto neste artigo, serão considerados atos de nomeação ou de provimento de cargo público aqueles referidos no § 1º do art. 169 da Constituição Federal ou aqueles que, de qualquer modo, acarretem a criação ou o aumento de

despesa obrigatória. (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020) (BRASIL, 2000).

Segundo o art. 22 da LRF (BRASIL, 2000) “A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre.”. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, tratado como limite prudencial, são vedados ao Poder ou órgão que houver incorrido no excesso, nos termos dos incisos do § único do mesmo mencionado neste parágrafo:

I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;

II - criação de cargo, emprego ou função;

III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;

V - contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias. (BRASIL, 2000).

Em caso da despesa total com pessoal do Poder ou órgão, ultrapassar os limites definidos, sem prejuízos das demais medidas expressas no art. 22 e transcritas acima, o percentual excedente deverá ser eliminado nos dois quadrimestres subsequentes, condicionado a redução de pelo menos um terço no primeiro, aderindo, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que assim dispõe:

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - exoneração dos servidores não estáveis. (Vide Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988)

A LRF estabelece, ainda, que no caso de o Poder ou órgão ultrapassar os limites da despesa de pessoal, seria possível a redução de vencimentos dos servidores como uma das providências para a redução do percentual excedido, seja pelo disposto no § 1º do art. 23 “no caso do inciso I do § 3º do art. 169 da Constituição, o objetivo poderá ser alcançado tanto pela extinção de cargos e funções quanto pela redução dos valores a eles atribuídos”, ou no § 2º do mesmo art. “é facultada a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária.” . Entretanto, esses dispositivos são objetos da Ação Direta de Inconstitucionalidade no STF nº 2.238-5, que suspendeu a aplicação dos dispositivos por decisão liminar em 2012.

Não sendo efetuada a redução no prazo estabelecido, enquanto perdurar o excesso, ao Poder ou órgão serão impostas as sanções institucionais previstas na LRF. As sanções institucionais tem natureza financeira e, atingem o próprio ente federativo, órgão ou poder que descumprir uma regra que lhe foi imposta em matéria financeira. Essas sanções correspondem à interrupção de transferências voluntárias, ao impedimento de obter garantia, direta ou indireta, de outro ente e a impossibilidade para contratar operações de crédito, exceto as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal. A respeito da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes na LRF, excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social. (Arts. 23, § 3º e 25 §3º, LRF).

A Lei Complementar 164/2018, incluiu no art. 23 da LRF uma exceção as regras para o cumprimento dos limites de despesas com pessoal, retirando as restrições aos

municípios no caso de o limite ser ultrapassado por queda na arrecadação, com produção de efeitos a partir do exercício financeiro de 2019:

§ 5º As restrições previstas no § 3º deste artigo não se aplicam ao Município em caso de queda de receita real superior a 10% (dez por cento), em comparação ao correspondente quadrimestre do exercício financeiro anterior, devido a: (Incluído pela Lei Complementar nº 164, de 2018)

I – diminuição das transferências recebidas do Fundo de Participação dos Municípios decorrente de concessão de isenções tributárias pela União; e (Incluído pela Lei Complementar nº 164, de 2018)

II – Diminuição das receitas recebidas de royalties e participações especiais. (Incluído pela Lei Complementar nº 164, de 2018)

§ 6º O disposto no § 5º deste artigo só se aplica caso a despesa total com pessoal do quadrimestre vigente não ultrapasse o limite percentual previsto no art. 19 desta Lei Complementar, considerada, para este cálculo, a receita corrente líquida do quadrimestre correspondente do ano anterior atualizada monetariamente. (Incluído pela Lei Complementar nº 164, de 2018) (BRASIL, 2000).

Atualmente, com a aplicação dessas regras da LRF estudadas aqui a respeito da despesa total com pessoal, é possível identificar que uma parcela significativa dos Municípios vem enfrentando dificuldades para cumprirem os limites impostos. É o caso de 162 prefeituras paulistas, segundo dados do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP) com base nos dados do último quadrimestre/2019. Ressalta-se que dos 644 Municípios jurisdicionados, 219 descumpriram os prazos estabelecidos, o que torna a situação ainda mais preocupante. O TCESP (2020) detalha:

Limite de Alerta

Do total das Prefeituras, 104 atingiram o chamado Limite de Alerta – 90% dos 54% permitidos para gastos com pessoal. De acordo com a LRF, esses municípios terão que fazer adaptações e remanejamentos, como: reduzir as despesas com cargos em

comissão e de confiança; exonerar servidores não estáveis e evitar contratações não fundamentais.

Limite Prudencial

O balanço do último quadrimestre de 2019 também mostra que as despesas totais com pessoal de 45 administrações municipais excederam 95% do permitido (conhecido como Limite Prudencial), o que significa que já atingiram entre 51,3% e 54% da RCL.

Em consequência, as vedações a esses entes incluem concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração; criação de cargo, emprego ou função; alteração de estrutura de carreira que implique em aumento de despesa; provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal; além de contratação e pagamento de hora extra.

Acima de 100%

A situação mais grave encontrada está em 13 Prefeituras do Estado, uma vez que ultrapassaram 100% dos limites definidos pela LRF. Isso os obriga a cumprir uma série de exigências: extinguir cargos e funções, reduzir temporariamente a jornada de trabalho, deixar de receber transferências voluntárias ou obter garantia – direta ou indireta –, e não fazer contratação de operações de crédito, exceto em relação a refinanciamento da dívida mobiliária e que vise à redução das despesas com pessoal. (TCESP, 2020)

3.8 AS VEDAÇÕES IMPOSTAS ÚLTIMO ANO DE MANDATO

A LRF apresenta como objetivo básico a melhoria da administração das contas públicas, e nesta acepção apresenta vedações no último ano de mandato como mecanismos próprios de controle das finanças públicas. Essas vedações são referentes a:

Despesas com Pessoal: Ato que resulte em aumento da despesa com pessoal, expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20 (art. 21, II, da LRF).

Operações de Crédito (AROs): Contratar operação de crédito por antecipação de receita – ARO (art. 38, inciso IV, alínea "b", da LRF).

Demais Operações de Crédito: O Senado Federal, órgão competente para fixar limites e condições para Operações de Crédito (art. 32, §1º, III, da LRF), veda a contratação de operação de crédito nos 120 (cento e vinte) dias anteriores ao final do mandato, excetuando o refinanciamento da dívida mobiliária, as operações já autorizadas pelo Senado Federal antes desse período.

Restos a Pagar: Contrair, nos dois últimos quadrimestres do mandato, obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte, sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito (art. 42 da LRF).

3.9 DA CALAMIDADE PÚBLICA

A Lei de Responsabilidade Fiscal prevê algumas excepcionalidades em relação a aplicação de determinadas regras impostas por ela em caso de ocorrência de calamidade pública, desde que reconhecida pelo legislativo federal, no caso da União, ou estadual, no caso dos Estados e Municípios.

Estabelece o art. 65 da LRF (BRASIL, 2000) que:

Art. 65. Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembleias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação:

I – serão suspensas a contagem dos prazos e as disposições estabelecidas nos arts. 23 , 31 e 70;

II – serão dispensados o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º.

§ 1º Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, nos termos de decreto legislativo, em parte

ou na integralidade do território nacional e enquanto perdurar a situação, além do previsto nos incisos I e II do caput: (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

I - serão dispensados os limites, condições e demais restrições aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como sua verificação, para: (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

a) contratação e aditamento de operações de crédito; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

b) concessão de garantias; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

c) contratação entre entes da Federação; e (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

d) recebimento de transferências voluntárias; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

II - serão dispensados os limites e afastadas as vedações e sanções previstas e decorrentes dos arts. 35, 37 e 42, bem como será dispensado o cumprimento do disposto no parágrafo único do art. 8º desta Lei Complementar, desde que os recursos arrecadados sejam destinados ao combate à calamidade pública; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

III - serão afastadas as condições e as vedações previstas nos arts. 14, 16 e 17 desta Lei Complementar, desde que o incentivo ou benefício e a criação ou o aumento da despesa sejam destinados ao combate à calamidade pública. (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

§ 2º O disposto no § 1º deste artigo, observados os termos estabelecidos no decreto legislativo que reconhecer o estado de calamidade pública: (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

I - aplicar-se-á exclusivamente: (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

a) às unidades da Federação atingidas e localizadas no território em que for reconhecido o estado de calamidade pública pelo Congresso Nacional e enquanto perdurar o referido estado de calamidade; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

b) aos atos de gestão orçamentária e financeira necessários ao atendimento de despesas relacionadas ao cumprimento do decreto legislativo; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

II - não afasta as disposições relativas a transparência, controle e fiscalização. (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

§ 3º No caso de aditamento de operações de crédito garantidas pela União com amparo no disposto no § 1º deste artigo, a garantia será mantida, não sendo necessária a alteração dos contratos de garantia e de contragarantia vigentes. (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020) (BRASIL, 2000)

Antes de discorrermos sobre quais são essas disposições que tem a contagem de prazos suspensas, o que passa a ser dispensado e as inovações trazidas pelo advento da Lei Complementar 173, de 27 de maio de 2020, é importante compreendermos o que é a calamidade pública e, para tanto precisamos conceituar também desastre e situação de emergência. No Brasil, tais conceitos estão expressos nos incisos de II a IV do art. 2º do Decreto 7.257, de 04 de agosto de 2010 (BRASIL, 2010), que assim dispõe:

Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, considera-se: [...]

II - desastre: resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais;

III - situação de emergência: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido;

IV - estado de calamidade pública: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o

comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido; (BRASIL, 2010).

Nota-se no conceito dos dois últimos que ambos são decorrentes de um desastre que provoca uma situação atípica, causando danos e prejuízos que implicam o comprometimento da capacidade de resposta do poder público do ente atingido, mas na situação de emergência esse comprometimento é parcial enquanto no estado de calamidade pública é substancial. Portanto, a distinção entre os dois está na proporção dos danos e prejuízos decorrentes do desastre, sendo que no estado de calamidade pública eles são mais graves.

Uma vez compreendido o que é calamidade pública, vamos abordar quais são as excepcionalidades dispostas nos incisos do art. 65 transcritos anteriormente.

No que diz respeito a suspensão dos prazos mencionada no inciso I, elas se referem a contagem dos prazos do art. 23 da LRF para reduzir as despesas de pessoal, conforme já abordado no subcapítulo 3.7, não ficando também o Ente impedido de receber transferências voluntárias e obter garantia de outro Ente; do art. 31 da LRF que dispõe sobre o prazo de recondução até o término dos três subsequentes, reduzindo o excedente em pelo menos 25% (vinte e cinco por cento) no primeiro, caso a dívida consolidada de um ente da Federação ultrapasse o respectivo limite ao final de um quadrimestre, não ficando também o Ente impedido de realizar operações de crédito; do art. 70 da LRF que foi aplicável até dois exercícios seguintes ao da publicação da LC 101/2000 para os Entes que estavam com a despesa total com pessoal no exercício anterior a ela acima dos limites estabelecidos no arts. 19 e 20 da mesma legislação.

Conforme já mencionado, além das suspensões de prazos detalhadas no parágrafo anterior, com o reconhecimento da calamidade pública pelo Congresso Nacional ou Assembleia Legislativa, a depender do caso, nos termos do inciso II do dispositivo legal, passam a ser dispensadas as exigências do art. 9 da LRF que trata da avaliação do cumprimento das metas fiscais; e a adoção dos limites de empenho (contingenciamento) das despesas em caso não atingimento das metas fiscais.

Como pode-se observar na transcrição do art. 65 da LRF constante no início deste subcapítulo, os § de 1 a 3, juntamente com seus incisos e alíneas foram incluídos pela Lei Complementar 173/2020, a qual estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Em suma, nota-se pela própria ementa da Lei Complementar, que essa alteração da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, especialmente no que diz respeito as excepcionalidades do estado de calamidade pública, se fez necessária tendo em vista que nos termos atuais, o estado de calamidade pública reconhecido até 31 de dezembro de 2020, por meio do Decreto Legislativo 6/2020, publicado em 20 de março, é inédito em nível federal.

Isto porque atualmente vivenciamos uma pandemia com o surgimento e disseminação pelo mundo da Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19). O Brasil teve seu primeiro caso da doença confirmado em 26 de fevereiro de 2020. Desde então os números de casos confirmados e óbitos não param de crescer. Por se tratar de uma doença de alto índice de contágio, a OMS (Organização Mundial da Saúde) recomenda o isolamento social como a alternativa de combate a Covid-19 mais eficaz.

Diante desse cenário narrado acima, os representantes do Poder Executivo brasileiro nas três esferas da federação, em consonância com os demais estados nacionais, subnacionais e organismos internacionais, iniciaram medidas visando a contenção da disseminação da doença e diminuir os impactos negativos na saúde da população e na economia, tendo em vista que em casos mais graves da mesma, é necessária a ajuda de respiradores mecânicos, e o SUS (Sistema Único de Saúde) não consegue suprir a demanda em caso de contaminação em massa da população brasileira, o que pode acarretar no colapso do sistema e levar muitas pessoas ao óbito por falta do equipamento.

Apesar de todos os esforços dos governos, os números de casos da doença no Brasil continuam avançando, conforme já mencionado, fazendo com que as medidas de contenção da doença como o isolamento social continuem sendo impostas, com limitações das atividades comerciais, o que automaticamente eleva os gastos do poder público, pois tem que auxiliar financeiramente empresários e funcionários que tem suas fontes de rendas comprometidas, sem contar a necessidade do aumento no investimento na saúde pública do país para atender a demanda de brasileiros contaminados, e conseqüentemente tenha uma queda na arrecadação tributária, haja vista que com a maior parte do comércio impossibilitado de desenvolver suas atividades da início a uma crise econômica sem precedentes atuais. Entretanto, apesar do impacto na economia, a prioridade é preservar e proteger a vida.

Todas essas situações elencadas em relação ao enfrentamento da pandemia da Covid-19, fez com que as excepcionalidades trazidas no art. 65 da LRF ficassem em evidência e necessitassem de ser aplicadas a nível nacional, como já dito anteriormente. Com isso, os legisladores federais vislumbraram a necessidade de estabelecer mais regras e aumentar as dispensas dos limites e afastamentos das vedações e sanções impostas pela LRF no caso de ter a ocorrência da calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, nos termos de decreto legislativo, em parte ou na integralidade do território nacional e enquanto perdurar a situação, através da Lei Complementar 173/2020.

Sendo assim, além das suspensões da contagem de prazos e dispensas previstas nos incisos I e II do *caput* art. 65 da LRF, de acordo com o § 1º e seguintes do mesmo dispositivo legal, prevê a suspensão de diversos dispositivos da LRF na ocorrência da calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, nos termos de decreto legislativo, em parte ou na integralidade do território nacional e enquanto perdurar a situação, conforme pode-se observar na transcrição no início deste subcapítulo.

Dentre os dispositivos da LRF suspensos na hipótese descrita no § 1º do art. 65 da LRF, é importante detalhar de quais se tratam os citados nos incisos II e III, haja vista que o inciso I já tem as situações dispostas em suas alíneas.

O inciso II do §1º do art. 65, passa a dispensar os limites e afastar as vedações e sanções previstas e decorrentes dos seguintes dispositivos da LRF que:

- a)** Veda a realização de operação de crédito entre os Entes (art. 35, LRF);
- b)** Estipula quais são as ações que equiparam-se a operações de créditos e estão vedadas, dentre elas: antecipação de receita de tributo ou tributação, antes da ocorrência do seu fato gerador; antecipação de valores por empresa estatal, com exceção de lucros e dividendos; assunção de obrigação sem autorização orçamentária com fornecedores de bens e serviços para pagamento posterior; assumir compromisso com fornecedor de bens ou mercadorias mediante a emissão de aceite ou aval de títulos de crédito (art. 37, LRF);
- c)** Veda ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito (art. 42, LRF).

Além disso, será dispensado o cumprimento do disposto no parágrafo único do art. 8 da LRF que assim dispõe "os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso" (BRASIL, 2000), desde que os recursos sejam destinados ao combate da calamidade pública.

Por fim, o inciso III do §1º, do art. 65 da LRF permite também o afastamento das condições e vedações previstas nos artigos 14, 16 e 17 da LRF, ou seja, ficam afastadas as exigências de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação ou expansão referentes a:

- a) incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita, prevista no art. 14 da LRF;
- b) ação governamental que acarrete aumento da despesa, prevista no art. 16 da LRF;
- c) atos que criarem ou aumentarem despesa obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios, conforme art. 17 da LRF.

3.10 CONCEITOS BÁSICOS DOS PRINCIPAIS PONTOS DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL QUE NÃO FORAM ABORDADOS

A receita pública sempre deverá ser prevista. É por meio dela que o Estado realiza suas atividades. Por isso, constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação. Agora, em relação aos impostos, caso alguma entidade da Federação não institua todos os seus impostos, ela fica proibido de receber transferências voluntárias de outra entidade da Federação.

No que tange a despesa pública, a regra básica da LRF (art. 15), diz que para todo e qualquer aumento de despesa pode ser assim traduzida: toda e qualquer despesa que não esteja acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos três primeiros exercícios de sua vigência, da sua adequação orçamentária e financeira com a LOA, o PPA e a LDO e, no caso de despesa obrigatória de caráter continuado, de suas medidas compensatórias, é considerada: não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público.

Já sobre as transferências voluntárias, o breve capítulo V da LRF estabelece as condições para a realização das transferências voluntárias de recursos entre os entes da Federação, mais ou menos na linha de procedimento que já era adotada pelo Governo Federal, ao longo da última década. As transferências voluntárias compreendem a entrega de recursos correntes e de capital, de um ente para outro, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, com exceção daqueles que decorram de determinação constitucional, legal ou destinados ao SUS. (NASCIMENTO e DEBUS, 2002, p. 33).

A operação de crédito é o compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens,

recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros. Equipara-se a operação de crédito a assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívidas pelo ente da Federação.

Receitas de capital são as que aumentam as disponibilidades financeiras do Estado e são instrumentos de financiamento dos programas e ações orçamentários, a fim de se atingirem as finalidades públicas. Porém, de forma diversa das receitas correntes, as receitas de capital em geral não provocam efeito sobre o Patrimônio Líquido. De acordo com o §2º do art. 11 da Lei no 4.320/1964, receitas de capital são as provenientes tanto da realização de recursos financeiros oriundos da constituição de dívidas e da conversão, em espécie, de bens e direitos, quanto de recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado e destinados a atender despesas classificáveis em despesas de capital e, ainda, o superávit do orçamento corrente.

No que diz respeito as receitas correntes, estas são arrecadadas dentro do exercício financeiro, aumentam as disponibilidades financeiras do Estado, em geral com efeito positivo sobre o Patrimônio Líquido e constituem instrumento para financiar os objetivos definidos nos programas e ações correspondentes às políticas públicas. De acordo com o §1º do art. 11 da Lei nº 4.320/1964, classificam-se como correntes as receitas provenientes de tributos; de contribuições; da exploração do patrimônio estatal (patrimonial); da exploração de atividades econômicas (agropecuária, industrial e de serviços); de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em despesas correntes (transferências correntes); por fim, demais receitas que não se enquadram nos itens anteriores (outras receitas correntes).

CAPÍTULO IV – A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Inicialmente, abordaremos o direito à saúde, que encontra-se expresso na Constituição Federal de 1988 no título II, "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", capítulo II, "Dos Direitos Sociais", art. 6º (BRASIL, 1988) o qual estabelece que "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

A Carta Magna também trata do direito a saúde, definindo como deve ser a universalidade, no art. 196 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que

visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.”.

A efetivação deste direito social constitucional vai criando forma com o vigor da Lei nº 8.080/90 que instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS) e, determinou a criação das políticas públicas de saúde. A implantação do SUS foi realizada de forma gradual: primeiro veio o SUDS; depois, a incorporação do Instituto de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) ao Ministério da Saúde (Decreto nº 99.060, de 7 de março de 1990); e por fim a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990), já mencionada. O INAMPS só foi extinto em 27 de julho de 1993 pela Lei nº 8.689.

No Brasil, apesar da expressa previsão constitucional, existem inúmeras dificuldades para se efetivar com eficiência a aplicação dos direitos sociais, especialmente o da saúde. Esse fator corrobora para que, os cidadãos, venham, cada vez mais, recorrendo ao Poder Judiciário em busca da efetivação desses direitos. A partir de então, passou-se ao embate sobre o tema: judicialização da saúde, ou judicialização da política social.

No que tange aos direitos sociais, importante ressaltar que possuem uma estrutura complexa, haja vista que, são ao mesmo tempo direitos individuais e coletivos e, se torna complicado opinar sobre isso.

De acordo com Mendes e Branco (2017, p. 626):

O processo de judicialização individual é marcadamente assimétrico e, por isso, não logra universalizar os direitos que devem ser prestados pelo Estado. O Supremo Tribunal Federal tem desempenhado, como órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, um importante papel no sentido de estabelecer critérios para a concretização de direitos sociais. (MENDES e BRANCO, 2017, p. 626).

Atualmente, as demandas judiciais relacionadas a saúde contra União, Estados e Municípios aumentam desenfreadamente, exigindo o redimensionamento e adequação de recursos para o cumprimento das decisões judiciais que, via de regra, são concedidas através de tutelas provisórias com prazos exíguos e previsão de multas em valores elevados em caso de não cumprimento da determinação, que obrigam, na maioria das vezes, os Entes Federados a passarem por cima de diversos deveres legais para atender a determinação.

A respeito do impacto no planejamento e orçamento do SUS, Anjos et al (2019, p.17):

A judicialização da saúde tem incidido praticamente sobre a totalidade dos objetos técnicos em saúde conduzidos pelos entes federados, com impacto sobre o planejamento e a orçamentação do SUS, além de gerar, em outro sentido, a consolidação de entendimentos e jurisprudências que afetam o

sistema jurídico, o sistema público de saúde e o interesse dos sujeitos ampla e indistintamente. (ANJOS, 2019, p.17)

Neste aspecto orçamentário e financeiro, os Municípios de pequeno porte são os que mais são afetados, mesmo cumprindo solidariamente com o Estado e a União em alguns casos. Isto porque existem fármacos, tratamentos e procedimentos médicos de custos altíssimos, que proporcionalmente pesam muitos mais para esses Entes Federados que, em sua maioria, já contam com uma receita escassa.

No que diz respeito ao princípio da reserva do possível na judicialização da saúde, dificilmente ele tem mais força do que o princípio da garantia do mínimo existencial nas decisões do judiciário. Sobre estes princípios Alexandrino e Paulo (2015, p. 258-259) explanam que:

Os direitos sociais, por exigirem disponibilidade financeira do Estado para sua efetiva concretização, estão sujeitos à denominada cláusula de reserva do financeiramente possível, ou, simplesmente, reserva do possível. Essa cláusula, ou princípio implícito, tem como consequência o reconhecimento de que os direitos sociais assegurados na Constituição devem, sim, ser efetivados pelo Poder Público, mas na medida exata em que isso seja possível. [...] De outro lado, temos o princípio da garantia do mínimo existencial, também postulado implícito na Constituição Federal de 1988, que atua como um limite à cláusula da reserva do financeiramente possível. (ALEXANDRINO e PAULO, 2015, p. 258-259).

Essa realidade faz com que, ao atender a imposição do judiciário para a efetivação do direito social de um cidadão, custeando tratamento de saúde de alto custo, (que são os mais comuns nas demandas judiciais, haja vista que muitos não são contemplados na tabela SUS, pois caso contrário não seria necessário recorrer ao Poder Judiciário), que via de regra é de encargo da União, os Municípios percam ainda mais na eficiência da prestação de serviço público na área da saúde aos seus munícipes.

CAPÍTULO V – A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL QUE PREVÊ A EXTINÇÃO DE MUNICÍPIOS PEQUENOS

5.1. DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL

A Proposta de Emenda à Constituição Federal nº 188, de 2019, intitulada PEC do Pacto Federativo, pretende alterar e acrescenta diversos dispositivos constitucionais, para realizar na República Federativa do Brasil, uma reforma administrativa.

Com a apresentação da proposta pelo Governo Federal ao Senado Federal em novembro de 2019, uma das medidas que mais surpreendeu, foi a de extinguir os Municípios de até cinco mil habitantes que não arrecadarem em receitas próprias, no mínimo, dez por cento da sua receita, conforme disposto na proposta no art. 6º, que estabelece que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passará, caso aprovado a PEC nestes termos, a vigorar acrescido de diversos arts., dentre eles, o art. 115, que assim dispõe Brasil, (2019, p.16):

Art. 115. Os Municípios de até cinco mil habitantes deverão comprovar, até o dia 30 de junho de 2023, sua sustentabilidade financeira.

§ 1º A sustentabilidade financeira do Município é atestada mediante a comprovação de que o respectivo produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 da Constituição Federal corresponde a, no mínimo, dez por cento da sua receita.

§ 2º O Município que não comprovar sua sustentabilidade financeira deverá ser incorporado a algum dos municípios limítrofes, a partir de 1º de janeiro de 2025.

§ 3º O Município com melhor índice de sustentabilidade financeira será o incorporador.

§ 4º Poderão ser incorporados até três Municípios por um único Município incorporador.

§ 5º Não se aplica à incorporação de que trata este artigo o disposto no § 4º do art. 18 da Constituição Federal.

§ 6º Para efeito de apuração da quantidade de habitantes de que trata o caput, serão considerados exclusivamente os dados do censo populacional do ano de 2020. (BRASIL, 2019, p. 16).

5.2. OS CRITÉRIOS PARA A EXTINÇÃO DOS MUNICÍPIOS PEQUENOS

No subcapítulo anterior, com o resumo da proposta para extinguir os pequenos Municípios, demonstrando, portanto, os critérios utilizados na PEC do Pacto Federativo.

O critério demográfico, que estipula que um dos requisitos para se enquadrarem na proposta de extinção dos Municípios e incorporação a um dos limítrofes com melhor índice de sustentabilidade financeira, é possuir até cinco mil habitantes. Este critério adotado sozinho, extinguiria cerca de 1.252 Municípios e, 1.217

(97%), não atingiriam o limite de 10% dos impostos sobre suas receitas totais. (CNM, 2019)

Já a respeito do critério de arrecadação própria igual ou superior a dez por cento das suas receitas, aplicado separadamente ao demográfico, sobre a receita corrente dos 5.568 Municípios brasileiros em 2018, 4.585 (82%) ficaram abaixo deste limite, sendo um deles a capital Boa Vista/RR, que possui quase 400 mil habitantes, segundo estimativa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). (CNM, 2019)

Em suma, esses dados demonstram que o critério de arrecadação própria de, no mínimo, dez por cento, não condiz com a realidade dos Municípios brasileiros, até porque conforme mencionado, dados indicam que 82% (oitenta e dois por cento) dos Municípios no Brasil, não atingem essa receita própria.

Além do mais, essa incorporação proposta, por um dos Municípios limítrofes prejudicará demasiadamente os habitantes desses Municípios, pois estão acostumados a ter uma prestação de serviços públicos de forma direta, mantendo uma relação mais íntima com o poder público municipal.

CONCLUSÃO

Os Municípios, principalmente os de pequeno porte, a prestação de serviços públicos é realizada de maneira bem mais direta e participativa para seus habitantes. Entretanto, o cenário econômico do país na última década corroborou para quedas significantes nas arrecadações tributárias nas três esferas de governo, fator que se refletiu em dificuldades para muitos Municípios honrarem seus compromissos, haja vista que suas despesas continuaram a aumentar.

Os controle e planejamentos eficientes são estratégias que devem ser adotadas pelas gestões públicas municipais, na tentativa de diminuir os reflexos da queda da arrecadação tributária. As administrações públicas precisam encontrar meios de enquadrar suas despesas ao que é de fato arrecadado, para não correr os riscos de terem aplicadas sanções pela Lei de Responsabilidade.

O Fundo de Participação dos Municípios (FPM) é uma das principais fontes de rendas em Municípios de pequeno porte. Isso acontece por diversos fatores, desde a percepção de que os tributos que auferem maiores arrecadações não são de sua

competência, a constatação de que, na maioria das vezes, os Municípios apresentam ineficiência na fiscalização e cobranças.

A LRF remove o Brasil de uma lista de países atrasados altamente considerados e tem um controle rigoroso sobre os recursos públicos. Juntamente disso, a LRF exige que os cumprimentos e os prazos dos gerentes públicos forneçam certos benefícios da conta da data.

Em termos de pesquisa, também inclui ferramentas que têm fundamentalmente a essência do administrador, o processo de ação e os procedimentos operacionais. Portanto, a lei de responsabilidade fiscal e o princípio da transparência nos órgãos públicos, é visto como uma ferramenta para lidar com distorções administrativas e remover barreiras institucionais que impedem os procedimentos administrativos e a modernização.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) impõe limites ao Poder e órgãos públicos de maneira eficaz. Ao iniciar a pesquisa do presente trabalho, uma das ideias era questionar os limites impostos a respeito das despesas com pessoal dos Municípios. No decorrer dele, constatei a existência de dispositivo flexibilizado em caso de queda de receita real superior a 10% (dez por cento), em comparação ao correspondente quadrimestre do exercício financeiro anterior.

Entretanto, os números de Municípios que estão dentro dos limites de alerta, prudencial ou ultrapassaram referentes ao último quadrimestre de 2019, apresentados nos dados do TCESP, demonstra que a imposição dos limites com o gasto de pessoal, são as mais difíceis para os gestores públicos municipais.

Além do mais, a LRF prevê excepcionalidades na aplicação de algumas de suas regras em caso de calamidade pública reconhecida pelo legislativo federal e estadual, a depender do caso, desde a sua publicação. Entretanto, diante dos percalços vivenciados pelo país em relação ao enfrentamento da pandemia da Covid-19, fez com que os legisladores federais vislumbrassem a necessidade de estabelecer mais regras e aumentar as dispensas dos limites e afastamentos das vedações e sanções impostas pela LRF no caso de ter a ocorrência da calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, nos termos de decreto legislativo, em parte ou na integralidade do território nacional e enquanto perdurar a situação, através da Lei Complementar 173/2020.

Portanto, a LRF, apesar de aterrorizar os gestores públicos devido as suas sanções, acaba sendo uma importante ferramenta para a gestão pública consciente

dos mesmos, trazendo maior eficácia a utilização dos princípios basilares da administração pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito constitucional descomplicado. 14. ed. São Paulo: Método, 2015.

ANJOS, Elisângela César dos Santos. **Judicialização da saúde no Brasil: uma revisão sistemática da literatura sobre o acesso a ações e serviços de saúde.** Tese de Doutorado, 2019

ARAÚJO, Inaldo; ARRUDA, Daniel. Contabilidade pública: da teoria à prática. São Paulo: Saraiva, 2004.

ARAÚJO, Izabelly Kariny de; BRITO, Max Landro de Araújo de Araújo; JESUS, Andrea Cristina Santos de. **Tempos de crise na administração pública: percepção dos gestores do município de Cruzeta/RN.** Humanidades & Inovação, v. 7, n. 2, p. 290-299, 2020.

AZEVEDO, Ricardo Rocha de; AQUINO, André Carlos Busanelli de. **O planejamento em municípios de pequeno porte em São Paulo.** Revista de Contabilidade e Organizações, v. 10, n. 26, p. 63-76, 2016.

BONI, Adriane Fátima de. **O papel do controle interno na gestão pública municipal: Prefeitura de Augusto Pestana-RS.** 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 27/02/2020.

BRASIL. Lei complementar nº. 101, de 04 de maio de 2000. (Lei de Responsabilidade Fiscal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm> Acesso em: 22/01/2020.

BRASIL. Lei complementar nº. 173, de 27 de maio de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm> Acesso em: 11/07/2020.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Presidência da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm> Acesso em: 09/04/2020.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição n° 188, de 2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8035580&ts=1576105226199&disposition=inline>> Acesso em: 22/01/2020.

BRASIL, Secretaria do Tesouro Nacional. **O que você precisa saber sobre as transferências fiscais da União: Fundo de Participação dos Municípios FPM (novembro/2018).** Brasília: STN, 2018. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/329483/pge_cartilha_fpm.pdf> Acesso em: 09/04/2020.

BRASIL, Secretaria do Tesouro Nacional; et al. **Relatório de atividades subgrupo de trabalho classificação das transferências da união.** Brasília: STN/MF, SOF e SLTI/MPOG; e CGU, 2015. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/333563/pge_relatorio_class_t_ransf.pdf>. Acesso em: 21/04/2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CNM, Confederação Nacional de Municípios. A Crise dos Municípios Brasileiros. Estudo Técnico. Brasília: CNM, 2017. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/A_Crise_nos_Municipios_2out_2017.pdf> Acesso em: 22/01/2020.

CNM, Confederação Nacional de Municípios. Gestão Municipal: Projetos em Ação 2018. Boas práticas compartilhadas para as Finanças Municipais. Brasília: CNM, 2018. Disponível em: <[https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Gest%20Municipal%20-%20Projetos%20em%20A%20\(2018\).pdf](https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Gest%20Municipal%20-%20Projetos%20em%20A%20(2018).pdf)> Acesso em: 22/04/2020.

CNM, Confederação Nacional de Municípios. Municípios que podem ser extintos de acordo com a PEC do pacto federativo. Brasília: CNM, 2019. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/1217_Munic%C3%ADpios_Podem_Ser_Extintos.pdf> Acesso em: 23/04/2020.

CNM, Confederação Nacional de Municípios. Nota sobre a proposta do governo federal de extinção de Municípios. Brasília: CNM, 2019. Disponível em: <<https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/nota-sobre-a-proposta-do-governo-federal-de-extincao-de-municipios>> Acesso em: 23/04/2020.

COSTA, Nelson Nery. **Direito municipal brasileiro**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COUTO, Leandro Freitas. **A Crise do Covid-19, regras orçamentárias e suas interpretações: mudanças necessárias?**. 2020. Disponível em <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/9835>>. Acesso em 12/07/2020.

CRUZ, Claudia Ferreira da. **Responsabilidade na Gestão Fiscal: um estudo em grandes municípios com base nos pilares da lei de responsabilidade fiscal no período de 2010-2013**. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

DIMOULIS, Dimitri. Dicionário brasileiro de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FONTES, Denise. **A Importância do Incentivo a Capacitação dos Servidores Públicos e o Caso das Escolas de Governo**. 2018.

GONÇALVES, Gustavo Diogenes. **Calamidade Pública no âmbito Financeiro: um estudo sobre a aplicabilidade do conceito e seus impactos na gestão e prestação de serviços públicos no Estado de Minas Gerais**. 2018. Disponível em <<http://dspace.nead.ufsj.edu.br/trabalhospublicos/handle/123456789/121>>. Acesso em 11/07/2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à lei de responsabilidade fiscal**. 6 ed. São Paulo. Saraiva, 2012

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 16 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo; DEBUS, Ilvo. Lei complementar no. 101/2000: entendendo a lei de responsabilidade fiscal. Brasília, DF: Secretaria do Tesouro Nacional, 2002. **Disponível em:**

<<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/0/EntendendoLRF.pdf>>
. Acesso em: 20/03/2020.

PALUDO, Augostinho Vicente. Orçamento Público, AFO e LRF Teoria e Questões. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

RAVANELLO, Mariangela; BENDER FILHO, Reisoli. **Análise da dependência dos municípios do Vale do Rio Pardo/RS aos recursos de transferência do FPM**. Economia e Desenvolvimento, v. 31, p. 14, 2019.

RESENDE, Antônio José Calhau De. **Autonomia municipal e lei orgânica**. Cadernos da Escola do Legislativo-e-ISSN: 2595-4539, v. 10, n. 15, p. 7-42, 2019.

RODRIGUES, Marcos; SILVA, David Costa Correia. **Concentração e dependência das transferências constitucionais nos municípios do Pará**. Cadernos Gestão Pública e Cidadania, v. 25, n. 80, 2020.

SILVA, Lino Martins da. **Contabilidade Governamental: um enfoque administrativo**. 9.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1973, v. 3.

STF, Supremo Tribunal Federal. **ADI 2238**. Relator Ministro Carlos Britto. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1829732>>. Acesso em: 22/04/2020.

TCESP, Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Comunicado GP Nº 05/2020 Alerta aos Prefeitos – LC 101/00 (LRF) Inciso II do Art. 59, § 1º da LRF – Despesa com Pessoal 3º quadrimestre de 2019**. São Paulo: TCESP, 2020. Disponível em: < <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/noticias/COMUNICADO%20GP%20-%2005-2020%20-%20DESPESAS%20COM%20PESSOAL%20-%20QUADRIMESTRAL%20-%20Publicac%CC%A7a%CC%83o.pdf>>. Acesso em: 22/04/2020.

TCESP, Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Uma entre 4 Prefeituras fecha 2019 com gasto excessivo com pessoal.** São Paulo: TCESP, 2020. Disponível em: <
<https://www.tce.sp.gov.br/6524-entre-4-prefeituras-fecha-2019-com-gasto-excessivo-com-pessoal>>. Acesso em: 22/04/2020.

DOS CRIMES CONTRA A HONRA NOS MEIOS VIRTUAIS

VERÔNICA CRISTINA FERREIRA PINTO:

Acadêmica de Direito, no Centro
Universitário UNA- BH/MG

VICTÓRIA MARIA ANDRADE LIMA

(coautora)

Resumo: O presente artigo tem por objetivo demonstrar os crimes contra a honra em meios virtuais, enfatizar e caracterizar os crimes de calúnia, difamação e injúria. Com o intuito de analisar como ocorre esses crimes em meios virtuais, a violação da honra, o cancelamento no ambiente virtual, fatores que acarretam ofensas aos atributos morais, intelectuais e físicos á pessoas por trás das telas, como isso ocorre neste meio e a sua punibilidade. A metodologia utilizada foi de pesquisas, relativas à legislação, à doutrina, livros, artigos e a vivência no meio virtual relacionados à temática abordada. Com a finalidade de demonstrar o olhar sob a vítima, tal como seu comportamento, as consequências sofridas, o meio em que se insere e o julgamento da sociedade. Contudo, os crimes contra a honra são frequentes neste meio, por terem mais alcance e uma grande repercussão, pela facilidade de transmissão e compartilhamentos que o meio virtual proporciona.

Palavras-chave: Crimes contra a honra. Crime digital. Punibilidade.

Abstract: This article aims to demonstrate crimes against honor in virtual media, to emphasize and characterize the crimes of slander, defamation and injury. In order to analyze how these crimes occur in virtual environments, the violation of honor, cancellation in the virtual environment, factors that cause offenses to the moral, intellectual and physical attributes to the people behind the screens, how it occurs in this environment and its punishment. The methodology used was research, related to legislation, doctrine, books, articles and the experience in the virtual environment related to the theme addressed. In order to demonstrate the look under the victim, as well as his behavior, the consequences suffered, the environment in which he is inserted and the society's judgment. However, crimes against honor are frequent in this medium, because they have more reach and a great repercussion, due to the ease of transmission and sharing that the virtual medium provides.

Key-words: *Crimes against honor. Digital crimes. Punishment.*

SUMÁRIO. 1. Introdução 2. Dos crimes contra a honra 2.1. Caracterização dos crimes contra a honra 3. Dos crimes contra a honra no ambiente virtual 3.1. Dos crimes digitais 4. Dos mecanismos de apuração e enfrentamento dos crimes virtuais 5. Efeitos dos

crimes contra a honra: olhar sobre a vítima 6. Considerações finais 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo retrata os crimes contra a honra, no qual pode ser definido como direitos da personalidade, em que é abraçada pela CF/88. O nosso Código Penal brasileiro atual dispõe de três tipos autônomos de crimes contra a honra, quais são: calúnia, disposto no art. 138, CP; difamação art. 129, CP; e injúria art. 140, CP. Estes podem ser objetivos, quando é relacionado com a imagem e reputação, e subjetiva, quando é relacionado com a autoimagem.

Para ocorrência do crime de calúnia é essencial que haja a atribuição falsa de um crime, na qual ofende a honra objetiva. Na difamação, para ocorrer o crime, o fato atribuído não pode ser considerado crime, ferindo, também, a honra objetiva. Já na injúria, para sua ocorrência, basta atribuir palavras ou qualidades ofensivas a alguém, na qual, considera-se ofensa a honra subjetiva.

Neste artigo abordara-se os crimes contra a honra em meios digitais. Estes crimes são mais comuns nas redes sociais, onde muitas pessoas cometem esse tipo de crime sem saber que estão cometendo, porém existem previsões em leis, sejam elas novas, que incluem, ou alteram dispositivos legais já existentes e que podem ser adaptadas em meios virtuais.

Qualquer pessoa natural pode ser um sujeito ativo em crimes virtuais, bastando apenas que esteja conectado à internet, tão como qualquer pessoa pode ser sujeito passivo em crimes virtuais. Nesse cenário, pode-se acarretar problemas psicológicos em decorrência dos abusos, violências e agressões.

Para proteger, portanto, os direitos dos usuários da internet, a legislação brasileira trouxe alguns dispositivos legais, protegendo dados pessoais e a privacidade dos usuários.

Assim, de pouco a pouco a legislação brasileira tem conseguido caminhar e evoluir a frente desse cenário tão novo e importante, que vem tomando espaço cada dia mais na sociedade, devendo os nossos legisladores buscar solucionar as lides de tais crimes contra a honra em meios digitais.

A metodologia utilizada foi de trabalho dedutivo e comparado, uma pesquisa relativa à doutrina, livros e artigos relacionados ao tema abordado.

2. DOS CRIMES CONTRA A HONRA

A honra pode ser definida como um dos direitos da personalidade, na categoria do direito à integridade moral, foi abraçada pela Constituição Federal de 1988 como um direito individual previsto no artigo 5º, X, CRFB/88, inviolável.

Desde a antiguidade, as leis penais previam os crimes contra a honra. (GILABERTE, 2019)

O Código de Manu unia a imputação difamatória e as expressões injuriosas, também na Grécia e na Roma eram criminosos os ataques à honra alheia. (GILABERTE, 2019)

Somente com o Código de Napoleão, iniciou-se a dar contornos próprios a cada subespécie de lesão à honra, como a distinção entre a injúria e a calúnia, com a Lei de Imprensa de 1819, combinou-se a expressão calúnia pela difamação, eliminando-se o requisito da falsidade. (GILABERTE, 2019)

No Brasil, o Código Penal de 1830 previa a classificação bipartida da lei napoleônica, a injúria abrigava em sua definição condutas hoje tidas como difamatórias e, mesmo, alguns casos de imputação criminosa. Em 1890, mantendo-se a divisão anteriormente esposada, modificou-se bastante a tipificação da injúria e passou a distinguir de forma mais clara as lesões à honra subjetiva à honra objetiva. (GILABERTE, 2019)

O Código Penal brasileiro atual dispõe de três tipos autônomos de crimes contra a honra, são eles: calúnia, art.138, CP; difamação, art.139, CP e injúria, art.140, CP.

É relevante a divisão do bem jurídico, honra, em dois aspectos: objetivo e subjetivo. A honra objetiva podendo ser relacionada com a imagem e a reputação que a pessoa tem perante a sociedade. Enquanto à honra subjetiva diz respeito à autoimagem, com a visão que a pessoa tem de si mesma, envolvendo às qualidades morais da pessoa, conceituado como amor próprio. (FAVORETTO, 2015)

O Código Penal reserva à honra objetiva um valor maior do que aquele conferido à honra subjetiva, o que pode ser facilmente constatado quando se analisam as penas dos crimes contra a honra, superiores nos crimes que possuem a honra objetiva como objeto de tutela, como calúnia e difamação. (GILABERTE, 2019)

2.1. Caracterização dos Crimes Contra a Honra

Todos os crimes contra a honra possuem características próprias. Caluniar, portanto, é imputar (atribuir, afirmar) a alguém, falsamente, um fato definido como crime, consoante redação do artigo 138 do Código Penal.

Cuida-se de crime de forma livre, admitindo quaisquer meios executórios. A conduta é sempre comissiva. Para que se caracterize, deve haver uma falsa imputação de fato definida como crime de forma determinada e específica, onde, outrem toma conhecimento. Não bastando simplesmente ser uma afirmação vaga sem nenhuma descrição do fato. (GILABERTE, 2019).

Sobre calúnia, Gilaberte dispõe que:

Qualquer pessoa pode cometer o crime de calúnia, não se exigindo qualidades especiais do sujeito ativo (crime comum). Cometem o delito tanto o autor original da calúnia quanto aquele que propala ou divulga a ofensa original. (GILABERTE, 2019, p. 299-302).

O sujeito passivo também pode ser qualquer pessoa, pois qualquer um pode ser ofendido em sua honra, havendo casos excepcionais como pessoas jurídicas, menores de 18 anos e doentes mentais, desonrados, mortos e pessoas indeterminadas. (GILABERTE, 2019)

A exceção da verdade é uma forma de defesa concedida ao acusado de uma calúnia para que comprove a veracidade da imputação. Só existe crime de calúnia na atribuição falsa de um fato definido como crime, afirmando-se, que a imputação verdadeira conduz á atipicidade da conduta. Entretanto, a falsidade é presumida. (GILABERTE, 2019)

Qualquer imputação criminosa é considerada falsa até que se prove a sua consonância para com a realidade. Tendo as seguintes exceções: a) se constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível, b) Não se admite exceção da verdade se o fato é imputado ao Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro e c) se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível. (GILABERTE, 2019)

No crime de difamação, só é admitida se o ofendido for funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções. (FAVORETTO, 2015)

A par da calúnia, tutela-se, na difamação, o aspecto objetivo da honra, ou seja, a reputação do ofendido, a sua imagem perante a sociedade. O consentimento do ofendido afastará o caráter criminal da conduta. O objeto material do delito é a pessoa ofendida em sua honra. (GILABERTE, 2019)

Difamar é maldizer a reputação de alguém, crime esse previsto no art. 139 do Código Penal. Difamar pressupõe a imputação de um fato não criminoso ofensivo á reputação (fato desonroso), pode se dar por quaisquer meios executórios, como a difamação oral, escrita, simbólica etc. (GILABERTE, 2019)

Qualquer pessoa pode praticar um crime de difamação, não se exigindo qualidades especiais do sujeito ativo. De igual forma, qualquer pessoa pode figurar sujeito passivo do crime de difamação, com exceções como pessoas jurídicas, menores de dezoito anos e doentes mentais, desonrados, mortos e pessoas indeterminadas. (GILABERTE, 2019)

Não há interesse em se revelar a veracidade do fato, pois nenhuma relevância existe em expor a privacidade de alguém, o que não ocorre na calúnia, na qual a prova da real ocorrência de um fato criminoso é pertinente para a pacificação social. (GILABERTE, 2019)

A calúnia se difere da difamação, nas palavras de Favoretto:

No que difere difamação da calúnia, principalmente, no fato imputado, que no primeiro delito, será qualquer fato desonroso, salvo o fato definido como crime, objeto de incriminação pela calúnia. Convém ressaltar que, na calúnia, a imputação deve ser falsa, exigência que não é repetida na difamação, constituindo crime a imputação verdadeira (FAVORETTO, 2015, p. 242)

Injuriar significa ofender a dignidade ou o decoro; é o que acontece quando se xinga alguém, podendo ser cometida de forma verbal ou escrita e até mesmo física, previsto no art. 140 do Código Penal. Consiste na utilização de elementos referentes á raça (injúria racial), cor, etnia etc., a injúria é qualificada, o que acarreta uma pena maior. (BOMFATI e JUNIOR, 2020)

Ao contrário de Calúnia e Difamação, na Injúria, o bem jurídico tutelado atinge a honra subjetiva da vítima, que é a constituída pelos princípios morais (dignidade) ou físicos, intelectuais, sociais, isto é, sua autoestima, a visão que a pessoa tem de si. (GILABERTE, 2019)

No crime de injúria não há necessidade que terceiros tomem ciência da imputação ofensiva bastando, somente, que o sujeito passivo a tenha. (GILABERTE, 2019)

Nesse sentido, descreve Gilaberte:

A injúria real, prevista no artigo 140, §2º, do CP, na qual a ofensa é realizada por meio de uma violência, tem por escopo a salvaguarda da integridade física da pessoa, em conjunto com a proteção conferida à dignidade e ao decoro, já que se cuida de delito complexo. (GILABERTE, 2019, p. 223)

Injúria por preconceito (artigo 140, §3º), além da honra subjetiva (bem jurídico de duvidosa elegibilidade para salvaguarda penal), há a tutela a um direito constitucional de igualdade, que só se dá plenamente em uma sociedade livre de preconceitos. (GILABERTE, 2019)

Quaisquer pessoas podem figurar no polo ativo do crime de injúria, já no sujeito passivo, qualquer um pode ser ofendido pela injúria, com algumas ressalvas: pessoas jurídicas, menores de dezoito anos e alienados mentais, desonrados, mortos e pessoas indeterminadas. (GILABERTE, 2019)

No que toca à injúria, primeiramente há se asseverar que os aspectos da honra tutelados dos crimes são diversos: na difamação, será honra objetiva; na calúnia, exclusivamente a subjetiva; a difamação exige ainda a determinação do fato imputado. A imputação, na injúria, pode ser vaga, imprecisa.

3. DOS CRIMES CONTRA A HONRA NO AMBIENTE VIRTUAL

Os crimes virtuais vêm tendo um crescimento acelerado, surgindo diversos casos, com cunho difamatórios e vexatórios, produzido por indivíduos que não possuem um conhecimento aprofundado.

Atualmente, qualquer indivíduo pode ser um sujeito ativo em crimes virtuais, bastando tão somente que possua algum conhecimento específico para sua atuação, pois para a prática de crimes contra criança e adolescentes basta apenas que o agente esteja conectado à internet, e cometa a conduta delituosa. Bem como, qualquer pessoa poderá ser sujeito passivo em crimes virtuais, pelo fato de que qualquer estando conectado ou não, poderá vir a ser vítima dessa conduta delituosa. (SOARES, 2016)

Vêm sendo praticadas nesse ambiente agressões, abusos e violências, gerando graves consequências psicossociais aos usuários, mesmo sem haver contato físico.

Por ser um ambiente democrático, existindo as mais diversas formas de pensamentos, tendo o espaço para várias formas e pontos de vista relacionado a uma variedade de assuntos e possuir o direito à liberdade de expressão. Deve então cada indivíduo se responsabilizar por suas opiniões e ações cometidas.

3.1. Dos crimes digitais

Os crimes digitais estão em alta e com o mundo cada vez mais conectado, a sensação de falso anonimato nas redes está levando centenas de internautas a publicarem conteúdos ofensivos, em que acabam cometendo um crime sem saber.

Será considerado crime quando o autor atribui à vítima a autoria de um crime sabendo da sua inocência; um fato que ofenda a reputação ou a boa fama da desta na sociedade, sendo o fato verídico ou não.

Se caracteriza quando um determinado comportamento, praticado por meio digital, for considerado crime. Pode ser preceituado em lei inteiramente nova ou em leis que incluem ou alteram dispositivos legais já existentes e basta adaptá-los à realidade virtual. Podendo ser enquadrados na mesma previsão legal do crime tradicional. (BOMFATI e JUNIOR, 2020)

A internet possui um agravamento na ocorrência de crimes virtuais, que é o agente ativo, movido pela ausência física. Favorecendo a conduta de vários perfis a cometerem este ato criminoso. Que usa desta facilidade para atingir o bem jurídico alheio, como roubar dados, imagens e informações. Com isso condutas ilícitas tornam-se constantes.

Assim, o crime digital pode ser conceituado como qualquer conduta antijurídica e culpável, desde que realizada através de um computador conectado à internet, podendo ser realizado por pessoa física, ofendendo direta ou indiretamente a segurança jurídica da informática, constituída pelos elementos da integridade, confidencialidade e disponibilidade. (SOARES, 2016)

4. DOS MECANISMOS DE APURAÇÃO E ENFRENTAMENTO DOS CRIMES VIRTUAIS

Antes de entender como o Brasil passou a legislar sobre crimes informáticos, podemos constatar que o art.7º da Lei Federal n.12.965/2014 trouxe direitos ao usuário de internet, imprescindíveis para que sejam respeitados os direitos humanos de cada cidadão, bem como preservado todo o ordenamento jurídico, muito mais amplo que apenas as regulamentações digitais. (NETO, 2020)

Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III- inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet;

XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e

XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Ele protege os dados pessoais e a privacidade dos usuários. Dessa forma, somente mediante ordem judicial pode haver quebra de dados e informações particulares existentes em sites ou redes sociais. Uma das grandes inovações diz respeito a retirada de conteúdo do ar. Antes de sua entrada em vigor, não havia uma regra clara sobre este procedimento. (Notícias CNJ, 2018)

É incontestável a urgência de uma legislação que esteja muito mais sintonizada com a realidade atual. A justiça brasileira tem conseguido caminhar, ainda que com passos tímidos, diante do crescimento exponencial da internet. (BOMFATI e JUNIOR, 2020)

Como bem define:

Na realidade, estamos diante de um problema mundial, que nos coloca entre a liberdade e a segurança na internet, sobre o qual, por enquanto, podemos afirmar que se trata de um novo mundo e, infelizmente, ainda uma terra sem lei. (BOMFATI E JUNIOR, 2020, p. 164)

No Brasil foi aprovada a Lei dos Crimes Cibernéticos, conhecida como a Lei Carolina Dieckmann - Lei n.12.737/2012, que tipifica atos como invadir computadores, violar dados de usuários ou "derrubar" sites. (Notícias CNJ, 2018)

Foi determinado que os Juizados Especiais são os responsáveis pela decisão sobre a ilegalidade ou não dos conteúdos. Isto se aplica aos casos de ofensa à honra ou injúria, que serão tratados da mesma forma como ocorre fora da rede mundial de computadores. (Notícias CNJ, 2018)

Deve-se entender que a internet não é terra sem lei, sendo necessário a aplicação de leis nesse ambiente, para responsabilizar quem comete os crimes. Fazendo uma relação de leis já vigentes que possam ser usadas e com a mesma força, em meios digitais.

Diante disso, existe ainda dificuldades no ordenamento jurídico brasileiro para julgar esse tipo de crime, por ter dificuldades de caracterizar o ofensor e a ocorrência do crime cometido. Pois diferentemente da vida real, a análise da identidade e a autenticação não poderão ser visualizados claramente, como aparência física, documentos, digitais, dentre outras formas que facilitam na vida real.

5. EFEITOS DOS CRIMES CONTRA A HONRA: OLHAR SOBRE A VÍTIMA

A internet nos últimos anos vem ocupando um lugar de destaque na sociedade, por aproximar pessoas. Isso se intensificou ainda mais na pandemia vivida de 2020 e até então 2021 no Brasil, devido ao COVID-19. Pelo fato de ter que cumprir a quarentena, tudo se transformou em virtual, tendo maior impacto as redes sociais, bem como, auxiliando nas tarefas escolares e trabalhos em home office.

Nos deparamos diariamente com crimes virtuais, em redes sociais, tal como o Instagram, por exemplo. Neste período as pessoas se encontraram refém do meio virtual, tornando-se, assim, seu maior aliado.

Partindo desse ponto, as pessoas se apegaram muito a essa rede, tornando-a em um meio de trabalho, entretenimento, descanso nas horas vagas e interagindo mais com pessoas que antes era impossível interagir tão de perto, e por 24 horas no dia.

Gerando uma onda de agressões, abusos e violências ainda maior nesse ambiente, pois ocorrem comentários desnecessários e propositalmente para manifestar seus pensamentos e sentimentos ou até mesmo para chamar atenção nas redes. Isso acontece por ainda terem pessoas com os pensamentos enjaulados e que não acompanham a modernização. Ocasionalmente na internet consequências psicossociais aos usuários, mesmo sem o contato físico, tornando-a uma justiceira.

Assim, os navegantes se sentem no direito e na intimidade de “apontar o dedo”, para falar dos defeitos. Essas pessoas que se tornaram vítimas desses ataques por apenas terem seus perfis públicos, e não se verem da mesma forma que se viam antes, a partir disso, querer mudar a sua própria vida para caber no estereótipo da sociedade digital, ferindo sua honra subjetiva, que consiste em como a pessoa se vê, suas qualidades e amor próprio.

Essas pessoas que passaram a não seguir os padrões impostos ou tiveram atitudes intoleráveis aos que seus seguidores acreditavam, entraram na onda da cultura do cancelamento que virou uma prática usada por muitos, que gera debates sobre racismo, preconceitos com determinadas classes sociais, xenofobia, homofobia, entre outras intolerâncias, nas quais resultam nos crimes virtuais, atrelados ao crime contra a honra.

Acontece que, na internet, os atos têm um alcance maior, fazendo com que se potencialize e publicize o crime. Afetando ainda mais a vítima, que terá sua vida exposta ou infringida pelo autor do crime.

Existem casos e casos, e a grande parte deles acontece por conflitos de opiniões e pensamentos. Assim, se tornou comum o cancelamento com influenciadores digitais e anônimos, resultando em inúmeras críticas nas redes sociais, inclusive de famosos, e no fim, perda de seguidores, contratos de parcerias com marcas, que decidiram não ter mais suas imagens vinculadas a estes acontecimentos, ou seja, influenciando diretamente na vida profissional e pessoal. Sendo que, essa prática fere diretamente a honra objetiva desses indivíduos, na qual diz respeito à imagem e a reputação que a pessoa tem perante a sociedade.

A cultura do cancelamento nada mais é que excluir da sociedade determinada pessoa ou grupo, quem fez ou disse o que não é tolerado no mundo de hoje, aplicando punições em quem foi “cancelado”, podendo ser temporário ou não.

Mesmo sendo um assunto que aborda temas já citados como racismo, preconceitos, entre outras intolerâncias, também pode ser por motivos banais, como falar mal de alguém muito famoso ou dizer que não gosta das músicas de um cantor popular. Mas sempre começa por um conflito de opiniões, sendo que, o que é punível em um meio não é em outro.

No ano de 2020/2021 a forma de cancelamento mais comum foi em decorrência da pandemia, onde teriam que cumprir a quarentena e todos os procedimentos de isolamento social, porém muitas pessoas negligenciaram e tiveram atitudes irresponsáveis, fazendo festas, encontros, viagens ou zombando da atual situação no mundo e publicando todos esses momentos nas redes sociais, lugar esse que mais influência quem está ali conectado.

Ser cancelado se tornou o medo do século. E não é para menos. Sobram exemplos de vidas arruinadas, carreiras destruídas e empresas que viram seus lucros caírem a quase zero por posicionamentos que hoje em dia não são mais aceitos. (CARTA CAPITAL, 2021)

Como supracitado a cima, os casos que foram repercutidos nas redes sociais no último ano. Temos como exemplo a influenciadora digital Gabriela Pugliesi, que em meio a pandemia participou da festa de casamento de uma de suas irmãs e mesmo após ter contraído o vírus, fez uma festa em sua casa reunindo vários amigos. Isso acarretou em problemas em sua carreira como influenciadora, fazendo com que ela perdesse seguidores e patrocínios importantes.

No Big Brother Brasil, se destacou a rapper Karol Conka, que foi eliminada do programa com 99,17% de rejeição, um recorde e um prejuízo de imagem acumulado que pode destruir sua carreira. A rapper não apenas perdeu milhões de seguidores, mas também contratos publicitários e um programa que apresentava no canal GNT. Karol foi acusada de impor, por diversas vezes, pressão psicológica sobre alguns participantes do programa. Seu “cancelamento”, contudo, ultrapassou o limite profissional, e prejuízo não ficou apenas nos números e cifras. Foram criadas diversas páginas de ódio a Karol, muitas repletas de ofensas racistas. A família da cantora, em especial seu filho menor de idade, sofreu ameaças de morte. (CARTA CAPITAL, 2021)

Por mais que essa cultura venha pautando temas importantes como misoginia, LGBTfobia, racismo, ela está tomando um caminho perigoso de não ter espaço para melhora.

O sofrimento causado pode desencadear quadros de transtornos de ansiedade, episódios depressivos e outros transtornos mentais, podendo inclusive levar a pessoa ao suicídio, em casos mais graves. (CARTA CAPITAL, 2021)

O nível de animosidade e agressividade atingido por vezes é tão grande que as pessoas passam a viver com medo e hipervigilantes ao manifestar qualquer opinião e com medo de serem canceladas. (CARTA CAPITAL, 2021)

É preciso diferenciar sobre o que são lutas a favor de causas importantes, que valem a pena e fazem as pessoas mudarem seus comportamentos, do que é um abuso de censura e perseguição. Descreve Diogo Soares, Bacharel em ciências sociais (Canaltech):

Isso precisa ser rapidamente debatido na sociedade, quais são os limites de cada intervenção. Os efeitos podem ser uma melhoria no sistema social aberto, fortalecimento de boas condutas, educação, formas de comportamento mais inclusivos, mas também pode acontecer movimentos de desentendimentos, segregação, censura, entre outras coisas. (SOARES, 2021, n.p.)

No entanto, quem pratica o cancelamento também está sujeito a consequências. Os responsáveis pelo banimento podem responder criminalmente pela prática de racismo, injúria, difamação ou calúnia. Em relação à responsabilidade civil e criminal, qualquer pessoa vítima de “cancelamento”, que se considerar injustiçada, pode pleitear indenização contra quem cometeu o ato ilícito.

Nos termos do artigo, 186 do Código Civil: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”*

Diante do exposto, existe uma dificuldade no ordenamento jurídico brasileiro para o julgamento dos crimes contra a honra em ambiente virtual, que por sua vez tem uma aplicabilidade eficiente fora das redes.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como finalidade trazer informações sobre os crimes contra a honra nos meios virtuais, bem como informações sobre conceito e classificação de tais crimes, como calúnia, difamação, injúria, as quais o presente artigo trata.

Os crimes virtuais são aqueles realizados em ambientes virtuais, por meio da internet, onde os mais comuns são ofensas aos atributos intelectuais, morais e físicos das pessoas.

Os crimes contra a honra em ambiente virtual, já se mostrou presente em diversas redes sociais e se alastrando cada vez mais, principalmente com a evolução tecnológica, onde não há como fugir dessa nova era, com a facilidade de compartilhar e ter acesso a fotos, vídeos, áudios e publicações, a elevação da incidência ocorre livremente nos aplicativos atuais.

Que a internet nos trouxe uma maior facilidade, não há o que se discutir. Tanto no trabalho, como nas diversas área do cotidiano do ser humano, e vem acompanhando o crescimento avançado da sociedade. Tornando-se um instrumento indispensável de acesso à sociedade.

Contudo, este meio é cercado de ameaças e de usuários com más intenções que utilizam-se dela para a prática de suas condutas criminosas e maldosas, como a do “cancelamento”. As pessoas precisam de fato entender que diversos comportamentos não são mais aceitos na sociedade.

Este tema é complexo, pois ainda há brechas para a punibilidade e nem sempre é denunciado, dificultando assim a resolução da justiça e a aplicação das penas existentes quando da prática de crimes contra a honra.

Apesar de ser efetiva no meio físico e no virtual as medidas cabíveis para os crimes contra a honra, ainda não são totalmente eficazes nos crimes virtuais, devendo o ordenamento jurídico acompanhar essa evolução, para não deixar sem proteção o que acontece por trás das telas.

Que sejam tomadas medidas que asseguram que a internet seja constituída em um ambiente saudável e livre de ameaças aos seus usuários.

Sendo necessário a criação de leis específicas para combater os crimes virtuais e não ser de fato uma "terra sem lei", para conseguir diminuir a repercussão e a facilidade de transmissão, podendo agravar o crime realizado, e por consequência o sofrimento das vítimas. Mesmo com a carência de um conjunto de normas e sanções jurídicas para investigar, julgar e sanar os crimes virtuais, concluímos que, mesmo com punições mais severas criadas, não solucionaria por completo esses crimes.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

CAMPANHOLA, Nadine Finoti. "**Crimes Virtuais Contra a Honra Conteúdo Jurídico**", Brasília-DF: 17 set 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51558/crimes-virtuais-contra-a-honra>>. Acesso em: 17 set 2020.

COMUNICAÇÃO. **Cultura do Cancelamento: Qual o impacto e as consequências dos boicotes virtuais**. Uninovafapi, 2020. Disponível em: <<https://www.uninovafapi.edu.br/noticias/2020/10/28/cultura-do-cancelamento-qual-o-impacto-e-as-consequencias-dos-boicotes-virtuais>> Acesso em: 06 de Abril, 2021

FAVORETTO, Affonso Celso. **Direito Penal Parte Geral e Parte Especial**. 1º Ed. Editora Rideel, 2015.

GILABERTE, Bruno. **Crimes Contra a Pessoa**. Editora Freitas Bastos 2º Ed, 2019

JÚNIOR, Armando Kolbe; BOMFATI, Cláudio Adriano. **Crimes Cibernéticos**. InterSaberes 1ª Edição, 01 jul 2020.

JUSTIFICANDO. "**Crimes digitais: quais são, quais leis os definem e como denunciar**", 25 jun 2018. Disponível em: <https://portal-justificando.jusbrasil.com.br/noticias/593431076/crimes-digitais-quais-sao-quais-leis-os-definem-e-como-denunciar>>. Acesso em: 5 nov 2020.

__. Lei nº 7.716, 05 de janeiro de 1989. **Dispõe sobre os crimes resultantes de preconceito de raça e cor.**

MARTINS, Júlio. "**Crimes contra a Honra na Internet em tempos de pandemia**", 12 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11710/Crimes-contra-a-honra-na-Internet-em-tempos-de-pandemia> > Acesso em: 17 set 2020.

NETO, Antônio Osmar Krelling. **Responsabilidade Civil- Cibercrimes**. 1º Ed. Curitiba: Contentus, 2020. ISBN: 9786557452455. (Biblioteca Virtual)

Notícias CNJ. **Crimes digitais: o que são, como denunciar e quais leis tipificam como crime?**, jun. 2018. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/crimes-digitais-o-que-sao-como-denunciar-e-quais-leis-tipificam-como-crime>>. Acesso em: 7 de out. 2020

PEREIRA, Ana Carolina dos Santos. "**Os Crimes contra a Honra no Ambiente Virtual das Redes Sociais**", Ribeirão Preto/SP: Publicado a dois anos. Disponível em: <<https://anacarolinasantospereira.jusbrasil.com.br/artigos/665139309/os-crimes-contra-a-honra-no-ambiente-virtual-das-redes-sociais> > Acesso em: 16 set 2020.

PUTTI, Alexandre. **Caso Karol Conká: qual o limite da "cultura do cancelamento"?**. Carta Capital, 2021. Disponível em: <<https://www.google.com.br/amp/s/www.cartacapital.com.br/sociedade/caso-karol-conka-existe-um-limite-para-o-cancelamento/amp/>>. Acesso em: 6 de Abril, 2021.

SOARES, S. S. B. "**Os crimes contra honra nas perspectiva do ambiente virtual**". Jus, 2016. Disponível em : < <https://jus.com.br/artigos/54560/os-crimes-contra-honra-nas-perspectiva-do-ambiente-virtual> >. Acesso em: 16 set 2020.

STJ. **CONFLITO DE COMPETÊNCIA:CC 168953 MG 2019/0313991-6**. Relator: Ministro Leopoldo de Arruda Raposo. JusBrasil, 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/875311457/conflito-de-competencia-cc-168953-mg-2019-0313991-6/decisao-monocratica-875311467?ref=serp>> Acesso em: 16 set. 2020.

STJ. **AÇÃO PENAL: APn 895 DF 2018/0065246-0**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 15/05/2019. JusBrasil, 2019. Disponível

em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/719121351/acao-penal-apn-895-df-2018-0065246-0?ref=serp>>. Acesso em: 17 set. 2020.

STJ. **CONFLITO DE COMPETÊNCIA: CC Nº 172653 - SC (2020/0129956-0)**. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. JusBrasil, 2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/871746590/conflito-de-competencia-cc-172653-sc-2020-0129956-0/decisao-monocratica-871746600?ref=serp>>. Acesso em: 15 set. 2020.

TJMG. **REC. EM SENTIDO ESTRITO: 10024190300145001 MG**. Relator: Eduardo Machado. DJ: 18/08/2020. JusBrasil, 2020. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/918406749/rec-em-sentido-estrito-10024190300145001-mg?ref=serp>>

A AMEAÇA À ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO

SUELI ROSA LANSONI:

Bacharelada em Direito pela
Universidade Brasil - Campus
Fernandópolis.

ADEMIR GASQUES SANCHES.

(orientador)

RESUMO: A abordagem do presente estudo residiu na análise das prerrogativas da estabilidade aferidas na função pública, e sua relação com a suposta ineficiência no desempenho e produtividade dos serviços públicos prestados pelo Estado. Primeiramente, buscou-se o motivo de seu surgimento e, em sequência, analisou-se uma série de elementos que coabitam com o referido instituto. Ferramentas de eficiência foram contextualizadas como exemplo de práticas alternativas para requalificar o desempenho individual e institucional na prestação de serviços públicos. As normas legais abordadas, para tanto, foram a Constituição Federal de 1988, a Emenda Constitucional nº 19/98 e a recente Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 32/2020, denominada Reforma Administrativa. A metodologia utilizada para construção deste trabalho foi a pesquisa bibliográfica, baseada em estudos doutrinários, artigos científicos, legislações e revistas os quais permitiram a confecção de um estudo do tipo básico, de objetivo exploratório. O intento deste estudo foi valer-se do calor das discussões das ideias, no momento atual, em torno da estabilidade. No entanto, não se pretendeu exaurir o assunto ou propor soluções, mas, simplesmente contribuir para uma reflexão um pouco mais abrangente sobre a atuação do Estado em detrimento a dimensão das políticas públicas abarcadas.

Palavras-chave: Estabilidade. Servidor Público. Eficiência. Serviço Público.

ABSTRACT: The approach of the present study resided in the analysis of the prerogatives of stability measured in the public service, and its relation with the supposed inefficiency in the performance and productivity of public services provided by the State. Firstly, the reason for its appearance was sought and, subsequently, a series of elements that cohabit with the institute was analyzed. Efficiency tools were contextualized as an example of alternative practices to requalify individual and institutional performance in the provision of public services. The legal norms addressed, for that, were the Federal Constitution of 1988, Constitutional Amendment nº 19/98 and the recent Proposed Constitutional Amendment (PEC) nº 32/2020, called Administrative Reform. The methodology used for the construction of this work was bibliographic research, based on doctrinal studies, scientific articles, legislation and

magazines which allowed the preparation of a basic type study, with an exploratory objective. The purpose of this study was to make use of the heat of discussions of ideas, at the present moment, around stability. However, it was not intended to exhaust the issue or propose solutions, but simply to contribute to a slightly more comprehensive reflection on the State's performance to the detriment of the dimension of the public policies covered.

Keywords: Stability; Public server; Efficiency; Public service.

1 INTRODUÇÃO

O instituto da estabilidade constitui a base deste trabalho. A partir deste contexto serão levantadas as variáveis envolvendo esta temática, tanto no campo sócio-político quanto jurídico, prevalecendo este último como determinante para o seu aprofundamento.

Será objeto de análise, a estabilidade do servidor público nos termos das normativas constitucionais de 1988, perpassando pela Emenda Constitucional n 19, de 5 de junho de 1998, o qual trouxe alterações de grande relevância, chegando à atualidade da questão mediante a propositura da PEC 32/2020 pelo governo vigente. Serão abordadas, também, a sua co-relação com a suposta ineficiência e mau-desempenho atribuído ao funcionalismo público, sua influência na produtividade e qualidade da prestação de serviços públicos e as teorias de sua reversão.

A estabilidade do servidor é vista como precursora da garantia da continuidade dos serviços públicos essenciais, cuja finalidade é resguardar a camada da população mais vulnerável, dependentes do Estado nos atendimentos mais básicos, além de proteger o servidor contra ingerências políticas. Daí a necessidade da presente investigação, haja vista tratar-se de uma questão multifatorial, de interesses fundamentais.

A administração pública foi valorada na Constituição Federal de 1988, o qual trouxe um capítulo inteiro dedicado a ela. Seu artigo 41 trata da estabilidade e dos instrumentos necessários a sua aplicação.

Embora seja um artigo constitucional claro, a estabilidade sempre foi tema de debate social, gerando controvérsias e segmentação entre grupos, principalmente políticos que se valem das mais variadas críticas, direcionadas ao servidor. No senso comum, o acobertamento dos servidores pelo manto da estabilidade, seria uma das principais causas de sua ineficiência. A constante comparação com a ideia de superioridade do setor privado, muitas vezes, serve de

fundamentação a essa concepção de um servidor que seria mais eficaz e produtivo se não tivesse tanta proteção.

A pesquisa utilizada neste trabalho foi a básica ou pura, de objetivo exploratório, o qual consistiu no levantamento bibliográfico, consolidada no procedimento ora utilizado. A sua natureza qualitativa forneceu subsídios que ajudaram a definir e tratar as questões ora levantadas. A análise de tópicos, por sua vez, contribuiu para firmar conclusões sob uma variada ótica, abrangendo uma ampla gama de informações.

Neste levantamento bibliográfico, foram detectados outros problemas envolvendo elementos transversais ao tema como a redesignação do papel do Estado na sociedade e a consequente transformação tecnológica e digital.

Dessa forma, seguiu-se um roteiro de trabalho, a partir da análise de fontes bibliográficas: revistas científicas, teses, bibliotecas, publicações de artigos científicos, obras doutrinárias, relatórios de pesquisa e sítios de governos; leitura e seleção do material; retenção das partes essenciais para o desenvolvimento do estudo; elaboração de fichas de resumo de partes relevantes do material; ordenação e análise das anotações, e, por fim, organização e ordenação dos conteúdos.

Através do referido exame bibliográfico, agrupou-se numa única base de dados todas as informações coletadas. Assim, foi possível obter um panorama mais completo sobre a gestão dos serviços públicos que incluem desde a forma de recrutamento de seus servidores, regime jurídico, avaliação e estabilidade e perda do cargo, dentro de uma análise mais consistente da realidade. Outros panoramas se abriram dentro do tema, como as novas tecnologias, governo digital, direito dos usuários e a desburocratização do serviço público como fator preponderante para alcançar a eficiência, princípio esse com importante abordagem neste tema. Manteve-se, contudo, um posicionamento neutro em relação a temática pesquisada.

O objetivo deste estudo, portanto, é levantar o fundamento da criação do instituto da estabilidade no serviço público, ou seja, seu propósito inicial, e consequentes efeitos posteriores diante dos diagnósticos levantados, dentre eles, a relação da estabilidade com os entraves funcionais e produtivos, e sua flexibilização diante dos mecanismos apresentados pelo Estado na tentativa de transpor as deficiências de sua gestão.

O ponto de partida desta pesquisa foi investigar a origem da estabilidade e as causas de sua introdução no ordenamento brasileiro, dada a ingerência política em torno dos cargos públicos. Na seção seguinte, a estabilidade e demais fatores conexos foram analisados no âmbito da Constituição Federal de 1988. No terceiro

tópico, a Emenda Constitucional nº 19/98 foi avaliada apontando o privilégio dispensado à eficiência como eixo principal de transformação administrativa. A eficiência na administração pública ganhou o quarto tópico, onde foi elucidado quais outros caminhos já foram percorridos para alcançá-la. Como último tópico, a recente Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 32/2020, denominada de Reforma Administrativa, foi analisada de forma transversal, envolvendo a questão da reprise de ideologia de Estado mínimo, de modelo gerencialista, com ênfase na redução dos gastos públicos e propulsão da economia do país ocorrida na Emenda Constitucional nº 19/98. Mereceu análise meticulosa, portanto, as críticas em torno do respectivo assunto. Finalmente, as considerações finais realçaram um apanhado de todo o conteúdo exposto, demonstrando ser longo o caminho a percorrer para alcançar a efetividade, eficiência e eficácia nas atividades estatais.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 A Origem do Instituto da Estabilidade

O instituto da estabilidade surgiu nos Estados Unidos da América, diante de um poder político recém-independente e antidemocrático. Os partidos republicanos e democratas se alternavam no poder e, a cada gestão, os funcionários públicos tidos como contrários ou desnecessários ao governo, eram extirpados de seus quadros e substituídos por seus partidários. Essa prática causou a descontinuidade dos serviços públicos, afetando consideravelmente sua qualidade e, conseqüentemente, descrédito ao governo. Diante disso, surgiu o instituto da estabilidade com a finalidade de impor continuidade às políticas públicas e proteger o funcionário contra as condutas despóticas de seus governantes.

No Brasil, a estabilidade chegou através desse modelo importado dos Estados Unidos e de tendência mundial, incorporando-se ao sistema jurídico com a edição da Lei 2.924, de 1.915. Posteriormente, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1934, e, a partir daí, esteve presente em todas as demais constituições.

2.2 A Estabilidade na Constituição Federal de 1988

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), intitulada "Constituição Cidadã", desabrochada sob o conceito de dignidade da pessoa humana e na atenção ao homem em todas as suas dimensões, significativas ferramentas foram implementadas a partir desta nova concepção. A administração pública foi agraciada com um extenso tratamento. Situação está mantida, mais tarde, pela Emenda Constitucional nº 19/98.

O artigo 41 da constituição ganhou novos contornos, coligando-se a outros institutos de igual importância, como o Regime Jurídico Único e a obrigatoriedade da realização de concurso para acesso aos cargos públicos, firmando, assim, sólida posição de resguardo a uma administração democrática.

O concurso público passou a ser regra obrigatória a todas as admissões ocorridas no âmbito da administração pública, independente do regime jurídico, estatutário ou celetista, prevalecendo essa regra aos servidores da Administração direta, autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações (ROSSI, 2019, p. 60).

O regime jurídico único para os servidores públicos da administração direta e indireta consolidou-se, e a avaliação de desempenho, passou a constar do texto constitucional como obrigatória.

Após a promulgação da constituição, houve, também, a passagem à estabilidade, denominada de “estabilidade especial”, aos servidores públicos da Administração Pública Direta, suas autarquias e fundações públicas. Esse direito somente se estendeu àqueles que haviam ingressado sem concurso público na Administração, e contavam com mais de cinco anos contínuos no cargo, não abrangendo os cargos, empregos ou funções de confiança ou em comissão.

2.3 A Estabilidade na Emenda Constitucional nº 19/98

Com a Emenda Constitucional nº 19/98 (EC 19/98), um novo modelo de administração denominada gerencial, de configuração neoliberal, e ideologia de Estado mínimo, foi implementada, em substituição ao modelo burocrático. Surgiu sob base preminentemente econômica, refletida na eficiência empresarial e conduzida sob o intento de equilibrar as finanças públicas. Nessas premissas, figuravam o aumento da efetividade e qualidade da prestação dos serviços públicos ofertados à população.

O modelo administrativo gerencial surgiu para atender as necessidades decorrentes do crescente avanço tecnológico e da expansão da economia mundial, na busca de um Estado eficiente, célere, produtivo, com princípio da subsidiariedade valorado, voltado a aferição de resultados. Ao Estado, cabia somente àquelas atividades cujo exercício não era compatível ao setor privado. “A contenção de gastos e de desperdícios que outrora eram naturais no seio da Administração passaram a ter tanta atenção quanto a capacitação do servidor” (LEITE, 2001 *apud* MOTA, 2019, p. 26).

Desse modo, o Estado Mínimo foi concebido nos ideais do liberalismo clássico, com ênfase na mínima intervenção do Estado na economia, em oposição ao domínio do “Estado Forte”, que restringia a “liberdade econômica”.

Na magnitude desta política, o neoliberalismo encontrava-se como:

[...] o modo de existência contemporâneo do capitalismo. O grande objetivo do neoliberalismo é a não participação do Estado em questões econômicas, pregando a expansão do livre mercado. Os ideais do neoliberalismo são Estado Mínimo, privatização, desburocratização, ou seja, leis mais simples no que diz respeito as relações econômicas, livre circulação de capital internacional, entre outros fatores, sempre com o intuito da busca de maior lucratividade (GUEZEGOCH, 2019, p. 26).

Com a Reforma Administrativa (EC nº 19/98), o instituto da estabilidade ganhou nova estrutura.

Santos (2018), elencou, de forma simplificada, as principais alterações promovidas pela EC 19/98, relacionadas à estabilidade.

[...] fim do regime jurídico único (artigo 39, caput); alteração das regras da estabilidade dos servidores públicos (artigo 41, parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º); aumento do período de estágio probatório para servidores públicos (artigo 41, caput); inclusão do princípio da “eficiência”, agora arrolado ao lado dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (artigo 37, caput). (SANTOS, 2018, p. 26).

O princípio da Eficiência surge expresso no texto constitucional ao lado dos demais princípios do *caput* do artigo 37 da Constituição, como o incremento de modernização da estrutura organizacional do Estado.

O regime estatutário passou a coexistir, ao mesmo tempo, com o regime celetista, independente da natureza jurídica da entidade. Após o julgamento da cautelar na ADI 2.135/4, porém, o STF declarou a inconstitucionalidade formal do artigo 39 da Constituição Federal, e o Regime Jurídico Único da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios foi reestabelecido. Diante desta alteração, a estabilidade passou a ser garantida apenas aos servidores detentores de cargo efetivo, pelo regime estatutário.

O período do estágio probatório foi ampliado de dois para três anos, requisito este, que se tornou necessário para alcançar a estabilidade, nos termos no §4º do art. 41 da CF/88.

O texto constitucional, a partir da EC 19/98, passou a prever também a possibilidade do servidor estável perder o cargo por insuficiência de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa (BRASIL, 1988). Esse novo modo de demissão, bem longe de ser uma punição ao servidor, foi mais um alvo para atingir a tão aclamada eficiência.

Outra inclusão constitucional, foi a do artigo 147, que possibilitou a perda do cargo por aquele servidor público estável exercente de atividade exclusiva de Estado.

2.4 A Estabilidade no Serviço Público

De acordo com o renomado doutrinador Meirelles (2001, p. 412), estabilidade é:

A garantia constitucional de permanência do serviço público outorgada ao servidor que, nomeado para cargo de provimento efetivo, em virtude de concurso público, tenha transposto o estágio probatório de três anos, após ser submetido a avaliação especial de desempenho por comissão constituída para essa finalidade.

Diniz (1998, v. 4, p. 20) define a estabilidade como “um atributo do cargo público que assegura a continuidade da prestação do serviço público, que é de caráter permanente”. Complementa, ainda, em sua doutrina: “é, portanto, uma propriedade jurídica do elo que ata a pessoa estatal ao servidor titular do cargo público de provimento efetivo”.

Nos ensinamentos de Diniz (*apud* ROSSI, 2019), a estabilidade pode ser entendida como o instituto tradicional da Constituição a amparar os servidores.

[...] o fato é que ensejou na última década uma crescente resistência pelo governo federal - sem dizer dos estaduais e municipais, que meio à sorrelfa e à socapa quase sempre compactuaram com a ideia federal - àquele privilégio que apenas os servidores públicos detinham, discriminatório do cidadão comum que é instável no emprego. (ROSSI, 2019, p. 810-811).

A estabilidade, desde seu surgimento, jamais configurou um privilégio de servidores. Para Meirelles (2001, p. 415) “A estabilidade é um atributo pessoal do servidor, enquanto a efetividade é uma característica do provimento de certos cargos. Daí, decorre que a estabilidade não é no cargo, mas no serviço público [...]”. Já para Rossi (2019), a estabilidade se dá no cargo.

É o instituto constitucional mais apropriado ao bom servidor que deve ser mantido na administração pública para, com aperfeiçoamento, mediante capacitação, desenvolver serviços de qualidade, de forma impessoal, sem submissão a agentes transitórios.

“O regime de cargo foi concebido para garantir maior estabilidade no exercício das funções públicas, protegendo o servidor contra influências partidárias e pressões políticas provocadas pela constante alternância na cúpula diretiva do Estado”. (ROSSI, 2019, p. 811).

Para chegar à estabilidade, o servidor, após seu ingresso na carreira pública, é submetido a um período de três anos de estágio probatório, onde uma comissão específica avaliará sua aptidão, produtividade e eficiência no exercício do cargo. Esta avaliação, no entanto, mesmo sendo de caráter obrigatório, ocorre omissão da Administração Pública, levando à estabilidade, conseqüentemente, pelo mero decurso do prazo.

Afirma Rossi (2019, p. 812) que “trata-se de imposição voltada para Administração Pública, no sentido de que depende de providência a ser por ela adotada. Se não o fizer, a omissão não poderá prejudicar a aquisição da estabilidade pelo servidor”. Completa dizendo que “o descumprimento dessa norma constitucional de caráter obrigatório responsabiliza tão somente a administração, que poderá vir a sofrer as conseqüências em âmbito administrativo e judicial pela sua omissão”.

O maior proveito usufruído pelo servidor, ao término do período de estágio probatório, é, sem dúvida, a aquisição da estabilidade. Assim, encerrado o estágio probatório, o servidor público confirmado na carreira, adquire direito à permanência no cargo, ou seja, passa a condição de estável, ficando protegido, deste modo, contra exoneração *ad nutum* (MAZZA, 2012, p. 460). Caso contrário, não alcançando bom desempenho, o servidor é exonerado do cargo de forma involuntária. Nesse caso, a exoneração não representa punição, pois é diferente da demissão, que é uma saída punitiva.

A estabilidade é garantida somente aos servidores públicos estatutários, que ocupam cargo de provimento efetivo, não alcançando aqueles que exercem exclusivamente cargos em comissão ou função de confiança destituíveis *ad nutum*.

Não são agasalhadas, também, pela estabilidade, as atividades de caráter temporário descritas no artigo 37, IX, da CF/88.

O caráter da temporariedade é definido pela lei, conforme a atividade desenvolvida que, segundo Queiroz e Santos (2020, p. 8) “se for atividade de caráter permanente do órgão, só se admite a contratação temporária pelo tempo necessário à superação da carência de pessoal, ou para a realização de concurso público”.

Conforme exposto, em hipótese alguma é permitida a contratação temporária para o exercício de funções regulares e permanentes do quadro de servidor. Queiroz e Santos (2020, p. 8) finaliza dizendo que “a contratação temporária deve ficar limitada a situações realmente de excepcional interesse público”.

Na lição de Mazza (2012, p. 442): “os servidores estatutários são aqueles selecionados por concurso público para ocupar cargos públicos, tendo vinculação de natureza estatutária não contratual...”. É o regime que abarca maior vantagem e proteção aos agentes públicos, pois o servidor estável somente perderá seu cargo nas hipóteses previstas no artigo 41, §1º da CF.

A primeira hipótese de perda do cargo decorre da sentença judicial transitada em julgado, no caso de cometimento de crime ou improbidade administrativa pelo agente público, adentrando, nesse caso, na seara do direito penal.

A segunda hipótese é por meio de processo administrativo assegurada ampla defesa. É o chamado “processo administrativo disciplinar” que compõem os estatutos de cada ente político, o qual enseja, ao servidor, responsabilidade civil, penal e administrativa, de forma cumulativa e independente, pelo exercício irregular de suas atribuições.

Os estatutos de cada um dos entes federados apresentam um rol tipificado de condutas que importam em deveres e proibições a serem observados pelo servidor. Dentre as várias penalidades previstas para as infrações funcionais, encontra-se a demissão, que é decorrente de falta grave.

Para a imposição da penalidade ao agente público que cometer infração funcional é indispensável a abertura de processo administrativo e/ou sindicância, com o contraditório e ampla defesa. (ROSSI, 2019, p. 206).

Contudo, tais condutas apresentam-se em conceitos abertos e genéricos, dificultando sua aplicação. Como exemplo, a norma do artigo 117, inc. XV da Lei nº 8.112/90, que descreve “proceder de forma desidiosa”. Para um agir de forma objetiva, como conceituar desídia?

Rossi (2019, p. 210) ainda elucida que os poderes hierárquico e o disciplinar se relacionam, na medida em que cabe ao agente superior emitir ordens ao agente subordinado, cabendo àquele a fiscalização dos atos e comportamentos deste, bem como determinar e avocar funções, para só assim, em caso de descumprimento, ocorrer a possibilidade de aplicação de sanção.

A terceira hipótese, consiste no procedimento de avaliação periódica de desempenho aos servidores estáveis, na forma da lei complementar, assegurada ampla defesa. Rossi (2019, p. 813) lembra que “essa lei complementar, que deve ser de âmbito nacional, ainda não foi promulgada; sendo assim, o dispositivo em tela acaba sendo inútil”.

Para os casos de cargos vitalícios, compreendidos os da magistratura, membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas, após a vitaliciedade, a perda do cargo somente se dará por sentença judicial transitada em julgado. Para esses cargos, o período de estágio probatório é de apenas 2 anos. (MAZZA, 2012, p. 443).

Além disso, somente ao servidor estável é concedido o direito de reintegração. Instituto esse aplicado diante da demissão indevida do servidor, anulada, posteriormente, por sentença judicial ou por ato administrativo, conforme dicção do §2º, do artigo 41 da CF/88.

Outra garantia do servidor estável, é o direito à disponibilidade, em caso de ter seu cargo extinto ou declarado desnecessário. Em disponibilidade, o servidor fará jus a remuneração proporcional ao tempo de serviço (BRASIL, 1988). Essa garantia, no entanto, não é estendida aos servidores em estágio probatório, que poderão ser exonerados de ofício na ocorrência de idêntica situação.

Sendo assim, o poder discricionário do administrador é totalmente afastado, bem como seu poder arbitrário, impedindo-o de exonerar ou demitir, sem o regular processo legal, o servidor efetivo estável.

Nesse contexto, vê-se, claramente, uma relação jurídico-administrativa estabelecida entre o Estado e o servidor público, disciplinada por normas constitucionais e infraconstitucionais, onde a estabilidade figura como qualidade dessa condição. No entanto, a estabilidade não se faz absoluta. Nas palavras de Queiroz e

Santos (2020, p. 16) “uma vez estável, o servidor não pode ser demitido livremente. Segundo a Constituição, porém, ele não é indemissível”.

2.5 Administração Eficiente

A administração pública é norteadada por princípios que buscam atender o interesse público por intermédio da proteção dos bens comuns, e dentre eles está o princípio da boa administração. Cabe à Administração Pública, dentre os atos discricionários a seu dispor, elegê-los adequadamente com a finalidade de atingir o interesse público. Mello (*apud* MAZZA, 2012, p. 118-119), menciona que “o princípio da eficiência é um desdobramento do dever maior de boa administração”.

Todavia, o papel da Administração Pública de assegurar o bem comum e elevar a satisfação do interesse social de seus cidadãos há muito tempo foi macerado por atitudes tortuosas de seus administradores que simplesmente ignoram as leis. Leite (2001, p. 11) aponta que “[...] a Administração Pública tornou-se refúgio de práticas inescrupulosas, completamente distanciadas do interesse coletivo e o serviço público passou a se identificar com a ineficiência, a burocracia e a lentidão”, causando, com isso, prejuízo a seus administrados. A cultura de corrupção e do desperdício do dinheiro público constitui uma mancha na reputação da Administração Pública, que influencia diretamente nos resultados esperados.

A Súmula Vinculante nº 13 do STF, conhecida como antinepotismo, foi editada justamente para coibir atos ilícitos de administradores, que nomeavam seus parentes para ocupar cargo em comissão ou função de confiança.

Considerou-se que a referida nomeação de parentes ofende, além dos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, o princípio da eficiência, haja vista a inapetência daqueles para o trabalho e seu completo despreparo para o exercício das funções que alegadamente exercem. (ROSSI, 2019, p. 92).

Rossi (2019, p. 97), ainda, citando Marcelo Figueiredo, explica que “O princípio da moralidade administrativa sempre foi ameaçado e violado pela corrupção administrativa que tem raízes que se perdem na poeira dos tempos”.

Sobre a eficiência, Esaf (*apud* MAZZA (2012, p. 105), destaca “o gerenciamento de recursos públicos sem preocupação de obter deles o melhor resultado possível, no atendimento do interesse público, afronta o princípio da eficiência”. A inobservância das metas, diretrizes e planos de governo inviabiliza a prestação de serviços públicos de qualidade.

A eficiência possui valores que robustecem seu objetivo.

Economicidade, redução de desperdícios, qualidade, rapidez, produtividade e rendimento funcional são valores encarecidos pelo princípio da eficiência. É impossível deixar de relacionar o princípio da eficiência com uma lógica da iniciativa privada de como administrar (MAZZA, 2012, p. 105).

Todavia, quando gerido dentro dessa lógica de comparação entre Estado e empresa, o princípio da eficiência não pode ser usado em sua plenitude, pois a administração possui princípios finalísticos diversos. Enquanto o setor público busca o atendimento ao cidadão em suas necessidades mais básicas, o setor privado se volta para uma vertente econômica.

Rossi (2019, p. 107), conjuga a eficiência no binômio produtividade e economia desdobrando-a em diversas outras normas constitucionais e infraconstitucionais, como o artigo 41 da CF; a perda do cargo decorrente do excesso de gasto com pessoal, nos termos do artigo 169, *caput*, da CF; o “contrato de gestão” conforme aduz o artigo 37, §8º, da CF; escolas de governo para a formação e aperfeiçoamento dos servidores públicos (art. 39, §2º, da CF); e o comando constitucional para aplicação, por todos os entes federados, de recursos orçamentários derivados de sua economia, no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade (art. 39, §7º, da CF).

Outro importante desdobramento do princípio da eficiência e de desburocratização do serviço público é a Lei nº 13.726, de 2018, que trata da “simplificação de formalidades ou exigências desnecessárias ou superpostas”. Esta norma, criou um “selo de desburocratização e simplificação, destinado a reconhecer e a estimular projetos, programas e práticas que simplifiquem o funcionamento da administração pública e melhorem o atendimento aos usuários dos serviços públicos”. (ROSSI, 2019, p. 110).

Nesses desdobramentos ao princípio da eficiência, Mazza (2012, p. 106) acrescenta a duração razoável do processo administrativo, nos termos do art. 5º, LXXVIII, CF, as parcerias privadas com a Administração Pública, e o direito dos usuários de serviço público a uma prestação com qualidade e rapidez (Lei nº 13.460, de 2017). Ensina, ainda, que a administração pública deve empenhar-se para “buscar os melhores resultados através da aplicação da lei”, no sentido de se acender ao princípio da eficiência (MAZZA, 2012, p. 105).

A implementação da prestação digital dos serviços públicos na forma do Projeto de Lei nº 3443/2019 (Governo Digital), constitui mais uma ferramenta importante na modernização da administração pública direta.

O princípio da continuidade dos serviços públicos, por sua vez, prevê que o serviço público deve ser prestado de forma contínua e ininterrupta.

O serviço público, retratado por Mazza (2012, p. 601), “é aquele prestado pelo Estado, de forma direta ou indireta, em prol da coletividade e representa sempre uma prestação em favor do particular”. Trata-se de um dever do Estado, de essência constitucional (art. 175, CF/88), além de se fazer constar, expressamente, no art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/95, transcendente a simples vontade da Administração Pública.

No entanto, o princípio da continuidade aplica-se somente no âmbito do Estado prestador não valendo para outros domínios, como o poder de polícia, a atividade econômica, o fomento, as atuações políticas e as funções legislativas e jurisdicionais. (MAZZA, 2012, p. 119).

2.6 Proposta de Reforma Administrativa - PEC 32/2020

O Governo Federal, no último dia 04 de setembro de 2020, apresentou ao Congresso Nacional, para análise e votação, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 32/2020, consubstanciada no Plano Mais Brasil. Semelhante à proposta anterior (EC 19/98), está também possui base gerencia lista, ideologia de Estado mínimo, e elege, como regra, a eficiência.

A reforma traz como propósito, segundo Queiroz e Santos (2020, p. 4) “[...] a redução do gasto e da máquina pública, dentro da lógica neoliberal de revisão do papel do Estado na economia e na área social, especialmente no provimento de bens e serviços [...]”.

A ideia de modernização do Estado surge a partir da imposição de uma política de gestão voltada ao servidor público como executor direto do serviços públicos, revestindo-o de adjetivos como agilidade, adaptação a um ambiente de trabalho conectado a práticas eficientes de atuação conceituadas no mundo globalizado, além de elevar esse sujeito para interagir, de forma dinâmica, no relacionamento entre órgão e entidades públicas com a iniciativa privada (BRASIL, 2020).

Trata-se de uma reforma delineada de forma a abarcar com muita protuberância as principais área de atuação do governo, revolvendo toda sua estrutura atual. E, ainda, com metodologia utilizada pelo setor privado.

A crítica a esse modelo, espelhado no setor privado, que faz Queiroz e Santos (2020, p. 5) é a de que:

Esses modelos, baseados na lógica de mercado, não se sustentam na administração pública e geralmente são questionados pelos usuários de serviços públicos, porque adotam a lógica da relação cliente-consumidor, uma relação própria para o setor privado, mas inadequada para o setor público.

Acertadamente infere Queiroz e Santos (2020, p. 4):

Embora proposta em nome da melhoria da eficiência (fazer mais com menos), da eficácia (atingir as metas) e da efetividade (fazer a coisa certa ou atingir objetivos relevantes) das políticas públicas, e até mesmo de uma noção de ampliação do controle social, a partir da participação de organizações externas ao Estado na prestação de serviços públicos, a abordagem desconhece as diferenças entre a gestão privada e a gestão pública.

Queiroz e Santos (2020, p. 4) completa dizendo que o setor público “[...] busca o atendimento de necessidades sociais, a pacificação da ordem social e o atendimento das aspirações dos cidadãos, a satisfação de direitos coletivos”.

A execução do serviço público se abre, por meio de instrumentos de cooperação, a entidades públicas e privadas conforme dita seu art. 37-A, excetuando apenas as atividades de cargos típicos de Estado.

Extirpa o art. 39, §2º, da CF, que trata das escolas de governo para a formação e aperfeiçoamento dos servidores públicos, incluído pela EC 19/98. Nova redação do art. 39, inclui o inciso VI, que prevê a edição de lei complementar federal futura para dispor sobre o desenvolvimento e capacitação dos servidores.

As alterações propostas não abrangerão os atuais servidores que já atuam no serviço público, mas tão somente aqueles que ingressarão, posteriormente à aprovação da PEC.

Dentre os principais eixos da Reforma Administrativa está a flexibilização da estabilidade, do concurso público, do regime jurídico único e nova regulamentação para o período de estágio probatório e a avaliação de desempenho.

Os servidores públicos serão divididos em duas categorias, uma de carreiras típicas do Estado, cuja definição será delineada através de lei complementar federal a ser editada posteriormente, e outra, dos demais servidores, aqueles que sofrerão as mudanças deste instituto.

A expressão “funções públicas” do inciso I, do artigo 37, da CF, passará a vigorar como “vínculos públicos”, forma inédita de provimento de cargos públicos, de proposição aberta e de entendimento dúbio.

O inciso II do artigo 37 comportará o termo “emprego público” para a administração direta, atualmente em atuação somente na administração indireta.

Novas modalidades de vínculos jurídicos no serviço público foram apresentadas. O regime jurídico de pessoal foi desdobrado em vínculo de experiência, vínculo por prazo determinado, vínculo por prazo indeterminado, cargo típico de Estado e cargo de liderança e assessoramento.

Art. 39-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico de pessoal, que compreenderá: I - vínculo de experiência, como etapa de concurso público; II - vínculo por prazo determinado; III - cargo com vínculo por prazo indeterminado; IV - cargo típico de Estado; e V - cargo de liderança e assessoramento (BRASIL, 2020, n.p.).

O *caput* do artigo 39-A remete ao entendimento que caberá a cada ente do governo instituir seu próprio regime jurídico de pessoal dispondo suas próprias regras, deixando, com isso, aberto para cada administrador legislar de acordo com seu interesse.

O concurso público fluirá por etapas para a investidura em cargos típicos de Estado. Após a etapa de provas ou de provas e títulos, o candidato deverá cumprir um “período de experiência”, de, no mínimo, dois anos, onde deverá obter, como requisito para próxima etapa, avaliação satisfatória. Em sequência, serão cumpridos mais um período de, no mínimo, 1 ano, de efetivo exercício e “avaliação satisfatória”. Serão classificados, após esse último período, os mais bem avaliados dentro do quantitativo de vagas do edital de concurso, com direito a posse no cargo efetivo. São os únicos que serão abrangidos pela estabilidade.

Art. 37, II-B - a investidura em cargo típico de Estado depende, na forma da lei, de aprovação em concurso público com as seguintes etapas: a) provas ou provas e títulos; b) cumprimento

de período de, no mínimo, dois anos em vínculo de experiência com desempenho satisfatório [...]. Art. 41. Adquire a estabilidade o servidor que, após o término do vínculo de experiência, permanecer por um ano em efetivo exercício em cargo típico de Estado, com desempenho satisfatório, na forma da lei (BRASIL, 2020, n.p.).

Portanto, o vínculo de experiência é mais uma etapa consecutiva do concurso público que abrange somente aqueles mais bem avaliados, e não contará para fins de aquisição da estabilidade, pois não se trata de uma nomeação, mas sim, apenas de um vínculo temporário. Ele vem em substituição ao estágio probatório, não conferindo, portanto, direito automático ao cargo.

A investidura em cargo com vínculo por prazo indeterminado também ocorrerá por meio de aprovação em concurso público, a ser executado por etapas, da mesma forma do cargo típico de Estado. Porém, neste o “período de experiência” será de, no mínimo 1 ano. Ao final desta etapa, serão classificados os mais bem avaliados (com desempenho satisfatório), dentro do quantitativo do edital do concurso público.

A contratação de servidores públicos, de vínculo temporário, é direcionado ao atendimento das necessidades temporárias ou sazonais. O ingresso previsto é através de processo seletivo simplificado. Neste tipo de vínculo, ocorreu uma significativa ampliação do seu alcance, comportando outras finalidades de contratação, além das necessidades de excepcional interesse público previstas no inc. IX do art. 37, da CF.

O cargo de liderança e assessoramento ganhou nova nomenclatura, deixando de lado as “funções”. Outras posições de posto de trabalho, foram propostas, de atribuições estratégicas, gerenciais ou técnicas.

reforma, ainda, introduz o artigo 41-A no texto constitucional o qual observa que lei futura deverá ser editada a fim de dispor sobre gestão de desempenho, condições de perda do vínculo e do cargo, vedando o desligamento do servidor por motivo político-partidário.

Art. 41-A. A lei disporá sobre: I - a gestão de desempenho; e II - as condições de perda, no decorrer de todo o período de atividade, dos vínculos e dos cargos previstos: a) no art. 39-A, caput, incisos I a III; e b) no art. 39-A, caput, inciso IV, enquanto o servidor não houver adquirido estabilidade. Parágrafo único. É vedado o desligamento dos servidores de que trata o art. 39-A,

caput, incisos I a IV, por motivação político-partidária (BRASIL, 2020, n.p.).

As hipóteses de desligamento do servidor estável ocupante de cargo típico de Estado por insuficiência de desempenho, serão regulamentadas através de lei ordinária e não mais por lei complementar. Na dispensa por sentença judicial, não será mais necessário aguardar o trânsito em julgado, prevalecendo a decisão emitida por órgão colegiado. Quanto a avaliação periódica de desempenho, com a revogação do §4º do art. 41, o órgão colegiado não será mais necessário.

A reintegração do servidor que retorna ao quadro administrativo por determinação judicial, passará a ser "independentemente da existência de vaga", em contraste ao texto atual que remete a existência de vaga prévia nos termos do § 2º, art. 41, CF.

Dentre os fundamentos para uma estrutura de governança congruente e um desempenho institucional de qualidade no setor público, em contraponto à reforma, Cardoso Jr. e Pires (2020, p. 11) destaca a estabilidade na ocupação como aquela: "idealmente conquistada por critérios meritocráticos em ambiente geral de homogeneidade econômica, republicanismo político e democracia social, visando a proteção contra arbitrariedades - inclusive político-partidárias - cometidas pelo Estado-empregador".

Novas vertentes, portanto, são lançadas como exemplos de modernização da gestão pública, em contraste com a posição atual da reforma, como o modelo, dominante do cenário internacional, trazido por Cardoso Jr. e Pires (2020, p. 19) relacionado ao desempenho individual e institucional. Diferente do modelo gerencial, onde o desempenho é definido para o alcance somente de resultados, não computando a capacidade das organizações e de seus agentes, o autor informa que, nesse novo modelo, sob perspectiva de "desempenho como sustentabilidade":

O desempenho é concebido como atenção tanto à qualidade das ações como à qualidade dos resultados, isto é, aquela que procura iluminar em uma organização a sua capacidade reflexiva para desempenhar e sua habilidade em converter tal capacidade em resultados (produtos e impactos) sustentáveis ao longo do tempo, chamando atenção para possíveis resultados disfuncionais. (CARDOSO JR; PIRES, 2020, p. 19).

Esse modelo, sim, atenderia a necessidade de transformação do modelo atual inoperante, cuja ideia de desempenho não ficaria restrito apenas a capacidade, produtividade e eficiência, mas se voltaria para a produção de soluções e impactos

capazes de incidir positivamente nos mais variados contextos e, ainda, por fim, imperaria a capacidade de perdurar no tempo, isto é, de conferir sustentabilidade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conhecimento de que a ocupação de cargos e funções públicas no Brasil, iniciou-se sob forte influência política e por critérios meramente pessoais, mostrou que a estabilidade foi a barreira implantada para coibir perseguições políticas, e, assim, garantir a continuidade dos serviços públicos em prol da sociedade. Por muito tempo, a estabilidade não foi exclusiva de servidores públicos detentores de cargo efetivo. Mesmo àqueles não-concursados, eram contemplados com essa garantia ao cumprirem determinado tempo de efetivo exercício no cargo. A estabilidade, portanto, não foi criada para privilegiar servidores e sim, para lhes proporcionar uma atuação livre, impessoal e dentro dos preceitos morais.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os institutos da Administração Pública ganharam riqueza de detalhes, minimizou interpretações extirpadas e pôs fim aos excessos pretéritos. O instituto da estabilidade, em consonância com o concurso público, que passou a ser de caráter obrigatório, estabilizou-se como um importante via de democratização da gestão pública. Entretanto, apesar de haver toda uma arquitetura constitucional em torno desta matéria, ela pouco se desenvolveu na prática, haja vista a ausência do legislador em sua regulamentação. As formas de avaliação de desempenho, aprimoradas pela EC 19/98, não atingiram seu resultado esperado. Tanto a avaliação de desempenho para aquisição da estabilidade, quanto o sistema de avaliação periódica para servidores estáveis foram mergulhados por uma extensa onda de omissão por parte do poder público.

Todos esses fatores, e demais deficiências do sistema público, contribuíram para incutir no pensamento da população de que a estabilidade é a causa maior da ineficiência do servidor e, conseqüentemente, da precariedade dos serviços públicos.

A constituição passou a ser olhada como uma limitadora para o deslinde da eficiência na administração pública, corroborando, deste modo, para o surgimento de uma nova Reforma Administrativa apresentada pela EC 19/98, com foco voltado para a eficiência, produtividade e qualidade do serviço público.

No entanto, após duas décadas e pouca efetividade na consecução desta última reforma aprovada (EC 19/98), surge a necessidade de nova Reforma Administrativa, o qual fora apresentada pelo governo atual como a PEC 32/2020. Sob

o mesmo enfoque básico da reforma anterior, ou seja, pautada na necessidade de readequar os gastos com pessoal - e enxugar a máquina estatal, equilibrar as finanças públicas e trazer desenvolvimento econômico para o país, esta proposta traz alterações radicais para o modelo atual de administração pública. Em evidência, dois pontos de maior impacto merecem destaque: a estabilidade, praticamente extirpada da administração pública, fica restrita apenas aos cargos típicos de Estado, e o estágio probatório cede parte de seu período para o denominado “período de experiência”.

E, diante de inúmeras críticas a PEC 32/2020, várias teses despontaram trazendo modelos alternativos para a reformulação das políticas públicas, e para modernização do Estado.

Em tempos de globalização e, conseqüentemente, de grandes transformações tecnológicas e digitais, este estudo ilustra a preocupação na busca por políticas de implantação e sustentação de novos mecanismos que atendam as demandas contemporâneas. Contudo, o servidor ainda é o responsável pelas execuções diretas dos serviços públicos e pelas respostas às crescentes demandas do Estado em seus múltiplos aspectos. E, nessa condição, a pesquisa aponta que, só haverá mudanças qualitativas e quantitativas se, aliadas a tais inovações (tecnológicas, digitais e de modernização) houver, também, políticas de valorização do servidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 out. 2020.

_____. **Emenda Constitucional nº 19**, de 04 de julho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em: 31 out. 2020.

_____. **Lei nº 13.460**, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm>. Acesso em: 31 out. 2020.

_____. **Lei nº 13.726**, de 8 de outubro de 2018. Racionaliza atos e procedimentos administrativos dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e institui o Selo de Desburocratização e Simplificação. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13726.htm>. Acesso em: 31 out. 2020.

_____. **Lei nº 8.112**, 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8112-11-dezembro1990-322161-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 31 out. 2020.

_____. **PEC 32/2020**. Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2262083>>. Acesso em: 31 out. 2020.

_____. **L. Projeto de Lei nº 3443/2019**. Dispõe sobre a prestação digital dos Serviços Públicos na Administração Pública - Governo Digital. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2207511>>. Acesso em: 31 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 13 - Nepotismo**, de 29 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2227/Sumulas_e_enunciados>. Acesso em: 31 out. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. Reforma Administrativa (primeiras impressões). **R. Dir. Adm.**, n. 214, p. 69-98, out./dez., 1998

CARDOSO JR., José Celso e PIRES, Roberto R. Cadernos-Reforma Administrativa nº 7. **Fonacate**. Disponível em: <<https://fonacate.org.br/wp-content/uploads/2020/07/Cadernos-Reforma-Administrativa-N.-7.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. **Tudo sobre a reforma administrativa e as mudanças constitucionais**. Brasília: Jurídica, 1998. v. 4.

FÓRUM NACIONAL PERMANENTE DE CARREIRAS. Cadernos-Reforma Administrativa nº 13. **Fonacate**. Disponível em: <<https://fonacate.org.br/wp-content/uploads/2020/08/Cadernos-Reforma-Administrativa-N.-13.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2020.

GUEZEGOCH, Hellen. **A Estabilidade do Servidor Público e o Projeto de Lei Complementar do Senado nº 116/2017**: Principais implicações no âmbito da Administração Pública. 2019. 53f. Projeto de Pesquisa de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Ensino Superior do Centro do Paraná - UCP, Pitanga, 2019.

JUSTEN FILHO, Maarçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Funções administrativas do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

LEITE, Rosimeire Ventura. O princípio da eficiência na administração pública. **R. Dir. Adm.**, n. 226, p. 251-263, out./dez., 2001

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo**. 26. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOTA, Gabriel Percílio Pereira. **Análise da relação da estabilidade dos servidores públicos como instrumento para maior desempenho**: da necessidade e eficiência das mudanças no instituto. 2019. 37 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Administração Pública) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2019.

QUEIROZ, Antonio Augusto; SANTOS, Luiz Alberto (2020). Cadernos-Reforma Administrativa nº 2. **Fonacate**. Disponível em: <<https://fonacate.org.br/wp-content/uploads/2020/07/Cadernos-Reforma-Administrativa-N.-2.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2020.

ROSSI, Licínia. **Manual de direito administrativo**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SANTOS, Daniele Carvalho. **Estabilidade no serviço público brasileiro**: efeitos da Emenda Constitucional nº 19/1998. 2018. 94f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Administração Pública) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2018.

ATIVISMO JUDICIAL E SUA EXPANSÃO DE PODER

ROBERTO MÁRIO RASO:
Bacharelado do Curso de Direito
UNA - Campus Aimores - BH

GUSTAVO OLIVEIRA DE SOUZA¹

(coautor)

RESUMO: O presente artigo visa abordar a tripartição e harmonia entre os poderes no âmbito da União, seu surgimento, atuação e o elevado protagonismo tomado pelo Judiciário. A obra literária *O Espírito das Leis*, de Charles de Montesquieu, Filósofo Frances Iluminista e Professor, do século XVIII, defende a tripartição dos poderes em: Executivo, Legislativo e Judiciário. Obra, que busca mostrar que o poder gerido por uma única pessoa gera um Estado Absolutista e um Governo autoritário. Já o poder dividido por mais pessoas, poderes independentes, reduz a possibilidade de abusos. O Brasil, em sua democracia, adota o princípio da separação dos poderes, que é cláusula pétrea presente no texto constitucional não sendo possível sua alteração. O poder é indivisível, pois esse emana do povo. Traz o artigo 2º da Constituição Federal, a independência e harmonia entre os poderes. Cada qual com sua função típica, mas também agindo como limitador de crescimento uns dos outros. Adota-se como método de abordagem o hipotético-dedutivo e, como método de procedimento descritivo, a pesquisa bibliográfica, pois se busca na doutrina elementos para a compreensão do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Separação dos Poderes. Harmonia. Legislativo. Executivo. Judiciário.

ABSTRACT: This article aims to address the tripartition and harmony between the powers within the Union, their emergence, performance and the high role taken by the Judiciary. The literary work *The Spirit of Laws*, by Charles de Montesquieu, French Illuminist Philosopher and Professor, from the 18th century, defends the tripartition of powers in: Executive, Legislative and Judiciary. Work that seeks to show that the power managed by a single person generates an Absolutist State and an authoritarian Government. Power divided by more people, independent powers, reduces the possibility of abuse. Brazil, in its democracy, adopts the principle of separation of powers, which is an essential clause present in the constitutional text and its

¹ Bacharelado do Curso de Direito UNA - Campus Aimores - BH

amendment is not possible. Power is indivisible, because it emanates from the people. It brings article 2 of the Federal Constitution, the independence and harmony between the powers. Each with its typical function, but also acting as a growth limiter for each other. The hypothetical-deductive method of approach is adopted and, as a method of descriptive procedure, a bibliographic search, as the doctrine seeks elements for understanding the theme.

KEYWORDS: Separation of Powers. Harmony. Legislative. Executive. Judiciary.

SUMÁRIO: 1 Introdução - 2. Separação dos Poderes e Ativismo Judicial: 2.1 Princípios da Separação dos Poderes; 2.2 Surgimento e Conceito de Ativismo Judicial; 2.3 Fundamentos do Ativismo Judicial; 2.4 Ativismo Judicial e Supremo Tribunal Federal; 2.5 Crítica a Expansão da Intervenção Judicial. 3. Conclusão. 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O poder soberano é do povo, e não daquele que é indicado por representante eleito para ocupar cadeira em corte superior, pois a República é um Estado democrático de direito.

De acordo com o art. 2º, da Constituição Federal de 1988, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si, sendo que cada qual exerce um papel diverso na sociedade brasileira. Contudo, nos últimos anos, no Poder Judiciário, decisões são tomadas com ingerência no âmbito de atuação de outro poder, corroborando no fenômeno do ativismo judicial, consubstanciado no maior protagonismo do Judiciário.

Consiste o ativismo judicial, em extrapolar o âmbito de atuação do Judiciário, com a prolação de decisões que acabam por interferir na esfera dos demais poderes, em especial do Legislativo, como comumente se tem visto nas decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que o ativismo judicial é perigoso, pois acaba por propiciar certa insegurança jurídica às decisões, eis que o juiz de direito acaba por não pautar sua decisão com base no ordenamento jurídico brasileiro, não raras vezes invocando suas convicções pessoais, diante da ausência legislativa sobre determinado assunto.

É nesse contexto que se situa esse estudo, que tem por objetivo analisar a atuação do Judiciário brasileiro, em especial, o Supremo Tribunal Federal, sob o enfoque do chamado ativismo judicial e do constitucionalismo contemporâneo.

O direito aqui é instituído de forma democrática, os poderes se complementam, interagem e se fiscalizam. Fiscalizar sim, invadir a esfera de atuação do outro não. Postura essa que se ocorrer é um flagrante desrespeito a Magna Carta.

2 SEPARAÇÃO DOS PODERES E ATIVISMO JUDICIAL

No cenário, marcado pela concentração de poderes da França absolutista do século XVI a XVIII é que surge a figura do Barão de Montesquieu, autor do conceito clássico de separação dos poderes e pensador de enorme influência na organização política dos estados já à sua época. Sua nova proposta de forma de governo é sintetizada por Souza Júnior (2002, p. 26-27) nos seguintes termos:

[...] propõe um modelo institucional, uma receita juspolítica (senão para todo o Ocidente, pelo menos para a sua França), que viabilizasse, pela Constituição, a liberdade encontrável na Inglaterra. O modelo pode ser condensado na seguinte fórmula: (a) dividir o poder estatal entre os três órgãos existentes (Rei, Parlamento e Juizes), (b) atribuindo-se a cada um deles uma das três funções em que se poderia classificar a política (função executiva, função legislativa e função judicial) e (c) de uma forma a mais separada ou pura possível, posicionando os três órgãos (com o exercício especializado das respectivas funções), em um quadro de relações recíprocas, reforçado por mecanismos adicionais de travamento - a independência e a harmonia, de que falam, ainda hoje, vários textos constitucionais.

Os poderes foram criados para se frearem, surgindo assim à tripartição dos poderes, o Sistema de Freios e Contrapesos. O Poder Legislativo tem em sua função típica de legislar, criando leis que atendam aos anseios da sociedade, o Legislador, escuta, pensa e diz qual o direito necessário para a sociedade. É também sua função típica a de fiscalizar. Mas, possui também funções atípicas que são a de administração própria e também julgadora em casos de crime de responsabilidade praticados pelo Executivo.

Já o Executivo tem como função típica exercer uma governança, administrando o Estado, executar o que determinam as leis vigentes, com isso atendendo as necessidades da população. Já como atípico esse pode legislar através de atos normativos como Medidas Provisórias, Decretos, Leis Delegadas e normatizando leis.

O Poder Judiciário tem como função típica julgar resolvendo os conflitos a este colocados exercendo a jurisdição. Já como atípica este legisla e administra. Isso quando um Tribunal elabora seu Regimento interno e abre concursos públicos.

O Judiciário nunca possuiu tanto destaque como nos dias atuais. Infelizmente não só por sua atuação como casa de poder, mas sim por sua intromissão nos demais poderes, alegando enxergar com seus olhos uma omissão e até incompetência do Executivo e Legislativo. O faz, fugindo do seu fiel propósito, que é o de se manter vigilante, presente e ativo, e não buscar expandir sua área de atuação e esfera de poder.

Vale ressaltar como já exposto, que os poderes gozam de função típica e atípica, mas uma atipicidade não configura brecha constitucional e difusão de poder. Nossa Corte Suprema caminha construindo uma pirâmide de poder, onde o Executivo e Legislativo figuram como peças terrenas e o Judiciário atual se estabelece sozinho no topo. Colocado lá por si próprio, e não investido pelo constituinte.

O texto constitucional é claro ao tratar os poderes de forma que não exista hierarquia entre os mesmos. Segundo Flávia Messa (2018, p.41) "O direito constitucional é o *ponto de apoio* das demais disciplinas jurídicas. É o *tronco* do qual se separam os demais ramos, dando as coordenadas da vida jurídica do Estado".

De fato, são ainda mais relevantes os dois princípios quando entendidos no contexto do sistema de freios e contrapesos, isto é, o sistema de mecanismos interior ao funcionamento dos poderes que, de forma legítima, interferem na atuação um dos outros. A independência, portanto, não deve ser entendida de forma absoluta, uma vez que, por determinação constitucional é conferido a cada um dos poderes certa gerência sobre os outros. Já a harmonia se refere ao modo de exercício do poder, que não pode se utilizar das prerrogativas de interferência para garantir mais poder a si e, conseqüentemente, menos ao outro.

É justamente pelo sistema de pesos e contrapesos que o poder controla o poder, como concebeu Montesquieu. E, sobre a consagração de tal princípio no direito brasileiro, Ferraz (2007, p. 52) elucida:

[...] os membros do Supremo Tribunal Federal são escolhidos pelo Presidente da República e se submetem à aprovação pelo Senado Federal, as leis aprovadas pelo Legislativo e sancionadas pelo Executivo se submetem ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, o julgamento do Presidente da República nos crimes de responsabilidade é de competência do Senado Federal, presidido pelo presidente do Supremo Tribunal, e assim em diante.

2.1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Os princípios da harmonia e independência norteados por Montesquieu estão dispostos também no atual artigo constitucional que versa sobre a questão, cláusula pétrea, qual seja o art. 2º da Constituição Federal de 1988, que de forma expressa determina a independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Silva (2019, p. 110) assim define o princípio da independência:

[...] significa: a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.

Já o princípio da harmonia, segundo Canotilho e Moreira (1991, p. 71) pode ser compreendido nos seguintes termos:

[...] compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possível. A segunda determina que os titulares dos órgãos do Poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade do Estado (statesmanship).

A independência entre os poderes significa distribuir entre eles as funções essenciais a ser prestada pela União, uma melhor governabilidade da nação. Segundo Hack, (2012, p.164)

A tripartição, além desse caráter prático, também se destina a fazer com que cada um dos poderes seja controlado pelos

demais, de forma que não haja uma excessiva concentração de poder e exista um controle efetivo da coisa pública pelo próprio Estado.

2.2 SURGIMENTO E CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

A primeira questão a se ressaltar, nesse ponto, como lembra Barroso (2017), é que a expressão “ativismo judicial” foi cunhada nos Estados Unidos e empregada, sobretudo para relatar as decisões da Suprema Corte durante os anos de 1954 e 1969, quando ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação às práticas políticas nos Estados Unidos, culminando numa jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais.

Uma das práticas que mais tem chamado a atenção dentro da interpretação e aplicação do Direito, em especial no que se refere à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tem sido o fato a que se tem levado o Poder Judiciário, principalmente dentro do Supremo Tribunal Federal, a proferir decisões de cunho normativo. O ativismo judicial, como é chamado, é tido como o fato de exercer funções para além dos limites impostos pelo ordenamento.

Segundo os ensinamentos de RAMOS (2013, p. 308), ativismo judicial é o:

“exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios subjetivos [...] e controvérsias jurídicas de natureza objetiva [...]”.

Semelhantes são os ensinamentos de Moraes (2019, p. 21), que pontua:

A partir da constatação de cinco significados, o fenômeno sob investigação pode ser examinado como (i) “prática utilizada para atacar os atos emanados de outros Poderes do Estado, com constitucionalidade defensável”, (ii) “estratégia de não aplicar os precedentes”, (iii) “afastamento dos cânones de interpretação”, (iv) “conduta de legislar a partir dos tribunais” ou (v) “julgamento predeterminado a um fim”.

E o autor filia-se à corrente que defende ser o ativismo judicial um método de criação judicial do Direito para além da lei, mas dentro da noção de justiça (MORAES, 2019).

Já Barroso (2010, p. 84) define o ativismo judicial como “postura do intérprete, de modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para além do legislador ordinário”.

Portanto, o ativismo judicial, em apertada síntese, consiste na atuação proativa do Poder Judiciário, ou seja, está associada à participação mais ampla e intensa deste Poder na defesa, aplicação e concretização dos valores constitucionais.

2.3 FUNDAMENTOS DO ATIVISMO JUDICIAL

Segundo Barroso (2010), o fim do período ditatorial e a promulgação da Constituição Federal de 1988 apresentaram condições propícias para o desenvolvimento do ativismo judicial no Brasil. De fato, inúmeras são as decisões, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que demonstram claramente a postura proativa do Poder Judiciário.

Segundo Mello (2012), o Judiciário assumiu uma conotação quase normativa nos últimos anos, com decisões que obrigam o Estado, sobre um olhar mais crítico, a agir em questões que, num primeiro momento, não seriam de responsabilidade do Poder Judiciário.

Por fim, vale ressaltar que, para Barroso (2017), o fundamento do ativismo judicial é a atuação mais progressista, ampla e intensa decorrente da crise vivenciada pelo Estado brasileiro nas últimas décadas, mormente quanto à consagração dos direitos fundamentais.

2.4 ATIVISMO JUDICIAL E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

De acordo com Moraes (2019), o protagonismo do Poder Judiciário, no Brasil, é claramente sentido em decisões que envolvem questões polemicas, de dissenso moral razoável e aspectos não socialmente estáveis, o que é uma realidade não apenas no Brasil, mas também em outros Tribunais Constitucionais.

É inegável o papel de proeminência que o Supremo Tribunal Federal exerce atualmente na vida econômica, social e política atualmente na sociedade. Como observa Vieira (2018, p. 161):

A Constituição de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal um papel central no sistema político brasileiro. Nos últimos anos, raros foram os dias em que decisões do Supremo Tribunal Federal não se tornaram manchete dos principais jornais brasileiros, seja nos cadernos de política,

economia, legislação, polícia, seja mesmo ciência, educação ou cultura. Todas as questões mais relevantes discutidas na sociedade brasileira parecem, mais dia menos dia, reclamar uma decisão do STF, tornando a sua presença uma constante na nossa vida pública.

Salienta o autor ainda que, na história da organização do Estado brasileiro, não existiu momento em que a Corte teve relevância correlata:

Embora o Supremo tenha desempenhado posição relevante nos regimes constitucionais anteriores, com momento de enorme fertilidade jurisprudencial e proeminência política, como na Primeira República, ou ainda de grande coragem moral, por exemplo, no início do período militar, não há como comparar a atual proeminência do Tribunal com a sua atuação passada (VIEIRA, 2018, p. 161).

Isto posto natural questionar as razões para a alçada, não só da Corte Constitucional como também de todo o Poder Judiciário, à um posto tão relevante na vida política brasileira. Em meio a esse cenário é que a dúvida principal que se insurge é a de qual seria um meio-termo para a interpretação ativista do Poder Judiciário, sem que configure afronta aos Poderes Executivo e Legislativo.

2.5 CRITICA A EXPANSÃO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL

A incompatibilidade do desenho institucional do Judiciário e o crescente protagonismo deste poder fomenta diversas críticas, principalmente quanto à mitigação do sistema de freios e contrapesos. Como observa Barroso (2017), várias são as objeções à atuação mais ativa do Poder Judiciário, principalmente pela ingerência desse poder no âmbito de atuação do Executivo e Legislativo.

Um ferrenho crítico do ativismo judicial é Lenio Streck (2013), por entender que o protagonismo do Poder Judiciário, no Brasil, é acentuado, corroborando para o que denomina de "juristocracia". Logo, conclui que o ativismo judicial representa um perigo para a representação política, pois a afronta à Constituição Federal, por parte do Poder Judiciário, é mais grave que qualquer outra deferida pelos demais poderes, já que ao Judiciário compete a sua guarda.

Em recente artigo o autor critica a confusão que comumente se faz entre judicialização e ativismo judicial, ressaltando que no ativismo o Judiciário coloca-se no lugar dos juízos políticos do legislador os seus valores (STRECK, 2020).

Não bastasse isso, há o que Veríssimo (2008, p. 415) denomina de “ativismo à brasileira”, de forma crítica, definida nos seguintes termos:

O fato de possuir uma corte suprema ativista não chegaria, por si só, a tornar o caso brasileiro uma espécie de anomalia entre as nações ocidentais, já que o crescente ativismo das cortes supremas e constitucionais tem sido um fenômeno relativamente global. No entanto, o que torna o caso brasileiro anômalo é o fato de essa corte ser, também, a mais produtiva do País (certamente, uma das mais produtivas do mundo), sobretudo quando se considera o número de casos julgados ao ano por magistrado. Isso, sem dúvida, é um traço particular de nossa experiência, caracterizando aquilo que poderia ser chamado, com alguma ironia, talvez, de ativismo à brasileira.

Vieira (2018, p. 166), após apontar a distinção do caso brasileiro em relação à quantidade de temas apreciados, distinção de escala, observa uma segunda particularidade, de natureza:

De natureza pelo fato de não haver nenhum obstáculo para que o Supremo aprecie atos produzidos pelo sistema representativo, inclusive pelo próprio poder constituinte reformador; Assim, suas decisões não podem, em tese, ser derrubadas pelo parlamento, como na maioria das democracias constitucionais. Assim sendo, o Supremo exerce o controle tanto sobre a política ordinária, analisando a constitucionalidade de leis e atos do Executivo, como sobre a política constitucional. Talvez as supremas cortes indiana e colombiana sejam as únicas que partilhem o status supremocrático assumido pelo STF no Brasil a partir de 1988.

Uma terceira diferenciação, claramente intensificada nos últimos anos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, é a carência de fundamentação adequada, utilização de argumentos metajurídicos e finalísticos, que resultam em decisões sem padrão identificável e imprevisíveis.

A ideia de que as decisões ativistas do Supremo, no campo de direitos fundamentais sempre caminham à expansão de direitos, como pensam alguns

doutrinadores (o que mesmo assim não as legitimaria), não sobrevive a uma análise rápida da jurisprudência recente da Corte.

É lastimável que a mais alta Corte constitucional do país, cuja função precípua é a proteção de direitos e garantias individuais em consonância com a Carta Magna, utilize em suas decisões o argumento da “fortíssima opinião popular” sobre qualquer tema. Espera-se justamente, que ante o clamor popular, a Corte possa exercer sua força contra majoritária e decidir conforme a Constituição.

Ora, por óbvio que não cabe a um ministro do Supremo Tribunal Federal decidir baseado em sua concepção pessoal do que serve melhor ao país. A concepção de um ministro da interpretação da Constituição que melhor serve ao país é, ou deveria ser completamente irrelevante a uma decisão de constitucionalidade da norma.

Deve-se notar ainda que o decisionismo baseado em argumentos metajurídicos e finalísticos, que por vezes se decide na esteira de ampliar garantias individuais, é o mesmo decisionismo que faz leituras incabíveis da Constituição em sentido contrário. O ativismo judicial brasileiro não tem direção única.

Evidente que o fenômeno do protagonismo judicial, presente em diversas democracias pelo mundo, não é ruim per se, mas a forma como esse ativismo vem sendo exercido no Brasil possui diversos problemas. Faz-se necessário uma adequação do fenômeno à realidade institucional brasileira, de modo a gerar maior *accountability* e um padrão de decisões previsíveis, o que só poderá ser alcançado, a começar, por uma *ratio deciendi* pautada no direito infra e constitucional, e menos principiológica finalística.

Conclui-se por fim, que o modo de exercício do protagonismo judicial na contemporaneidade pelo Supremo Tribunal Federal, acaba por resultar na perda de autoridade do Direito.

3 CONCLUSÃO

De fato, apesar de possuir algumas das prerrogativas que conferem ao STF o poder de assim decidir desde a Constituição Federal de 1988 (como o excesso de competências e o alto número de direitos individuais dispostos na Carta Magna, que possibilita a judicialização da política), o ativismo judicial exacerbado é uma característica relativamente recente observada na Corte.

Tal fenômeno tem como uma de suas principais causas a chamada crise de representatividade, de observância mundial, onde a sociedade, por sentir que as promessas do Estado de bem-estar social não restaram cumpridas, não se sente refletida pelos representantes dos poderes políticos.

Nesse contexto, com a ascensão ainda do conceito de supremacia constitucional, o Poder Judiciário, principalmente na figura no Supremo Tribunal Federal, busca cumpri-las por meios incabíveis, não observando o modo ideal de implementação de políticas públicas e ocasionalmente maculando o princípio da separação de poderes.

Destarte, percebe-se que o ativismo judicial é tema que fomenta debates, inexistindo consenso, na doutrina, quanto aos seus benefícios e malefícios. Em qualquer caso, não se pode ignorar a importância de se observar os princípios constitucionais, em especial o da separação dos poderes, sob pena de corroborar para a instabilidade institucional.

Assim, o ativismo alcança todas as esferas, o que estimula críticas, pois corrobora para a instabilidade institucional, principalmente pela ingerência do Judiciário na esfera de atuação do Legislativo e Executivo. Decerto, embora necessária, não se pode aceitar o ativismo acerbadado, como vem ocorrendo, pois afronta o princípio da separação dos poderes.

4 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 7°. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Cadernos da AMATRA IV**, Porto Alegre, ano 5, v. 14, p. 72-86, jun. 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Os poderes do presidente da República**. Coimbra: Tempo Brasileiro, 1997.

FERRAZ, Sérgio Valladão. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

FUTTERLEIB, Lígia Leindecker. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 1°. Ed. Curitiba: Intersaberes, 2012.

HACK, Érico. **Direito Constitucional: conceitos, fundamentos e princípios básico**. 1°. Ed. Curitiba: Intersaberes, 2012.

IGNACIO, Julia. Sistema de freios e contrapesos: o que é?. Politize. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/sistema-de-freios-e-contrapesos/>>. Acesso em: 22 ago.2020.

MESSA, Ana Flávia. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Guilherme Braga Peña. Protagonismo institucional do Poder Judiciário contemporâneo: reflexos sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. **Direito em movimento**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, p. 15-33, 2º sem. 2019.

MOREIRA, Paulo Junior. **A harmonia entre os Poderes e o Judiciário como guardião dos direitos e garantias fundamentais**. jus.com.br. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61533/a-harmonia-entre-os-poderes-e-o-judiciario-como-guardiao-dos-direitos-e-garantias-fundamentais>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia: O STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PISKE, Orina; SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)**. tjdfjt.jus.br. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 306.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial e a vitória de Pirro na decisão de Fux. **Consultor Jurídico**, 27 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-27/streck-ativismo-judicial-vitoria-pirro-decisao-fux>>. Acesso em: 01 set. 2020

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? **Consultor Jurídico**, 13 jun. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 01 set. 2020.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial à brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 407-440, 2008

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ACESSO A INTERNET: VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA E SUA RESPONSABILIDADE CIVIL. ANÁLISE A PARTIR DO INCISO I, ARTIGO 7º, DO MARCO CIVIL DA INTERNET

GRASIANE MARIA SERRA DA COSTA:

Bacharelanda em Direito pela Instituição de ensino Centro Universitário UNA

BIANCA DOS SANTOS SILVA

(coautora)

MARCELO HENRIQUES ANDRADE²

(orientador)

Resumo: O presente artigo tem como objetivo elucidar a responsabilidade civil nos meios digitais. A cada dia a internet vem crescendo em números de usuários, e com isso cresce também a ocorrência de relações digitais danosas, o que se faz necessário a responsabilização civil do autor do dano. É de suma importância a análise por meio dos doutrinadores e também do ordenamento jurídico dessas relações contemporâneas que vem surgindo, o direito precisa acompanhar as mudanças e evoluções cotidianas da era digital para que os agentes causadores de danos não saiam impunes. Diante do exposto é notório a relevância do assunto a ser tratado, visto que para muitos indivíduos a internet é uma “terra sem lei”, na qual se pode fazer tudo aquilo que convier, desta forma se torna importante salientar que a responsabilidade civil é o dever incumbido de ressarcir os danos causados a outrem. Como pilar a Lei 12.965/14, vamos discorrer a respeito dos princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. A metodologia adotada neste estudo é baseada em pesquisas documentais e bibliográficas, alicerçadas na leitura de artigos e demais publicações acerca do tema tratado, utilizando-se de métodos como abordagem qualitativa.

Palavras-chave: Internet; Lei 12.965/14; Responsabilidade Civil.

Abstract: This article aims to elucidate civil liability in digital media. Every day the internet is growing in numbers of users, and with that the occurrence of harmful digital relationships also grows, which makes civil liability of the perpetrator of the damage

² Advogado, mestre em direito privado com especialização *latu senso* em direito processual. Atuação nas áreas cível, empresarial, contratos e responsabilidade civil, com experiência na coordenação de equipes para atuação em processos de massa.

necessary. It is of utmost importance to analyze through the doctrines and also the legal order of these contemporary relations that have emerged, the law needs to accompany the daily changes and evolutions of the digital age so that the agents that cause damage do not go unpunished. In view of the above, the relevance of the subject to be addressed is notorious, since for many individuals the internet is a “land without law”, in which everything that suits them can be done, thus it becomes important to emphasize that civil liability is the duty to compensate for damages caused to others. As a pillar of Law 12.965 / 14, we will discuss the principles, guarantees, rights and duties for the use of the Internet in Brazil. The methodology adopted in this study is based on documentary and bibliographic research, based on the reading of articles and other publications on the subject treated, using methods as a qualitative approach.

Keywords: Internet; Law 12.965 / 14; Civil Liability.

Sumário: 1. *Introdução.* 2. *Internet: Aspectos Conceituais, Históricos e Legislativos.* 3. *Da Responsabilidade Civil Nos Meios Digitais: Internet Terra Sem Lei?;* 3.1. *Princípios Fundamentais do Marco Civil da Internet.* 3.1.1; *Confronto Entre Princípios: Liberdade de Expressão X Honra;* 3.2. *Inviolabilidade à Privacidade.* 4. *Considerações finais.* 5. *Referências.*

1. INTRODUÇÃO

Atualmente vivemos na era digital, onde todas as informações que precisamos podem ser buscadas na internet, mas não é só isso que ela nos proporciona, pois, a internet também é fonte de trabalho, além de trazer entretenimento para muitas pessoas. Estima-se que de 7,5 bilhões de habitantes espalhados pelo mundo 4 deste são usuários da internet segundo relatório *Global Digital Statshot 2019*, feito pelas empresas americanas de dados *Hootsuite e We Are Social* (Fonte: Hootsuite/We Are Social/Divulgação) no Brasil, este número é ainda maior, visto que de 210 milhões de habitantes em torno de 139 milhões são usuários da internet. O país se encontra na 3ª posição dos países que passam mais tempo nas redes, convertendo isso em números podemos falar de um tempo médio de 9 horas e 14 minutos. Isso deixa claro, a razão mais que suficiente para se falar em responsabilidade civil no âmbito digital.

A internet tornou-se um espaço de livre manifestação democrática de pensamentos, informações e ideias. Com isso tornou-se também um lugar propício para transgressão da lei em virtude de um bombardeio de informações, uma vez que usuários se escondem no anonimato para cometer danos, sejam eles morais ou

patrimoniais, transformando o meio digital em uma terra sem lei. Tendo em vista este cenário, muitos direitos acabam batendo de frente, o que nos leva a realizar alguns questionamentos: como garantir a alguém seu direito à liberdade de expressão ou garantir que a honra de alguém jamais seja atingida? Seria possível, no âmbito digital, contribuir para que ninguém seja vítima de um discurso de ódio ou até mesmo uma *fake news*?

Foi em meio a estes e outros questionamentos sobre o tema que o legislador criou a Lei 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, no intuito de solucionar um turbilhão de dificuldades acerca desses atos danosos cometidos no meio digital. Muito embora a lei haja limitações, a mesma veio para estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 assegura a liberdade e o acesso à informação, porém, não menciona o acesso à internet, com isto a necessidade de uma lei específica. Neste sentido, esta pesquisa visa o esclarecimento das formas de fiscalização dos atos e irregularidades cometidos na internet e sua responsabilidade quanto aos conteúdos publicados.

O tema abordado na pesquisa é "Acesso a internet: Violação da Intimidade e da Vida Privada e sua Responsabilidade Civil. Análise a partir do inciso I, artigo 7º, do Marco Civil da Internet", tendo em vista a grande importância dos meios de comunicação e a relevância de uma norma específica para regulamentação do tema. Esta lei tem como pilar a neutralidade da rede, a liberdade de expressão e a privacidade dos usuários.

A internet é realmente uma "terra sem lei"? Com base neste questionamento, no que tange ao mundo virtual, vimos a necessidade de abordar este assunto, uma vez que muitos usuários do mundo digital usam destes meios para cometer atos ilegais, se passando por uma pessoa que não é, invadindo o direito de outros usuários. Utilizaremos como base para tal pesquisa a lei 12.965/14 para, desta forma, aprofundarmos nossos estudos.

É possível identificar os atos infracionais cometidos na internet? Extraí-se, deste modo, a necessidade da restauração do equilíbrio social gerado por uma ação (fato social) de um indivíduo que causou danos, seja ele moral ou patrimonial. Neste sentido, GONÇALVES (2009, p.9) leciona que "o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil".

E qual a importância de tal lei para a sociedade? Com tantos atos praticados nos últimos anos se fez necessária uma norma para tentar sanar tal problema, o

Marco Civil da Internet veio para coibir os usuários que fazem o mal-uso da internet, aplicando as sanções necessárias de forma a responsabilizar o agente pelo dano causado.

O objetivo geral desta pesquisa é analisar as legislações vigentes que regulamentam a privacidade e os dados de proteção na internet, de modo a verificar a privacidade de dados dos cidadãos e averiguar a eficácia dessas normas, dando ênfase ao Marco Civil da Internet.

2. INTERNET: ASPECTOS CONCEITUAIS, HISTÓRICOS E LEGISLATIVOS

Podemos conceituar a internet como um sistema mundial de redes com o objetivo de interligar computadores no intuito de levar ao usuário o acesso a uma infinidade de informações. Com a evolução tecnológica houve uma facilidade de interações das pessoas do mundo inteiro. Vivemos em um momento onde é bastante comum o compartilhamento de dados através dos meios de comunicação.

Discutindo sobre o tema em sua obra, BARROS (2007, p.6), conforme citado por NEVES (2012, p.15) conceitua "a *internet* é, portanto, um grande meio de comunicação, onde pessoas de diversos pontos do planeta, com culturas diferentes, podem interagir e trocar informações, desde que dominem a língua".

O surgimento desse meio de comunicação iniciou-se com a descoberta do rádio, foi aí que logo em seguida surgiram os computadores, no período da Segunda Guerra Mundial, e durante este período as informações deixaram de ser apenas registros físicos e passaram a ser processados em computadores.

Aduz VIEIRA (2007, p.189) que a internet surgiu por meio de estudos científicos realizados pelos Estados Unidos, cujo intuito era a criação de uma tecnologia que fosse intocável pelo "inimigo", em meio à Guerra-Fria, assim, operacionalizado pela Agência de Projetos de Pesquisa Avançada (*Advanced Research Projects Agency – ARPA*) do Departamento de Defesa, denominado *ARPAnet*.

Em 1970 e 1980, a internet começou a ser utilizada para fins acadêmicos, deixando de ser uma ferramenta desfrutada apenas pelo governo. E foi a partir de 1990 que a internet começou a ser utilizada pela população em geral, por meio da conexão empresarial e residencial oferecida através de empresas que ofereciam tal serviço.

Sancionada em 23 de junho de 2014 pela Presidente Dilma Roussef, a Lei 12.965/2014 conhecida como Marco Civil da Internet, tem escopo em diretrizes estabelecidas por meio de princípios, garantias, direitos e deveres das partes, para o uso da internet no Brasil.

Esta lei, também chamada de Constituição da Internet Brasileira, visa disciplinar a relação entre os usuários e as respectivas empresas operadoras de produtos e serviços ligados diretamente à internet.

A Constituição Federal e outras legislações já previam em seus artigos a proteção aos direitos de liberdade de expressão e privacidade, mas devido às constantes transformações da sociedade, e levando em consideração que as normas devem acompanhar tal evolução, houve uma necessidade de adequar as transformações advindas dos avanços tecnológicos, criando se então uma lei específica.

Cabe salientar que o povo participou do processo de desenvolvimento do Marco Civil por meio de comentários a respeito dos artigos elaborados e externando opiniões através das audiências públicas ou portais da internet relacionados ao projeto, tal como portal e-Democracia.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS MEIOS DIGITAIS: INTERNET TERRA SEM LEI?

A internet é uma ferramenta muito importante nos meios de comunicação utilizados pela população mundial. Visto sua importância no contexto individual de cada cidadão, fez se necessário uma legislação específica para tratar tal matéria.

Para discorrer a respeito da responsabilidade civil é preciso antes compreendermos o conceito de ato ilícito, este é um tema de muita relevância, visto que é a partir dele que a pessoa que sofreu o dano invoca a responsabilidade civil para que o autor tenha o dever de indenizá-lo pelo dano sofrido.

Sílvio de Salvo Venosa conceitua o ato ilícito da seguinte forma:

[...] os atos ilícitos são os que promanam direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento. O ato voluntário é, portanto, o primeiro pressuposto da responsabilidade civil [...]. O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve reverter-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia ou sucessão de atos ilícitos, uma

conduta culposa. Raramente a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgride um dever. Como já analisamos, ontologicamente o ilícito civil não difere do ilícito penal; a principal diferença reside na tipificação estrita deste último. (VENOSA 2013, p.24)

O elemento essencial para assumir a responsabilidade pelos atos ilícitos praticados é que haja a conduta ou fato praticado pelo agente. O comportamento humano pode obedecer ou violar a lei e a ordem jurídica. Os indivíduos podem cumprir os requisitos legais ou proceder em desobediência a elas.

Conforme se impõe no artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência” pode se observar que a conduta é o principal elemento do ato ilícito, sendo este o requisito necessário para que seja dado início à análise da responsabilidade civil.

Maria Helena Diniz leciona a respeito do assunto:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiros, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado. (DINIZ 2005, p. 43)

A responsabilidade sai de sua inércia quando ocorre violação a um dever já existente. No entanto, mesmo que ocorra a violação de um dever jurídico, não haverá indenização se não houver nenhum dano ou prejuízo. Isso porque a obrigação de indenizar sucede a violação de um direito e do dano causado, sendo estes requisitos síncronos.

Para tanto vejamos o conceito de responsabilidade civil:

A responsabilidade civil pode ser conceituada na reparação de dano que uma pessoa causa a outra, determinando em quais condições uma pessoa pode ser considerada responsável ao dano que foi causado a outra pessoa e quais os termos e medidas que retratam a obrigação de reparação

do dano, a qual, no âmbito civil é quase sempre pecuniária, independente do dano ser de ordem física, a honra ou ao patrimônio do indivíduo.(SAMPAIO, 2003)

É necessário que se faça a diferenciação da responsabilidade civil da qual iremos tratar, da responsabilidade criminal. A vítima de danos cíveis busca a condenação judicial do autor a reparar o dano de forma que volte ao seu estado anterior (status quo ante). Onde estiver presente o ato ilícito, ali também estará a infração e a obrigação de não violar o direito de terceiros. Por outro lado temos o ato ilícito penal, que consiste na ação ou omissão do agente, cujo fato é tipificado por norma penal de direito público. O interesse lesado é da coletividade e seu reparo é feito por meio de punição, podendo ser de caráter indenizatório: multas ou fiança, até restrição total da liberdade da pessoa.

Um dos grandes marcos na criação de direitos e garantias fundamentais em âmbito virtual foi a criação da lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que estabelece princípios, garantias e deveres para o uso das redes no Brasil, para provedores de conexão, provedores de aplicação e usuários da internet e dispõe em seus artigos sobre a responsabilidade civil dos usuários no ambiente virtual. Muito conhecida como “Constituição da Internet” por se voltar ao caráter principiológico da norma, esta lei é um símbolo mundial no tocante ao tratamento do mundo virtual sob a ótica do Direito Civil. Um ponto importante a respeito da lei 12.965/14 é o previsto nos termos do artigo 19, caput:

Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Na busca para estabelecer formas de tornar seus dispositivos eficazes, este artigo menciona a responsabilidade do agente que pratica ato lesivo contra os direitos nele contidos, como a responsabilidade subjetiva de provedores de aplicativos de internet, como os sites Google e Yahoo.

Em novembro de 2012, a Lei 12.737/12, mais conhecida como Lei Carolina Dieckmann foi sancionada. Esta lei institui a categoria de Crimes Cibernéticos do sistema normativo jurídico brasileiro a proteção necessária a violações contínuas

que vinham acontecendo e que, antes da promulgação desta referida lei, eram tratadas na esfera civil. Esta lei visa a proteção jurídica da liberdade individual e o direito ao sigilo pessoal e profissional, levando em consideração a relevância do feito para o convívio social.

Outra lei norteadora da internet é a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Promulgada em 2018, a lei 13.709/2018 prevê regras sobre o manuseio de dados pessoais e segurança, além do sistema jurídico inovador, pois traz definições inovadoras sobre processamento de dados e segurança da informação. Vejamos a seguir a afirmação de Walter Aranha Capanema:

O legislador brasileiro, com o seu costumeiro atraso em acompanhar os avanços da sociedade e da tecnologia, somente em 2018 se preocupou em regular com efetividade a proteção de dados pessoais, o que ocorreu com a edição da Lei 13.709/2018, a denominada Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).(CAPANEMA 2020, p. 163)

A referida Lei supramencionada coloca o indivíduo como elemento principal das relações jurídicas que se relacionam com o tratamento de dados, não só porque regula a proteção dos dados pessoais, mas principalmente porque opta por utilizar como base a "autodeterminação informativa", ou seja o direito de escolher quais dados serão utilizados, além do limite e prazo dessa utilização.

3.1. Princípios Fundamentais Do Marco Civil Da Internet

Para iniciarmos uma abordagem conceitual no que tange aos princípios essenciais do Marco Civil da internet, devemos fazer uma menção ao artigo 3º que discorre sobre os princípios que regulamentam o uso da internet no Brasil. Vejamos:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I- garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

II- - proteção da privacidade;

III-- proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

IV- - preservação e garantia da neutralidade de rede [...].

Iniciaremos o tópico abordando a respeito da liberdade de expressão. Prevista no artigo 5º, IV da Constituição Federal da seguinte forma “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, e também no inciso XIV do referido artigo “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”, bem como no artigo 220 da Constituição “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Paulo Gustavo Gonet Branco conceitua a liberdade de expressão da seguinte forma:

Toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não – até porque diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista. (BRANCO 2011, pág. 297)

Tratada como princípio em seu artigo 3º, e considerada um fundamento no artigo 2º como disposto a seguir: “A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão [...]”, a liberdade de expressão foi introduzida no Marco Civil da Internet.

Nas palavras de JESUS e MILAGRE (2014, p.11), a liberdade de expressão tende a se sobressair, isso se não violar nenhum direito de terceiro. A censura no ambiente virtual é proibida e a garantia dessa liberdade é de grande impacto para uma internet livre e democrática.

O Marco Civil da Internet também fez ressalva ao direito à privacidade, tratada na referida lei em seu artigo 3º, incisos II e III como um princípio que abrange também a proteção dos dados pessoais. Conforme aduz Damásio de Jesus e José Antonio Milagre, “ao proteger a privacidade, o Marco Civil põe a salvo toda e qualquer informação textual ou audiovisual que seja considerada privada”. (JESUS; MILAGRE 2014, P.13)

Entende-se por privacidade a diversidade de informações pessoais de cada indivíduo, referente a sua vida doméstica, relações familiares e de trabalho, seus hábitos, religião, pensamentos, dentre outros, que não são ou pelo menos não deveriam ser de interesse e conhecimento público.

A privacidade também se encontra disposta na Constituição Federal no rol dos direitos fundamentais, artigo 5º, inciso X, expressa da seguinte forma: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Finalizaremos abordando o princípio da neutralidade da rede. Entende-se deste princípio que o provedor de conexão à internet não pode interferir no conteúdo que o usuário deseja acessar, seja ele de cunho político, religioso ou qualquer outro, ou seja, precisa haver um tratamento isonômico do tráfego de dados sem distinção de conteúdo.

Sem a proteção da neutralidade, estaríamos passíveis de análise e discriminação do conteúdo acessado pelo usuário, degradação do andamento de serviços, e até limitação e entreve de determinados conteúdos por parte dos provedores.

3.1.1 Confronto entre princípio: LIBERDADE DE EXPRESSÃO X HONRA

A lei do Marco Civil da Internet em seu artigo 2º aduz que o uso da internet no Brasil tem como fundamento a liberdade de expressão.

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

I - o reconhecimento da escala mundial da rede;

II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;

III - a pluralidade e a diversidade; IV - a abertura e a colaboração;

V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VI - a finalidade social da rede.

A Constituição Federal de 1988 dispõe expressamente sobre a liberdade de expressão, liberdade de informação, liberdade de imprensa e a manifestação do pensamento:

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: IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, independente de censura ou licença;

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e

XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Para o Autor John Rawls a liberdade é algo básico ao ser humano, vejamos:

“São liberdades básicas dos seres humanos: liberdade política (direito ao voto e a um cargo público), liberdades de pensamento, consciência, expressão, associação, reunião, profissão, direito de ir e vir; proteção contra agressão física, opressão psicológica, apreensão e detenção arbitrárias; direito à propriedade. Estas são as mais importantes, nas quais todos os seres humanos têm um interesse fundamental.” (RAWLS, 2009 apud SMITH, 1971/1999).

Quanto à opção de dar à liberdade de expressão uma posição preferencial, IngoSarlet sustenta que:

Por mais que se seja simpático também a tal linha de entendimento, a atribuição de uma função preferencial à liberdade de expressão não parece, salvo melhor juízo, compatível com as peculiaridades do direito constitucional positivo brasileiro, que, neste particular, diverge em muito do norte-americano e mesmo do inglês. Aliás, o nosso sistema, nesse domínio, está muito mais afinado com o da Alemanha, onde a liberdade de expressão não assume uma prévia posição preferencial na arquitetura dos direitos fundamentais. Mesmo uma interpretação necessariamente amiga da liberdade de expressão (indispensável num ambiente democrático) não poderia descurar o fato de que a CF expressamente assegura a inviolabilidade dos direitos à privacidade, intimidade, honra e imagem (artigo 5º, inciso X), além de assegurar expressamente um direito fundamental à indenização em caso de sua violação e consagrar já no texto constitucional o direito de resposta proporcional ao agravo. Importa sublinhar, ainda no contexto, que a vedação de toda e qualquer censura por si só não tem o condão de atribuir à liberdade de expressão a referida posição preferencial. (SARLET 2015, p.4)

Como muito bem delineado pelo Ministro Luís Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal:

As liberdades de expressão, informação e imprensa são pressupostos para o funcionamento dos regimes democráticos, que dependem da existência de um mercado de livre circulação de fatos, ideias e opiniões. Existe interesse público no seu exercício, independentemente da qualidade do conteúdo que esteja sendo veiculado. Por essa razão, elas são tratadas como liberdades preferenciais em diferentes partes do mundo, em um bom paradigma a ser seguido.

Por todo exposto podemos verificar que a liberdade de expressão trata-se de um princípio constitucional, assim sendo a lei do Marco Civil abordou tal princípio com objetivo de demonstrar tamanha é sua importância para as relações sociais.

Nos tempos atuais, o desenvolvimento tecnológico está em um ritmo muito acelerado, desta forma necessita de uma normatização específica para regulamentação de seu uso, garantindo assim que os direitos dos cidadãos não sejam violados.

Agora discutiremos sobre o instituto da honra. Trata-se de um direito diretamente protegido pela Constituição Federal, tamanha é sua importância nas relações humanas. O Artigo 5º, inciso X da CF/88 dispõe sobre tal direito. Vejamos:

Art. 5º(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

No ordenamento jurídico existe uma grande preocupação em preservar a honra e a imagem do indivíduo na sociedade, garantindo sua reparação quando maculadas ou indenizadas quando impossível for a restituição ao status quo ante, ou seja, a norma sustenta a reparação da ordem jurídica lesionada, seja ela por meio de uma indenização pecuniária, seja por outros meios satisfatórios como por exemplo o direito de resposta. Sobre a honra, MORAIS (2010, p.51), afirma que “a abrangência desse direito fundamental é ampla, aplicando-se em relação a todas as ofensas, configurem ou não infrações penais”.

Vejamos o conceito de honra para SILVA (2010, p. 209): “A honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação”.

O Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos), vigente em nosso país, reconhece a proteção à honra no art. 11, dispondo que “toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”.

A honra é um atributo inerente à personalidade cujo respeito à sua essência reflete a observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

Os doutrinadores Nelson Rosendal e Cristiano Farias (2008, p. 149.) conceituam a honra como: “a soma dos conceitos positivos que cada pessoa goza na vida em sociedade”.

Como visto a honra trata-se de sentimento de dignidade própria de apreço social, reputação e boa fama de cada indivíduo. Sendo assim o instituto da honra tutela o comportamento e a reputação das pessoas em sociedade.

3.2 Inviolabilidade à privacidade

Há inúmeras maneiras de um indivíduo ter a sua privacidade violada. Na era digital e das redes sociais, o ambiente virtual tem se tornado um lugar propício para muitos desses casos. Por exemplo, o cyberbullying, o vazamento de fotos privadas, dados pessoais ou e-mails é uma forma de violação da intimidade, privacidade, imagem ou honra das pessoas. Publicar fotos privadas por vingança está se tornando cada vez mais comum em ambientes virtuais e é um exemplo clássico de violação de privacidade e imagem.

A Constituição Federal em seu artigo 5º trata dos direitos fundamentais, este é um dos artigos mais importantes, visto que assegura a todos os cidadãos do país uma vida digna, livre e igualitária. Neste tópico vamos dar um destaque maior ao inciso X, que discorre a respeito da inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem. Vejamos o que dispõe o inciso X, do artigo 5º, da CF/88: "X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

Como disposto, o inciso X tem um escopo de proteção à intimidade, à privacidade, à honra e a imagem de cada cidadão, assegurando que eles tenham o direito de serem indenizados por quaisquer perdas causadas pela violação desses direitos.

Para Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, o conceito de direito à privacidade se define da seguinte forma:

A faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.
(BASTOS; MARTINS 1989, página 63.)

A vida privada trata da relação de cada indivíduo com a sociedade de forma ampla. Dentro da esfera da privacidade vamos de encontro a intimidade que

tem uma amplitude menor, e muito embora esses termos estejam relacionados, eles fazem alusão a campos sociais diferentes, a intimidade tem relação com o círculo mais próximo de um indivíduo, como por exemplo as relações mantidas com familiares, já a privacidade faz menção a todas as relações não públicas, mesmo não sendo tão próximas como a relação familiar.

Podemos dizer que o inciso X, da CF/88 visa evitar que estranhos invadam a vida privada e familiar de qualquer pessoa, restringindo assim o compartilhamento de informações pessoais e privadas sem o seu consentimento.

Diante do exposto, cabe salientar que quando a intimidade, privacidade, reputação ou imagem de um indivíduo é violada, é possível pleitear indenização pelos danos morais e materiais sofridos, por meio de procedimentos judiciais. Para tanto além da proteção conferida pelo artigo 5º da Constituição em seu inciso X, o indivíduo pode alicerçar o pedido com outras leis vigentes, como o Código Civil que dispõe:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Conclui-se que a inviolabilidade da privacidade é direito fundamental, sendo protegido em esfera constitucional e infraconstitucional, sendo sua violação resultante em indenização por danos morais e materiais decorrentes da conduta violadora.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vivemos em um mundo de constantes mudanças, isso porque a vida em sociedade com pessoas diversificadas proporciona tal dinamismo. Com o passar dos anos chegam com cada vez mais força as mudanças tecnológicas que proporcionam um novo ambiente de relacionamentos, trabalho, estudos e notícias. Extrai-se deste meio, a finalidade do referido artigo, o acesso a internet e os danos provenientes dela.

O Marco Civil da Internet veio para revolucionar o mundo virtual, atuando de forma a proteger e garantir que princípios fundamentais não sejam violados.

Ocorre que mesmo com a existência de tal lei é comum nos depararmos com crimes oriundos do ambiente virtual, que causam a vida do indivíduo atingido, consequências irreparáveis que podem resultar em danos psicológicos e/ou materiais, como por exemplo a propagação de uma foto íntima nas redes, que causa um situação totalmente vexatória a vítima.

Na ocorrência do dano moral, é imprescindível que o causador do dano seja responsabilizado pelo ato ofensivo, assim como todos aqueles que contribuíram para a ocorrência de tal fato. Deste modo, a legislação, acompanhando os avanços tecnológicos, criou leis específicas capazes de punir os infratores na medida de suas responsabilidades, de modo a reparar o dano.

O instituto da Responsabilidade Civil visa punir os causadores de atos ilícitos. Nesta linha de pensamento o dano moral ganhou espaço, com os avanços do mundo virtual, as condutas que motivam a violação de um direito, alcança e fomenta a tutelado Estado que visa cada vez mais, prevenir ou reparar o dano.

O propósito da pesquisa é salientar que o ambiente virtual é regido por normas e regras contrárias à violação da intimidade e da vida privada de cada cidadão, que por muito tempo teve seus direitos violados sem poder recorrer a uma legislação própria da internet para sanar os conflitos. Isso não quer dizer que a jurisdição se afastava da apreciação dessas causas, mas sim que não havia uma unicidade na jurisprudência a respeito do assunto.

A legislação fechou as lacunas oriundas da precariedade de normas regulamentadoras de danos causado nas redes, objetivando maior controle social, que trouxe benefícios imensuráveis para a sociedade, assegurando inviolabilidade dos princípios, além de uma vida digna e saudável, dando amparo a tudo o que ela abrange, garantindo a justiça e o equilíbrio da sociedade.

5. REFERÊNCIAS

AKCHAR, Jamili. **Breve Análise dos Princípios Essenciais do Marco Civil da Internet - Lei 12.965/14.** Disponível em <https://jamili.jusbrasil.com.br/artigos/435150451/breve-analise-dos-principios-essenciais-do-marco-civil-da-internet-lei-12965-14#:~:text=O%20Marco%20Civil%20da%20Internet,da%20rede%2C%20conforme%20a%20seguir>. Acesso em: 23 de abril de 2021.

ALENCAR, Morgana. **Tire Suas Dúvidas Sobre o Marco Civil da Internet**. Disponível em <https://www.aurum.com.br/blog/marco-civil-da-internet/>. Acesso em: 04 de abril de 2021.

ALVES, Nayara; MORAIS, Pâmela. **Defesa da Intimidade: Artigo Quinto**. Disponível em: https://www.politize.com.br/artigo-5/intimidade/?https://www.politize.com.br/&gclid=CjwKCAjwmv-DBhAMEiwA7xYrd5TcjaKkq3QQ2yz5twCrcCmAS5OSnxaANomdFPVpFM8xJy3s7BIEqxoCgSIOAvD_BwE. Acesso em: 21 de abril de 2021.

ANDRADE, Agueda. **Apontamento Sobre a Proteção dos Direitos de Intimidade, Honra e Imagem na Constituição Federal**. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/41682/apontamentos-sobre-a-protecao-dos-direitos-de-intimidade-honra-e-imagem-na-constituicao-federal>. Acesso em: 21 de abril de 2021.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol.2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRASIL. **Lei n.º 12.965/14**, de 23 de abril de 2014

BRASIL, Rafael. **Marco Civil da Internet e Responsabilidade Civil no Ambiente Digital**.

Disponível
em

<<https://blog.sajadv.com.br/responsabilidade-civil-marco-civil-da-internet/>>.
Acesso em 27 de setembro de 2020.

CAPANEMA, Walter Aranha. **A Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Cadernos Jurídicos, 2021, n. 53.

CARDOSO, Barbara Bianca Alves; PAIVA, Alan H. **Responsabilidade Civil: A**

Harmonia Entre o Desenvolvimento Econômico, Inovação e o Direito à Proteção de

Dados.
em

Disponível

<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/56101/responsabilidade-civil-a-harmonia-entre-o-desenvolvimento-economico-inovao-e-o-direito-protecao-de-dados>.
Acesso em 8 de abril de 2021.

COELHO, Daniela. **Saiba Tudo Sobre Atos Ilícitos e Responsabilidade Civil.** Disponível

em

<https://danicoelho1987.jusbrasil.com.br/artigos/656617251/saiba-tudo-sobre-atos-ilicito-s-e-responsabilidade-civil#:~:text=Ato%20il%C3%ADcito%20%C3%A9%20o%20praticado,ou%20contraveniente%20%C3%A0%20ordem%20jur%C3%ADdica>. Acesso em: 04 de abril de 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** 19ed. São Paulo : Saraiva, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral.** 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** Vol. IV. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamentos e Direito à Vida Privada: Conflito Entre Direitos da Personalidade.** São Paulo: RT, 2000.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. **Marco Civil da Internet: Comentários à Lei n.º 12.965/14.** São Paulo: Saraiva, 2014.

LUIZA, Ingrid. **Metade do Planeta está nas Redes Sociais - que já somam 3,5 Bilhões de Usuários.** Disponível em <https://super.abril.com.br/tecnologia/metade-do-planeta-esta-nas-redes-sociais-que-ja-somam-35-bilhoes-de-usuarios/>. Acesso em: 18 de outubro de 2020.

Marco Civil da Internet: O que é e o que Muda Para o seu Negócio. Disponível em <https://chcadvocacia.adv.br/blog/marco-civil-da-internet/#O-que-e-o-Marco-Civil-da-Internet>. Acesso em 29 de novembro de 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NEVES, Alexandro Santana. **A Responsabilidade Civil por Danos Morais em Redes Sociais**. Disponível em [A responsabilidade civil por danos morais em redes sociais](#). Acesso em: 04 de outubro de 2020.

O Que é Internet?. Disponível em <https://www.copeltelecom.com/site/blog/o-que-e-internet/#:~:text=A%20internet%20%C3%A9%20uma%20rede,de%20rede%20mundial%20de%20computadores>. Acesso em 29 de novembro de 2020.

Perspectivas da Responsabilidade Civil na Era Digital. Disponível em [PERSPECTIVAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA ERA DIGITAL | Congresso Interdisciplinar - ISSN: 2595-7732](#). Acesso em: 27 de setembro de 2020.

QUEIROZ, João Quinelato. **Aplicabilidade do Marco Civil da Internet na Responsabilidade Civil Por Uso Indevido de Conteúdo Protegido por Direitos Autorais na Internet**. Disponível em: <http://civilistica.com/aplicabilidade-do-marco-civil-da-internet/>. Data de acesso. 17 de março de 2021.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. Reclamação 18638/CE de 2 de dezembro de 2014.

SAMPAIO, R.M.C. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SARLET, Ingo. **Liberdade de Expressão e Biografias Não Autorizadas - Notas Sobre a ADI 4.815**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-19/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-biografias-nao-autorizadas>. Data de acesso: 19 de abril de 2021.

SANTOS, Felipe Emanuel Anízio. **Responsabilidade Civil Em Meios Digitais: O Dano Na Rede Social Orkut e a Atual Abordagem Jurídica a Respeito do assunto**. Disponível em [RESPONSABILIDADE CIVIL EM MEIOS DIGITAIS: O DANO MORAL NA REDE SOCIAL ORKUT E A ATUAL ABORDAGEM JURÍDICA A RESPEITO DO ASSUNTO](#). Acesso em: 27 de setembro de 2020.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOARES, Anderson. **Marco Civil da Internet e a Garantia Constitucional da Privacidade e Liberdade de Expressão.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/30520/marco-civil-da-internet-e-a-garantia-constitucional-da-privacidade-e-liberdade-de-expressao> . Acesso em: 19 de abril de 2021.

SOUZA, Cleber Augusto Rosa; GOULART, Gabriela Camilo. **Atos Ilícitos: Responsabilidade Civil.** Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/37317/atos-ilicitos-responsabilidade-civil#:~:text=O%20institu%20da%20responsabilidade%20civil, reparar%20ou%20 indenizar%20 os%20 anos>>. Acesso em: 04 de abril de 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à Privacidade na Sociedade da Informação: Efetividade Desse Direito Fundamental Diante dos Avanços da Tecnologia da Informação.** Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/3358>. Acesso em: 17 de março de 2021.

AS POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL NAS AUDITORIAS DA JUSTIÇA MILITAR NO ESTADO DE MINAS GERAIS EM FACE DA VEDAÇÃO DO ARTIGO 90-A DA LEI 9099/95

KAIO CÉSAR DE SOUZA FONSECA:
Tecnólogo em Atividade de Polícia
Ostensiva e graduando em Tecnologia em
Segurança Pública;

**ANDRESSA ALVES DA SILVA
JOVINO RODRIGUES CARVALHO JUNIOR
JUAN RAMYREZ FARIA
JUAREZ DE ARAÚJO GRAMACHO
JÚLIO CÉSAR ARAÚJO NUNES**
(coautores)³

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar sob a ótica de discentes do Curso de Formação de Soldados da Polícia Militar de Minas Gerais a possibilidade da aplicação do instituto da transação penal nas auditorias da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais em face a vedação expressa na Lei 9.099/95, e ainda dissertar sob o que a Constituição Federal da República traz nos direitos e garantias fundamentais, bem como sob a perspectiva dos princípios do direito a constitucionalidade dessa aplicação.

1. INTRODUÇÃO

Os juizados especiais são órgãos da justiça criados que servem para resolver os pequenos delitos com rapidez, de forma simples, sem despesas e almejando buscar um acordo entre as partes. Tal regulamentação está prevista na lei 9.099/95 que expressa de maneira objetiva a transição penal de crimes de menor potencial ofensivo, que tem competência de conciliar, julgar e executar as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos.

A lei 9.0099/93 traz como vedação expressa aos militares, no seu art. 90 A, “As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar”, tal afirmação na lei gera polêmica e uma separação de classes, e ainda não versa sobre o princípio constitucional da igualdade presente na Constituição Federal de 1988 no seu artigo 5º:

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

O princípio da igualdade prevê a igualdade de todos os cidadãos de gozar de tratamento isonômico pela lei. Por meio desse princípio são vedadas as diferenciações arbitrárias e absurdas, não justificáveis pelos valores da Constituição Federal, e tem por finalidade limitar a atuação do legislador, do juiz ou autoridade pública e do particular.

³ Tecnólogos em Atividade de Polícia Ostensiva e graduandos em Tecnologia em Segurança Pública;

O trabalho proposto visa mostrar as possibilidades da aplicação da transação nas auditorias da justiça militar do estado de Minas Gerais em face da vedação aos militares na lei 9.0099/95, abrangendo sucintamente o conteúdo como um todo, a fim de que seja de fácil compreensão.

Esperemos que esta pesquisa seja de grande proveito intelectual, já que buscaremos enfatizar de forma rápida e prática os conceitos principais sobre o tema proposto.

A metodologia utilizada foi o levantamento bibliográfico, acompanhado de pesquisa qualitativa e exploratória em previsões no texto constitucional e entendimentos dos doutrinadores e operadores do direito penal, e realizado a análise de conteúdo apresentado.

2. APECTOS DA LEI 9099/95

A lei 9.099/95 foi criada com o propósito de desafogar o mecanismo processual, com base no princípio da celeridade que prevê economicidade, ou seja, os processos devem correr no menor período de tempo possível evitando demoras.

De acordo com o Art.2º da lei 9.099/95, O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível à conciliação ou a transação.

Oralidade é o conceito que prioriza o uso da palavra falada ao invés da escrita, o princípio da oralidade está previsto no Art.98, I da Constituição Federal:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Simplicidade e informalidade são os princípios que visam deixar a linguagem mais simples de fácil entendimento ajudando na tramitação dos processos.

Economia processual, literalmente é poupar, economizar evitar desperdícios na tramitação dos processos, evitando despesas e o travamento dos procedimentos processuais.

Celeridade é o que garante uma solução rápida e eficiente para o processo, tal princípio foi recepcionado pela CF/88 em seu Art.5º Inciso LXXVIII que foi incluído pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

3. VEDAÇÃO EXPRESSA NA LEI 9099/95

A Lei 9099 de 1995, lei que define os Juizados Especiais Cíveis e Criminais traz em seu artigo 90º, artigo alterado pela Lei Nº 9.839, de 27 de setembro de 1999, a seguinte redação: “Art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar”. Daí então a Lei

passou a prever expressamente a inaplicabilidade da lei dos Juizados Especiais e de seus institutos aos casos julgados pela Justiça Militar. Antes não havia consenso algum, nem mesmo na jurisprudência, nem na doutrina. Havia correntes defendendo os dois lados, e julgados nos dois sentidos, em todos os níveis jurisdicionais.

A partir da vedação trazida pela Lei 9839/99 a balança pendeu para um lado, e inúmeros dos julgados passaram a ser a favor da não aplicação da transação penal na Justiça castrense. Tanto que o STM editou a súmula n. 09: “A Lei nº 9.099, de 26.09.95, que dispõe sobre os Juízos Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, não se aplica à Justiça Militar da União. (BRASIL, 1996)”.

Alguns estudiosos do Direito discordam de tal vedação como Paulo Tadeu Rodrigues Rosa (1999) diz: “[...] o militar encontra-se amparado pela Constituição Federal, estando diferenciado apenas pela atividade desenvolvida, mas a sua liberdade é a mesma que assegurada pelo Estado ao funcionário civil ou aos demais cidadãos”. (ROSA, 1999)

Em artigo publicado no sítio jurídico Jus Navigandi, (ROSA, 2002) diz que: “o militar que integra os quadros das forças armadas ou forças auxiliares em respeito ao princípio da igualdade previsto no art. 5.º, caput, da CF, também faz jus aos institutos criados pela Lei 9099/95. O Código Penal Militar prevê infrações que são apenadas com pena máxima igual ou inferior a um ano, o que em tese autorizaria a aplicação da Lei 9099/95 aos militares estaduais ou federais acusados em tese da prática desses ilícitos considerados de menor potencial ofensivo”.

4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO

O controle de constitucionalidade dos atos normativos do Brasil se faz necessário, pois toda e qualquer nova legislação precisa ser verificada para que se mantenha a higidez e a permanência da supremacia hierárquica da nossa Constituição Federal da República de 1988 (CF/88) preservando as bases nas quais o Poder Constituinte Originário elaborou a atual Constituição.

O controle de constitucionalidade divide-se em três sistemas: o sistema concentrado, pertencente a órgão único e distinto do Judiciário para que se constitua um controle político; e o sistema misto, aquele que as normas são submetidas tanto a um controle político quanto ao controle jurisdicional e o controle difuso, também denominado descentralizado, ou seja, que pode ser encaminhado a qualquer juiz ou tribunal coincidente com o Poder Judiciário, no controle difuso, as decisões tomadas são entre as partes, ou seja, que envolve apenas as partes envolvidas em juízo, o controle difuso age na maioria das vezes de modo retroativo invalidando a norma quando em sua decisão seja considerada inconstitucional.

A inconstitucionalidade no caso de decisão pelo controle difuso é decidida de forma incidente, como questão prejudicial, indispensável ao julgamento do mérito, e é caracterizado pela permissão que cada juiz ou tribunal detém para manifestar a incompatibilidade constitucional da lei ou ato normativo diante de um fato concreto. Assim o controle difuso visa não a retirar de todo o ordenamento jurídico a norma que contém vícios, mas sim assegurar a defesa dos direitos subjetivos que foram lesados pela norma inconstitucional, tal defesa pode ser feita tanto por ações ordinárias, quanto por ações constitucionais, como exemplo, o habeas corpus e o mandado de segurança.

5. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO

Os princípios são fundamentais no aspecto do ordenamento jurídico visto que são a fonte do direito, sendo assim servem como fundamento do ordenamento jurídico e desta forma orientam o aplicador da lei acerca dos valores principais.

Se tratando da lei 9099/95, sobre os Juizados Especiais Cíveis Estaduais podemos perceber a presença de alguns princípios constitucionais, são eles os princípios informativos, também chamados de explícitos, que fazem referência aos ramos específicos do Direito. São eles: princípio da oralidade, princípio da simplicidade, princípio da informalidade, princípio da economia processual e o princípio da celeridade.

5.1 Princípio da Oralidade

Este princípio se baseia na interação das partes envolvidas no processo, testemunhas, juízes e peritos interação esta que é feita pela comunicação oral. Aplicando se aos Juizados Especiais observamos este princípio na realização das audiências, na apresentação feita à Secretaria do Juizado, na defesa também oral e por fim na instauração da execução mediante pedido verbal.

5.2 Princípio da Simplicidade e da Formalidade

Este princípio parte do pressuposto de que nos processos podem haver requisitos considerados formais que podem ser desconsiderados pois não prejudicam as partes e nem os interessados, ou seja, o trâmite do processo deve ser simples, sem total formalidade.

Observa-se a simplicidade nos processos dos Juizados Especiais que eliminam algumas regras facilitando a compreensão das partes, dispensando se em alguns casos a assistência da figura de um advogado, tendo em vista que o processo pode ser facilmente interpretado por qualquer cidadão de forma simples.

5.3 Princípio da Economia Processual

Este princípio faz referência como o próprio nome já diz da economia das custas nos processos, ou seja, na redução de gastos processuais visando o melhor resultado. Preconiza a ideia de um máximo resultado, com o mínimo de atividades processuais.

Nesta vertente, os Juizados Especiais visam apresentar os processos o máximo rendimento possível, e o demandante fica isento do pagamento das custas e com a facultatividade da assistência realizada por advogados, com o barateamento de custos aos litigantes fundamentado na economia de despesas, que, com a de tempo e a de atos.

5.4 Princípio da Celeridade

Este princípio diz respeito a rapidez da resposta estatal ao processo judiciário. De acordo com a Constituição Federal os trâmites processuais devem perdurar o menor tempo possível. Nos Juizados Especiais tenta-se reduzir esse tempo na conciliação das audiências, onde ocorre a apresentação de defesa, a manifestação sobre os documentos apresentados na inicial, a produção de provas, e a prolação da sentença, sempre que possível e esgotado todos os atos cabíveis.

Além desses princípios elencados podemos destacar também 3 princípios constitucionais que tangem o ordenamento jurídico, nos quais os Juizados Especiais também se baseiam. São eles: devido processo legal, o contraditório e ampla defesa.

O devido processo legal se baseia direitos à vida, à propriedade, à liberdade, de acordo com o caput do artigo 5º da Constituição Brasileira, que proíbe o poder público de violar leis destinadas aos cidadãos.

O contraditório diz respeito ao direito de se manifestar no processo, ter a chance de reagir e de se defender nos autos, é também conhecido como o princípio da bilateralidade. E por fim temos o princípio da ampla defesa que dá o direito ao jurisdicionado de fazer uso em juízo de todos os instrumentos não defesos em lei, como resposta, impugnação, recurso, assistência técnica, direito a advogado, a defensor público e à produção de prova, acesso à Justiça e a outros meios idôneos de atuação judicial.

6. CONCLUSÃO

O objetivo do trabalho foi analisar as possibilidades de aplicação da transação penal nas auditorias da justiça militar no estado de Minas Gerais em face da vedação do artigo 90-a da lei n. 9.099/95 no que se refere aos crimes militares estaduais.

Sabe-se que os juízes dos Tribunais de Justiça Militar dos Estados que defendem a não aplicação da Lei n. 9.099/95, pois se justificam a criação de uma Justiça especializada, elencando que o tratamento dado ao militar, pelo Estado, baseia-se nos princípios da hierarquia e disciplina militar, impondo o cumprimento de sua missão, assim não devendo ter o tratamento pelo judiciário comum.

De certa forma, temos também que alguns tribunais ainda defendem a aplicação da Lei n. 9.099/95, mas somente no caso de crimes militares impróprios, ou seja, aquele que o civil também pode cometer, como por exemplo, invadir uma instalação militar e cometer o delito de furto ou roubo de um armamento, com base nos princípios da igualdade e proporcionalidade, acredita-se não ser justo um civil se valer do benefício da Lei, e o militar que comete o mesmo crime não. Deve-se pensar mais sobre o assunto, pois muitos são os doutrinadores que seguem a linha de raciocínio de defender a possibilidade de aplicação de benefícios como a transação penal no âmbito da Justiça Militar, tendo como argumento o princípio da isonomia, no que se refere aos crimes militares impróprios, uma vez que os crimes militares próprios são específicos e inerentes à condição e estrutura do militarismo.

A aplicação da Lei n. 9.099/95 no âmbito da justiça militar foi também na busca de se valer da celeridade processual nos crimes de menor potencial ofensivo. E deve se levar em conta que, apesar da condição de militar, os policiais são antes de tudo, cidadãos comuns e que apesar do princípio da isonomia, já que a Carta Magna diz que todos são iguais perante a lei, não há que se pensar em tratamento diverso, pois a legislação militar que nos é imposta é bem mais pesada do que a prevista no Código Penal.

Sabemos que tendem a prevalecer as penas privativas de liberdade, mesmo sabendo que estas não cumprem com pelo menos o objetivo principal, que seria a ressocialização ou reeducação do condenado, no entanto, apesar das divergências, acreditamos que tudo caminha para a possibilidade de aplicação dos institutos despenalizadores da lei no âmbito da Justiça Militar Estadual, para que assim sejam prestados com ainda mais vigor, serviços de qualidade no âmbito da segurança pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 25 de set. de 2016.

FONSECA, Edson Pires da. O que é controle de constitucionalidade difuso ou incidental? *Juris Ciência*. Disponível em: <<http://www.jurisciencia.com/concursos/resumo-o-que-e-controle-de-constitucionalidade-difuso-ou-incidental/1780/>>. Acesso em 19 de set. de 2016.

HALBRITTER, Luciana de Oliveira Leal. OS PRINCÍPIOS DA LEI 9.099/95. In: Escola Livre de Direito. Rio de Janeiro, v. 12, n.45, p. 242-247, jan./mar.2009. Disponível em: <<http://www.escolalivrededireito.com.br/artigos/os-principios-da-lei-9099/>>. Acesso em 26 de set. de 2016.

Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. *Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em 25 de set. de 2016.

Lei n. 9.839, de 27 de setembro de 1999. *Acrescenta artigo à Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Diário Oficial da União, Brasília, 28 set. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9839.htm>. Acesso em 25 de set. de 2016.

LUDWIG, Frederico Antônio Azevedo. A garantia constitucional à celeridade processual e os juizados especiais cíveis estaduais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11642>. Acesso em 25 de set. de 2016.

MAURO, Adalgiza Paula Oliveira. Controle de constitucionalidade difuso no Brasil e alguns de seus aspectos polêmicos. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VII, n. 19, nov 2004. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4937>. Acesso em 21 de set. de 2016.

NETO, Francisco José Vilas Bôas. Justiça Militar e o julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo. *Conteúdo Jurídico*. Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br/artigo,justica-militar-e-o-julgamento-dos-crimes-de-menor-potencial-ofensivo,42826.html>. Acesso em 21 de set. de 2016.

PRATES, Warley De Carvalho. A Lei 9.099/95 e os crimes militares estaduais. *Juris Way*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13177>. Acesso em 21 de set. de 2016.

ROCHA, Valter Pereira da. Aplicabilidade da transação penal na Justiça Militar. *Jus Navigandi*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38479/aplicabilidade-da-transacao-penal-na-justica-militar#_Toc365882064>. Acesso em 21 de set. de 2016.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Aplicação da Lei 9099/95 na Justiça Militar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 36, 1 nov. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1583>>. Acesso em 25 de set. de 2016.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Aplicação da Lei nº 10.259/2001 na Justiça Militar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2540>>. Acesso em: 25 de set. de 2016.

SILVA, Ilanna Sofia Santos Soeiro. Princípios constitucionais aplicáveis ao Juizado Especial Criminal. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45373/principios-constitucionais-aplicaveis-ao-juizado-especial-criminal>>. Acesso em: 26 de set. de 2016.

TORRES NETO, José Lourenço. Princípios norteadores da Lei 9.099/95 - Juizados Especiais. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10449&revista_caderno=21>. Acesso em: 26 de set. de 2016.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: FARIA, Juan Ramyrez; FONSECA, Kaio César de Souza; GRAMACHO, Juarez de Araújo; JUNIOR, Jovino Rodrigues Carvalho; NUNES, Júlio César Araújo; SILVA, Andressa Alves da. **As Possibilidades de Aplicação da Transação Penal as Auditorias da Justiça Militar no Estado de Minas Gerais em Face da Vedação do Artigo 90-A da Lei 9099/95**. Belo Horizonte-MG: 2016.

ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM DECISÕES DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19

LUIZ HENRIQUE DE PAULA MOREIRA:

Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário UNA.

GABRIEL TADEU RIBEIRO FAGUNDES

(coautor)

Resumo: O presente artigo tem como objetivo principal analisar o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal no período da pandemia do covid-19, onde o Brasil e o Mundo estão passando por grandes transtornos na sua respectiva Suprema Corte. Diante disso, iremos abordar várias doutrinas pró e contra o fenômeno do ativismo judicial, iremos abordar, também, uma decisão no que desrespeito a ADI 6341, no qual a mesma ressalta um julgamento referente a competência/legitimidade para o combate do coronavírus. O ativismo judicial é pauta, por alguns, doutrinadores como uma interpretação da lei em um sentido mais amplo, ou seja, legislar/ atuar de forma além do que aquilo que está puramente escrito na lei. Por outro lado, podemos ressaltar os doutrinadores que são a contra esse fenômeno jurídico, ou seja, os doutrinadores zelam pela literalidade da lei onde somente poderá ser julgado aquilo que está puramente escrito na lei. O presente artigo científico possibilitou a compressão dos dois lados do debate jurídico/doutrinário. O presente trabalho científico foi explorado através de referências bibliográficas; Constituição Federal de 1988; Doutrinas; Lei Orgânicas; Jurisprudência e Artigos Científicos.

Palavras-chaves: Ativismo judicial, Judicialização, Supremo Tribunal Federal.

Abstract: The main objective of this article is to analyze the judicial activism of the Supreme Federal Court in the period of the pandemic of the covid-19, where Brazil and the World is going through major upheavals in their respective Supreme Court. In view of this, we will address several doctrines set against the phenomenon of judicial activism, we will also address a decision regarding disrespect to ADI 6341, in which it highlights a judgment regarding the competence / legitimacy to fight the coronavirus. Judicial activism is guided by some indoctrinators as an interpretation of the law in a

broader sense, that is, to legislate / act in a way that is beyond what is purely written in the law. On the other hand, we can highlight the indoctrinators who are against this legal phenomenon, that is, the indoctrinators watch over the literalness of the law where only what is purely written in the law can be judged. This scientific article made it possible to compress both sides of the legal / doctrinal debate. The present scientific work was explored through bibliographic references; 1988 Federal Constitution; Doctrines; Organic Law; Jurisprudence and Scientific Articles;

Keywords: Judicial activism, judicialization, Federal Court of Justice.

Sumário: 1 Introdução; 2 STF; 2.1 Definição geral do STF; 2.2 Competência do STF; 2.3 Repartição de poderes; 2.4 Funções dos poderes; 3.1 Princípio da Reserva Legal; 3.2 Freios e contra pesos; 4 Ativismo Judicial; 4.1 Surgimento do ativismo; 4.2 Conceito/definição do ativismo judicial; 4.3 Conflito no Brasil; 4.4 Crítica ao Ativismo; 5 Jurisprudência; 5.2 Análise da Jurisprudências; 6 Conclusão; 7 Referência Bibliográficas.

1 - INTRODUÇÃO

O mundo está atravessando uma pandemia do novo coronavírus. Cientistas sugerem que o vírus surgiu no oriente e graças ao seu alto poder de transmissibilidade alcançou rapidamente o ocidente causando assim uma grave Pandemia e gerando inúmeros problemas não somente no Brasil, mas em todos os países do mundo.

Os principais problemas gerados foram na área da saúde e economia. Porém, junto a estes desafios, também surgiram outros efeitos, sobretudo no Brasil, como a judicialização sobre ações tomadas pelos governos para conter e enfrentar estas questões de saúde pública. Esta intensa judicialização levanta diversas opiniões sobre a interferência da Suprema Corte brasileira sobre um possível ativismo judicial existente nestas decisões.

Diante do atual desafio que o Brasil enfrenta, o trabalho se propõe ao estudo dos limites da atuação do Supremo, bem como analisará se o papel que vem sendo desempenhado por esta casa está em conformidade com os princípios constitucionais e legislação vigente ou se está havendo uma transgressão de competência e, conseqüentemente, uma ameaça ao Estado Democrático de Direito.

Desta forma, se justifica a necessidade de analisar, por amostragem, as decisões do Supremo Tribunal Federal a fim de verificar se realmente houve um ativismo judicial

por parte da Suprema Corte em importantes eventos e decisões ligadas a ações que visavam combater a pandemia do Coronavírus no Brasil.

A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica no qual se baseia em pesquisa em doutrinas de notórios juristas brasileiros, análises de jurisprudências, pesquisa em legislação vigente como a Constituição Federal e pesquisa em artigos científicos.

O artigo se desenvolverá com abordagem das principais competências do Supremo Tribunal Federal, aprofundando um pouco mais e compreendendo também sobre o modelo de Estado baseado na tripartição dos poderes.

Assim será investigado a definição e surgimento do conceito de ativismo judicial para entender o contexto histórico e a existência de tal ativismo nos dias atuais. Por fim, após adquirir certa propriedade sobre o assunto, analisar-se-á, de forma técnica, com base nos conhecimentos adquiridos, se realmente existiu um ativismo judicial por parte do STF.

2 - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1 - DEFINIÇÕES GERAIS DO STF

O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão da cúpula do Poder Judiciário. A ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, conforme definido em seu artigo 102, da Constituição Federal de 1988⁴.

De acordo com a história do Supremo Tribunal Federal, o surgimento do STF começa a partir da Casa de Suplicação do Brasil, com a chegada da Família Real Portuguesa, quando o Príncipe Regente, D. João, por alvará de 10 de maio de 1808, criou a Casa da Suplicação⁵.

⁴Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

⁵<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>

Acessado em: 25.04.2021

Posteriormente a isso, a Casa de Suplicação foi substituída pelo Supremo Tribunal de Justiça, criada através da Lei Imperial no ano de 1828. Por sua vez, mediante o decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890, em seus artigos 55⁶ e 56⁷, passou a ser chamado de Supremo Tribunal da Justiça.

Nessa época, o tribunal era composto por quinze ministros. A partir do Decreto 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, pós-revolução de 1930, houve uma redução no quantitativo dos ministros para onze ministros.

No texto constitucional vigente e de acordo com o institucional do STF, os Ministros são nomeados pelo Presidente (a) da República, tendo que ter aprovação da maioria absoluta do Senado Federal (art. 101, parágrafo único da CF/88)⁸, sendo todos brasileiros natos (art. 12, § 3º, inciso IV da CF/88)⁹ e que sejam escolhidos na faixa etária entre maior de 35 anos e menor de 65 anos de idade, tendo como característica a sua reputação ilibada (art.101, da CF/88).

Após o cumprimento de todos os requisitos e sua devida nomeação, os ministros se dividem em dois grupos constituídos por cinco membros cada turma julgadora. O presidente da cúpula ficará responsável por presidir as turmas. Mas pode-se ressaltar que compete exclusivamente ao plenário julgar os casos em que se tratam de declaração inconstitucional de leis e competem às turmas do Supremo Tribunal Federal julgar os processos de Recurso Extraordinário, Agravo de Instrumento, Habeas

⁶Art. 55 — O Poder Judiciário da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juízes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar.

⁷Art. 56 — O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juízes, nomeados na forma do art. 48, no 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado.

⁸Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

⁹Art. 12. São brasileiros:

§ 3º São privativos de brasileiro nato os cargos:

IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;

Corpus, Recurso em Habeas Corpus, Petição e Reclamação, Ressalvados os casos que competem ao pleno.¹⁰

A atual Presidente é o Ministro Luiz Fux. Por sua vez, a composição atual da Primeira Turma é formada pelo Ministro Dias Toffoli (Presidente), Ministro Marco Aurélio, Ministra Rosa Weber, Ministro Luis Roberto Barroso e Ministro Alexandre de Moraes. Já a Segunda Turma tem como componentes, o Ministro Gilmar Mendes (Presidente), Ministro Ricardo Lewandowski, Ministra Cármen Lúcia, Ministro Edson Fachin e Ministro Nunes Marques.¹¹

2.2 - COMPETÊNCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal (instância extraordinária) é o órgão da “última instância” do Poder Judiciário, ou seja, as decisões já sentenciadas por este órgão, não podem ser recorridas a nenhum outro órgão jurisdicional do País. A ele compete julgar, dentre outras competências, a Constitucionalidade da lei e/ou norma jurídica.

As competências do Supremo Tribunal Federal estão previstas na Constituição Federal em seus artigos 102 e 103 da CF/88, mas podemos ressaltar que o STF é dividido em duas competências, são elas: competência originária e competência recursal.¹²

A competência recursal é disposta no artigo 102, III, da Constituição Federal de 1988, onde elenca que somente poderá julgar os presentes recursos extraordinários mediante causa decididas em única ou última instância, ou seja, somente será objeto

¹⁰<https://www.migalhas.com.br/quentes/193994/competencia-das-turmas-do-stf-foi-ampliada-nos-ultimos-anos>

Acessado em: 13. 03.2021

¹¹<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoTurma&pagina=principal>

Acessado em: 13.03.2021

¹²<https://jus.com.br/artigos/52479/supremotribunalfederalorigemcompetenciaeoutrosaspectos#:~:text=Supremo%20Tribunal%20Federal,%C3%89%20importante%20destacar%20a%20defini%C3%A7%C3%A3o%20de%20compet%C3%A2ncia%20origin%C3%A1ria%2C%20a%20qual,o%20primeiro%20%C3%B3rg%C3%A3o%20de%20justi%C3%A7a.&text=A%C3%A7%C3%B5es%20diretas%20de%20inconstitucionalidade%20por,de%20compet%C3%A2ncia%20origin%C3%A1ria%20do%20STF>

Acessado em:14.05.2021

de julgamento do STF aqueles atos que contrariarem dispositivos da Constituição Federal, que for declarado inconstitucional tratado ou lei federal, julgar validade da lei ou ato do governo local em face da Constituição Federal e por fim julgar como procedente a lei local em face da lei federal.

Por outro lado, temos a competência originária do Supremo Tribunal Federal, no qual está prevista em seu artigo 102, I, da Constituição Federal de 1988, onde deixa claro que somente poderá julgar o presente recurso originário aqueles casos que se encontrarem no rol taxativo deste artigo em questão.

Mas vale ressaltar que, compete, também, ao STF, julgar processos de ação direta de inconstitucionalidade de lei (ADI) ou ato normativo constitucional federal, ação declaratória de constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, ação de descumprimento de arguição de preceito fundamental decorrente da própria Constituição e a extradição solicitada por Estado estrangeiro.

Diante do exposto, o Supremo Tribunal Federal visa garantir a aplicação das normas Constitucionais Federais, tendo como poder a anulação de leis criadas pelo Congresso Nacional ou Decreto Presidencial e atos administrativos de qualquer órgão público, caso os mesmos contrariem as normas Constitucionais.

3.A TRIPARTIÇÃO DE PODERES NA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

A tripartição do poder surgiu através da ideia do pensador Aristóteles, onde o mesmo defendeu a divisão das funções entre os entes deliberativos, sendo eles: Legislativo, Executivo e Jurisdicional, visando assim, um ente mais democrático.

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição. (ARISTÓTELES, 2000, p. 127)

Entretanto, pode-se ressaltar que a grande virada de chave para tripartição dos poderes foi através do pensador Montesquieu, no século XVIII.

Quando numa mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao executivo, não há liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não há ainda liberdade se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do executivo. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, dos nobres ou do povo exercessem esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os diferendos dos particulares

(MONTESQUIEU p,167, 2006)

O instituto tripartição de poder visa, primordialmente, a desconcentração do poder estatal em um único ente ou pessoa, garantindo assim, maior direito individual contra o Estado.

A tripartição dos poderes é um princípio fundamental que está ratificado em no ordenamento jurídico pátrio, notadamente no artigo 2º, da Constituição Federal de 1988¹³, onde o mesmo ressalta a importância da independência e harmonia entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, para assim assegurar uma democracia mais eficaz e evitando a concentração do poder Estatal em somente uma única pessoa ou esfera.

A tripartição de funções é cláusula pétrea, conforme art. 60, § 4º, III, da Constituição Federal:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

¹³ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

III - a separação dos Poderes

Diante dessa repartição dos poderes, cada Poder possui sua função predominante, ou seja, nenhum deles possui uma função exclusivamente absoluta. Tornando assim, os poderes com suas funções típicas e funções atípicas.

De acordo com o Ministro Alexandre de Moraes, o poder legislativo é basicamente dividido em funções típicas e atípicas. A função típica do poder legislativo é legislar e fiscalizar os atos do poder Executivo.

As funções típicas do Poder Legislativo são *legislar* e *fiscalizar*, tendo ambas o mesmo grau de importância e merecedoras de maior detalhamento. Dessa forma, se por um lado a Constituição prevê regras de processo legislativo, para que o Congresso Nacional elabore as normas jurídicas, de outro, determina que a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo. (MORAES, 2007 p. 391)

Por outro lado, temos a função atípica do poder legislativo no qual fica a sua prerrogativa de administrar e julgar. Neste sentido explica Alexandre de Moraes:

As funções atípicas constituem-se em *administrar* e *julgar*. A primeira ocorre, exemplificativamente, quando o Legislativo dispõe sobre sua organização e operacionalidade interna, provimento de cargos, promoções de seus servidores; enquanto a segunda ocorrerá, por exemplo, no processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade. (MORAES, 2007. p. 391)

O poder executivo consiste, em sua função típica, basicamente administrar a coisa pública e vistoriar. Neste sentido explica Alexandre de Moraes:

O Poder Executivo constitui órgão constitucional cuja função precípua é a prática dos atos de chefia de estado, de governo e

de administração. A Chefia do Poder Executivo foi confiada pela Constituição Federal ao Presidente da República, a quem compete seu exercício, auxiliado pelos Ministros do Estado, compreendendo, ainda, o braço civil da administração (burocracia) e o militar (Forças Armadas), consagrado mais uma vez o presidencialismo, concentrando na figura de uma única pessoa a chefia dos negócios do Estado e do Governo. (MORAES, 2007. p. 444)

Por outro lado, há a função atípica do poder executivo, no qual fica a sua responsabilidade legislar e julgar atos administrativos. Neste sentido explica Alexandre de Moraes:

O Executivo, portanto, além de administrar a coisa pública (função típica), de onde deriva o nome república (*res publica*), também legisla (art. 62 – Medidas Provisórias) e julga (contencioso administrativo), no exercício de suas funções atípicas. (MORAES, 2007. p. 445)

Por fim, iremos abordar o Poder Judiciário, no qual fica a sua função típica julgar os atos aplicando a lei aos casos concretos.

Neste sentido explica Alexandre de Moraes:

Ao lado da função de legislar e administrar, o Estado exerce a função de julgar, ou seja, a função jurisprudencial, consistente na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que houver necessidade. Dessa forma, a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional, ou seja, julgar, aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses. (MORAES, 2007. p. 478)

Por outro lado, assim como os demais poderes, existe sua função atípica, no qual fica a sua prerrogativa legislar e administrar os atos praticados.

Neste sentido explica Alexandre de Moraes:

O Judiciário, porém, como os demais Poderes Judiciário possui outras funções, denominadas atípicas, de natureza administrativa e legislativa. São de natureza administrativa, por exemplo, concessão de férias aos seus membros e serventuários; prover, na forma prevista nessa Constituição, os cargos de juiz de carreira na respectiva jurisdição. São de natureza legislativa a edição de normas regimentais, pois compete ao Poder Judiciário elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. (MORAES, 2007. p. 478)

Portanto, conforme abordado, todos os poderes são autônomos e independentes entre si, não tendo nenhuma hierarquização de poderes perante aos demais.

3.1.–O SISTEMA DE FREIOS E CONTRA PESOS ENTRE OS PODERES ESTATAIS

O modelo de tripartição dos poderes sugerido por Montesquieu tinha como objetivo descentralizar o poder de um único **soberano**, diminuindo assim o risco de abuso por parte de apenas um detentor de todo o poder. Ainda neste sentido, Montesquieu idealizou uma forma de frear, fiscalizar e evitar que, mesmo com o modelo de tripartição, ocorresse o abuso de um dos poderes, transformando assim o Executivo, Legislativo e Judiciário harmônicos e independentes entre si.

Deste modo, ambos os poderes iriam possuir funções típicas e funções atípicas, tendo completa autonomia para exercerem suas atividades habituais. Porém, neste cenário, o poder iria fiscalizar o próprio poder com o objetivo de reduzir eventuais abusos e afastar o absolutismo evitando a criação de normas tirânicas¹⁴.

Montesquieu acreditava que para afastar governos absolutistas e evitar a produção de normas tirânicas, seria fundamental

¹⁴<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhaseprodutos/artigosdiscursoseentrevistas/artigos/2018/consideracoessobrateoriadosfreiosecontrapesoschecksandbalancessystemjuizaorianapiske#:~:text=O%20Sistema%20de%20Freios%20e%20Contrapesos%20consiste%20no%20controle%20do,Executivo%2C%20Legislativo%20e%20Judici%C3%A1rio>

Acessado em: 18.04.2021

estabelecer a autonomia e os limites de cada poder. Com isto, cria-se a ideia de que só o poder controla o poder, por isso, o Sistema de freios e contrapesos, onde cada poder é autônomo e deve exercer determinada função, porém, este poder deve ser controlado pelos outros poderes. Verifica-se, ainda, que mediante esse Sistema, um Poder do Estado está apto a conter os abusos do outro de forma que se equilibrem. O contrapeso está no fato que todos os poderes possuem funções distintas, são harmônicos e independentes. (Citação do artigo TJDF).

Com esta ideia se criou o mecanismo de controle denominado freios e contrapesos.

Neste mecanismo os freios seriam a parte fiscalizadora dos poderes que trazendo à ótica do tema principal pode-se enxergar que o Poder Judiciário, com o objetivo de fiscalizar e evitar abusos, acaba tomando decisões que restringem ou até mesmo modificam ações do legislativo e executivo, como por exemplo ocorre nas ações de controle de constitucionalidade.

Já os contrapesos se dariam pelas atividades distintas desenvolvidas por cada poder tornando-os assim harmônicos entre si e afastando qualquer grau de hierarquia entre eles.

3.3 – O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

Para aprofundarmos um pouco mais no tema principal, se faz necessário elucidar o princípio da Reserva Legal. Este princípio é comumente confundido com o princípio da Legalidade, pois ambos têm o objetivo de evitar que o Estado ou o Poder Público exijam qualquer ação ou abstenção, senão em virtude da lei, mas veremos adiante que é preciso diferenciá-los.

De modo simplório, é possível dizer que o princípio da legalidade se vincula à submissão à lei. Enquanto o princípio da Reserva Legal tem por objetivo regulamentar

determinadas matérias que necessariamente precisam da lei formal. Assim explica o professor José Afonso da Silva.¹⁵

O primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de se fazer-se necessariamente por lei formal. (SILVA, 2005. p. 421.)

O professor José Afonso cita o princípio da legalidade como sendo genérico e o princípio da Reserva Legal sendo de “legalidade específica”, fazendo assim uma importante diferenciação indicando que o primeiro princípio envolve uma situação de hierarquia das fontes normativas e o segundo princípio envolve uma questão de competência.

Por este motivo se faz necessário entender este princípio para posteriormente analisar a questão do ativismo judicial. Logo:

Outra diferença importante entre o princípio da legalidade (genérica) e o princípio da reserva da lei (legalidade específica) está em que o primeiro envolve primariamente uma situação de **hierarquia** das fontes normativas, enquanto o segundo envolve questão de **competência**. (SILVA, 2005. p. 421.)

Podemos entender, portanto, que o princípio da Reserva legal é responsável por atribuir uma característica formal a determinadas normas.

Em qualquer universidade de direito é explicado logo no início do curso que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer, senão em virtude da lei”. Esta afirmação promove um bom entendimento da característica formal das normas, ficando claro que determinadas normas deverão ser necessariamente escritas, dando assim uma maior segurança jurídica.

4 –O ATIVISMO JUDICIAL

¹⁵SILVA, Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

4.1 - CONCEITO

Primeiramente, é importante ressaltar a grande repercussão sobre ativismo judicial no Brasil, pois é algo “novo” e vem sendo cada dia mais recorrente em nossa Suprema Corte, podendo trazer uma “grande” insegurança/segurança jurídica perante toda a sociedade brasileira.

Portanto as questões tratadas pelo ativismo judicial são de alta complexidade, tal como a união homoafetiva, tratada pelo STF. (ADI 4277¹⁶ e ADPF 132¹⁷).

O fenômeno ativismo judicial é tratado de diferentes formas para alguns autores, no qual iremos pontuar alguns dos principais pensadores para este tema.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, p. 163), deixa claro que os juízes ativistas se tornam sempre uma ameaça aos valores democráticos garantidos pela constituição e a separação dos poderes, tornando-se como “substituto para o excesso judicial”.

Neste sentido pontua Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

A complexidade do ativismo judicial revela-se, particularmente, na forma como se manifestam as decisões ativistas. Essas decisões apresentam diferentes dimensões, e não apenas forma única de manifestação, o que significa dizer que o ativismo judicial consiste em práticas decisórias, em geral, multifacetadas e, portanto, insustentáveis de redução a critérios singulares de identificação. Há múltiplos indicadores do ativismo judicial como a interpretação expansiva dos textos constitucionais, a falta de deferência institucional aos outros poderes de governo, a criação judicial de normas gerais e abstratas, etc. Assumir esta perspectiva transforma a identificação do ativismo judicial em

¹⁶ADI 4277 – fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>

Acessado em: 06.04.2021

¹⁷ADPF 132 – fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>

Acessado em: 06.04.2021

uma empreitada mais completa e segura. (CAMPOS, 2014. p. 163)

Destaca-se, também, o pensamento proposto por Ramos (2010), que defende que o Poder Judiciário está tendo uma desnaturalização da sua atividade/função típica de seu poder, atuando em alguns casos de forma atípica da sua função jurisdicional. Neste sentido pontua Ramos:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. (RAMOS, 2010. p. 129)

Por sua vez, o Ministro Luís Roberto Barroso (2009, pag. 6) deixa claro que o ativismo judicial é uma participação mais ampla do poder Judiciário em face dos demais poderes. Neste sentido pontua o ministro Barroso:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. (BARROSO, 2009, p. 6)

Por fim, Ramon Tácio de Oliveira, aduz que o ativismo judicial veio para suprir uma lacuna do poder legislativo:

[...] o ativismo judicial é tomado no sentido de medida que existe para atenuar o hiato entre o ideal político e a realidade constitucional; ocorre para preencher o vácuo deixado pelo legislador em torno do seu papel político apropriado, visando aprimorar a democracia, para afirmar direitos fundamentais. (OLIVEIRA, 2015, p. 287).

O ativismo judicial é um comportamento da atuação dos juízes, sendo uma maneira de interpretação mais expansiva, utilizando sua hermenêutica jurídica para resolver um caso concreto puramente dogmático. Ou seja, o Poder Judiciário atua de forma atípica nos casos de grande repercussão, visando exclusivamente a garantia dos direitos fundamentais e preenchimento da lacuna perante os demais Poderes.

Portanto, conforme já exposto, pode-se perceber que o STF atua conforme o pensamento/concepção de Ramon Tácio de Oliveira, no qual, o Supremo Tribunal Federal visa o preenchimento das lacunas perante as diversas falhas e/ou omissões dos poderes.

4.1- O SURGIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL

De acordo com Ministro Barroso (2009) ativismo judicial começa a se caracterizar no período após a Segunda Guerra Mundial, com o crescimento exponencial de cortes com papel de controle de constitucionalidade. Tal movimento acontece principalmente nos países ocidentais fruto de um fenômeno chamado de judicialização. De modo simplório, podemos entender a judicialização como um alto acionamento do poder judiciário para se posicionar ou decidir múltiplas questões consideradas extremamente relevantes para o país.

Para ilustrar melhor, Luís Roberto Barroso aponta alguns casos que marcaram a história onde as tais cortes com características de controle de constitucionalidade precisaram se posicionar e decidir acerca de temas relevantes.

Os exemplos são numerosos e inequívocos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na

Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coréia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment. (BARROSO, 2009, p. 11)

É importante ressaltar que, apesar de ser fruto da Judicialização, o Ativismo Judicial não pode ser confundido com o mesmo, conforme trataremos neste artigo posteriormente, porém é válido citar tal fato para que se entenda melhor o Ativismo Judicial.

O Ministro Barroso (2009) ressalta que o berço do ativismo judicial foi os Estados Unidos, um país cujo sistema judiciário é caracterizado por jurisprudências com um peso fortíssimo.

Algo que demonstra a ação imperativa e principalmente proativa da Suprema Corte Norte Americana são inúmeras decisões que ocorreram no período pós-guerra, inicialmente com teor conservador, que contrariavam os presidentes da época, causando constantes conflitos e caracterizando uma maior intervenção do sistema judiciário nos outros poderes.

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). (BARROSO, 2009, p.14)

No Brasil, pode-se observar claramente uma participação intensa do Supremo Tribunal Federal em questões sociais de notória relevância, assumindo um posicionamento ativista, como citado por Barroso:

Veja-se, em primeiro lugar, um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador

ordinário: o da fidelidade partidária. O STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. (BARROSO, 2009, p. 14)

Essa participação mais intensa do Supremo Tribunal Federal em questões políticas possui algumas justificativas, dentre elas, o alto número de demandas ajuizadas no país, que implica na atuação do poder judiciário constantemente para tentar sanar lacunas das leis vigentes.

Outro ponto que possui uma contribuição considerável para o ativismo judicial é a crise política. Principalmente na última década, há um descrédito muito grande do legislativo no país, devido à crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade. Esse fenômeno social leva a sociedade como um todo a invocar o poder judiciário com a esperança que o mesmo supra as lacunas das leis com interpretações coerentes e até mesmo faça uma inovação normativa através de decisões do STF, tal como dito por Barroso:

Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral.

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. (BARROSO, 2009, p. 16)

Outro fator que contribui para o surgimento do Ativismo Judicial no Brasil é o modelo adotado para o controle de constitucionalidade.

O chamado modelo híbrido ou eclético realiza a fusão de características do sistema europeu e norte americano, sendo que no modelo americano é visto um controle incidental e difuso onde o Juiz/tribunal poderá deixar de aplicar uma norma caso entenda que se trata de uma norma inconstitucional.

Já o modelo chamado europeu permite que determinadas questões sejam levadas diretamente para a análise da Corte Superior, tendo assim um direito de propositura mais amplo.

A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo⁴. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF. (BARROSO, 2009, p.13)

Portanto, podemos ressaltar que através do artigo publicado em 1947 pelo historiador Artur Schlesinger, em sua obra *The SupremeCour*, o ativismo judicial tornou-se ainda mais popular perante todo o mundo, sendo discutido por diversos doutrinadores até a atualidade.

4.3 - ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O ativismo judicial e judicialização da política não se confundem, pois eles são correlacionados, mas cada um tem sua especificidade particular.

Barroso (2009) entende que a judicialização da política é a transferência de decisão entre os órgãos do Poder Legislativo e Poder Executivo para o Poder Judiciário, sendo tais tratativas de decisões de cunho político, social e/ou moral, no qual as mesmas deveriam ser tratadas nas instâncias de políticas tradicionais (Congresso Nacional e Poder Executivo). Neste sentido pontua Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo — em cujo âmbito se encontram o presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. (BARROSO, 2009. p. 3)

Diante disto, Barroso (2009, 3 - 4) afirma os três principais motivos geradores da Judicialização no Brasil, sendo eles: a) democratização do país; b) constitucionalização abrangente; e c) sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Nessa quadra, o ativismo judicial está moldado a uma atuação do juiz de modo mais amplo e/ou interpretativo, pois:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um

modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. (BARROSO, 2009, p. 6)

Portanto, pode-se ressaltar que a judicialização e o ativismo judicial não se confundem, uma vez que a judicialização independe da vontade do Poder Judiciário, pois a referida discussão é relacionada ao sistema político de tomadas de decisões e o ativismo judicial é a forma de como está sendo feita a interpretação do direito no caso concreto, ou seja, é a ultrapassagem da função jurisdicional perante a forma escrita da lei.

5 - O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19: ATIVISMO JUDICIAL?

Ao longo do ano de 2020 houveram algumas decisões da suprema corte que causaram grande impacto na forma que a pandemia era conduzida. Dentre elas, podemos destacar a decisão sobre a ADI 6341¹⁸ proposta pelo Partido Democrático Trabalhista com a intenção de declarar a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020 editada pelo Presidente da República.

Nesta MP era estabelecida algumas ações para enfrentamento da emergência de saúde pública e o seu artigo 3º §9º atribuía ao Presidente da República a responsabilidade de dispor sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

I – isolamento;

II – quarentena

[...] VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: a)

¹⁸ADI 6341- fonte: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>

Acessado em: 02.05.2021

entrada e saída do País; b) locomoção interestadual e intermunicipal; [...]

§ 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais.

§ 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º.

§ 10. As medidas a que se referem os incisos I, II e VI do caput, quando afetarem a execução de serviços públicos e atividades essenciais, inclusive as reguladas, concedidas ou autorizadas, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador.

§ 11. É vedada a restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, definidas nos termos do disposto no § 9º, e cargas de qualquer espécie que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população.

O Ministro Marco Aurélio foi o relator da ação e em seu entendimento houve uma inobservância por parte do Presidente da República ao artigo 23, II da Constituição Federal, pois este artigo estabelece que "É competência **comum** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II Cuidar da saúde e assistência pública...".

Deste modo, foi reconhecida a competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e Municípios para tomarem medidas necessárias a fim de prover e cuidar da saúde e assistência pública.

A partir desse caso, consolida-se o fato de que a Suprema Corte Brasileira tem se mostrado bastante ativista desde o século passado e a pergunta que se faz é se há ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.

Como todo debate, há aqueles que defendem a atuação do STF e aqueles que o criticam, sob a pecha de ativismo judicial.

A principal crítica realizada por quem é contrário ao ativismo é a interferência do Poder Judiciário em face dos demais poderes, no qual fere o princípio da separação dos poderes, ou seja, cada poder possui sua função e nela são atribuídas a suas competências não podendo haver interferência dos demais poderes. Podemos salientar o autor Campos, 2014, que é contra esse fenômeno do ativismo judicial.

O ativismo judicial decorre de exacerbado subjetivismo, pelo qual se está deixando de aplicar as leis nos casos concretos para trazer um subjetivismo jurídico ou na vontade de quem o interpreta.

Neste sentido pontua Ronald Dworkin:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. (DWORKIN, pag.451-452, 1999)

Aqueles favoráveis ao ativismo judicial como Ramos, Barroso e Ramon de Tácio tem como posicionamento a legitimidade do poder judiciário em face dos demais poderes.

Diante disso, o Ministro Luís Barroso (2009), ressalta a importância da atuação do juiz na interpretação das leis feita pelo Poder Legislativo, no qual deixa claro que o juiz devera, sim, fazer a expansão das leis perante os casos concretos.

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação

direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, pag. 6, 2009)

Neste sentido podemos ressaltar o pensamento do Hélder Fábio Cabral Barbosa:

Pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao judiciário seria um desvio de finalidade, desvio do fim do judiciário, entretanto inexiste tal afirmação, uma vez que os juízes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de auto executoriedade (BARBOSA, pag.151, 2011)

Por tanto, conforme exposto, percebe-se que há divergência quanto ao pensamento do ativismo judicial brasileiro, havendo aqueles que ressaltam a importância do ativismo perante ao tribunal garantindo assim uma maior democracia e outros que ressaltam o quão maléfico é o ativismo judicial perante ao tribunal, pois conforme, as doutrinas, poderá haver uma insegurança jurídica muito grande.

Mesmo diante de opiniões favoráveis e desfavoráveis a respeito do ativismo, podemos compreender que o ativismo passa a existir quando o órgão ou pessoa julgadora provê uma decisão com uma interpretação expansiva que possui o intuito de suprir eventuais lacunas legislativas.

Assim será possível verificar a ocorrência do ativismo quando o juiz ou tribunal decidir sobre casos concretos de forma a tentar preencher uma lacuna na lei ou até mesmo inovar interpretações já consolidadas sobre determinados assuntos.

Com base nestes convencimentos não foi possível vislumbrar o ativismo judicial na decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a ADI 6341, uma vez que é competência do Supremo Tribunal Federal avaliar e decidir sobre a constitucionalidade de leis e Medidas Provisórias.

No caso concreto, o Supremo Tribunal Federal foi *instigado* a decidir sobre uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, exercendo assim sua função típica segundo definições expostas ao longo da pesquisa.

Em sua decisão, a Suprema Corte identificou e argumentou que existia dispositivo na Medida Provisória que estava claramente em desconformidade com a Constituição Federal.

Com isso a decisão proferida não buscou preencher lacuna legislativa, mas tão somente exerceu sua função típica observando que o dispositivo contido na MP está em total desacordo com dispositivo existente na Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Analisando todo o exposto ao longo da pesquisa foi possível compreender o surgimento e as principais funções e competências do Supremo Tribunal Federal, ficando claro que um dos seus principais objetivos é o de garantir a aplicação das normas constitucionais federais e anular Leis e Decretos Presidenciais que estejam em desconformidade com a Constituição Federal, tornando-o assim um guardião da constituição, como é conhecido.

O modelo de tripartição dos poderes é estabelecido pela Própria Constituição federal em seu artigo 2º, sendo este modelo um alicerce para o Estado Democrático de Direito, garantindo assim que não exista um absolutismo por parte do Estado e estabelecendo funções típicas e atípicas a cada um dos três poderes.

É importante ressaltar que com este modelo é possível identificar alguns mecanismos como os freios e contrapesos que existem para que os poderes tenham a competência de fiscalização do próprio poder e evite ao máximo a transgressão de normas e o absolutismo por consequência.

O ativismo judicial que surgiu no período pós segunda guerra mundial é constantemente debatido e há quem o veja como uma forma de garantir que o

objetivo da lei seja cumprido e aplicado ao caso concreto, porém existem diversos doutrinadores que avaliam que o ativismo exerce função diversa da apresentada, trazendo na verdade uma insegurança jurídica pois está fortemente ligado ao subjetivismo do juiz e/ou tribunal julgador.

No caso concreto tratado por este trabalho, o Supremo Tribunal Federal foi *instigado* a decidir sobre uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, exercendo assim sua função típica segundo definições expostas ao longo da pesquisa, como demonstrado ao longo do trabalho.

Com isso a decisão proferida na ADI 6341 não buscou preencher lacuna legislativa, mas tão somente exerceu sua função típica observando que o dispositivo contido na MP está em total desacordo com dispositivo existente na Constituição Federal.

Logo, a questão do ativismo judicial deve ser analisada sob a ótica de quando o órgão ou pessoa julgadora profira uma decisão com uma interpretação expansiva que possui o intuito de suprir eventuais lacunas legislativas, agindo, assim, nessa hipótese, como legislador, extrapolando a tripartição de funções entre os poderes do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ADI 4277 – fonte:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>> Acesso em: 06 de Abril de 2021.

ADI 6341- fonte:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>> Acesso em: 02 de Maio de 2021.

ARISTÓTELES. **A Política.** Texto disponível em
<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>

BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. **A efetivação e o custo dos direitos sociais: a falácia da Reserva do possível.** Estudos de direito constitucional. Recife: Edupe, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2009. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 10 de out. de 2020.

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/constituicao.htm. Acesso em: 21 de Março de 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DPF 132 – fonte:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>> Acesso em: 06 de Abril de 2021.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoTurma&pagina=principal>> Acessado em: 05 de Abril de 2021.

<<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>> Acesso em: 25 de Abril de 2021.

<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:jkJa5CswP7sJ:bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/8837/7630/19289+&cd=6&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em 06 de Abril de 2021.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 15 de Março de 2021.

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>> Acesso em: 02.05.2021.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/STF_Brasil_Estrutura_e_Atribuicoes.pdf> Acesso em 24 de Abril de 2021.

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>> Acesso em: 13 de Março de 2021.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico#:~:text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20era,de%2026%20do%20mesmo%20m%C3%AAAs.> > Acesso em: 23 de Março de 2021.

<<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/ativismo-judicial-e-o-stf/>> Acesso: 21 de Março 2021.

<<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>> Acessado em: 15 de Fevereiro de 2021.

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principio-da-separacao-de-poderes-em-corrente-tripartite/> Acesso: 15 de Março de 2021.

<<https://jus.com.br/artigos/52479/supremotribunalfederalorigemcompetenciaeoutrosaspectos#:~:text=Supremo%20Tribunal%20Federal,%C3%89%20importante%20destacar%20a%20defini%C3%A7%C3%A3o%20de%20compet%C3%Aancia%20origin%C3%A1ria%2C%20a%20qual,o%20primeiro%20%C3%B3rg%C3%A3o%20de%20justi%C3%A7a.&text=A%C3%A7%C3%B5es%20diretas%20de%20inconstitucionalidade%20por,de%20compet%C3%Aancia%20origin%C3%A1ria%20do%20STF>> Acessado em: 14.05.2021.

<<https://www.migalhas.com.br/quentes/193994/competencia-das-turmas-do-stf-foi-ampliada-nos-ultimos-anos>> Acesso em: 08 de Março de 2021.

<<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhaseprodutos/artigosdiscursosentrevistas/artigos/2018/consideracoessobreateoriadosfreiosecontrapesoschecksandbalancessystemjuizaorianapiske#:~:text=O%20Sistema%20de%20Freios%20e%20Contrapesos%20consiste%20no%20controle%20do,Executivo%2C%20Legislativo%20e%20Judici%C3%A1rio>> Acessado em: 18 de Abril de 2021.

MARRARA, Thiago. **As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade.** *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 1, n. 1, p. 23-51, 2014.

Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rdda/article/view/73561/77253>. Acesso em: 10 de outubro de 2020.

MIGALHAS. <<https://www.migalhas.com.br/quentes/193994/competencia-das-turmas-do-stf-foi-ampliada-nos-ultimos-anos>> Acesso em 02 de Abril de 2021.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo. Atlas. 2007.

OLIVEIRA, Ramom Tácio de. **Ativismo Judicial – Multiplicidade de Sentidos**. 1. ed. Curitiba: Prismas, 2015. p. 87.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SEUS ASPECTOS PROCESSUAIS À LUZ DA LEI Nº 13.874, DE 20 DE SETEMBRO DE 2019

ANA LUIZA NASCIMENTO ALVES SILVA:
Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário Una Aimorés

CAMILA CAPUCIO

(orientadora)

RESUMO: A intenção do presente trabalho é de demonstrar uma breve perspectiva sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica, analisando, as razões da criação das pessoas jurídicas, os aspectos materiais do instituto da desconsideração, bem como a sua origem, evolução e impactos jurídicos e sociais. Posteriormente, o estudo se encaminhará para a análise do aspecto processual da desconsideração, realizando uma abordagem crítica sobre as disposições da Lei 13.874, de 20 de Setembro de 2019 que, inovando o ordenamento jurídico brasileiro, realizou alterações quanto à “Desconsideração da Personalidade Jurídica”, objetivando, entre outras razões, dar efetividade aos princípios da liberdade no exercício de atividades econômicas e de boa-fé do particular bem como o princípio da intervenção mínima do Estado no exercício de atividades econômicas, além de outros.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica. Lei 13.874/19. Principais Alterações.

ABSTRACT: The intention of the present work is to demonstrate a brief perspective on the Disregard of the Legal Personality, analyzing, the reasons for the creation of legal entities, the material aspects of the disregarding institute, as well as its origin, evolution and legal and social impacts. Subsequently, the study will proceed to the analysis of the procedural aspect of disregard, taking a critical approach to the provisions of Law 13,874, of 20 September 2019, which, innovating the Brazilian legal system, made changes regarding the “Disregard for the Legal Personality” , aiming, among other reasons, to give effect to the principles of freedom in the exercise of economic activities and in good faith of the individual, as well as the principle of minimum State intervention in the exercise of economic activities, among others.

Keyword: Disregard of legal personality. Law 13,874 / 19. Main Changes.

1. INTRODUÇÃO

O Presente artigo visa apresentar o atual marco legal brasileiro concernente a Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019, demonstrando através dos aspectos materiais e processuais a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

No primeiro momento, introduzindo o tema, a análise consistirá na formação da pessoa jurídica, passando pelas razões do surgimento e considerações, chegando à problemática do desvirtuamento da personalidade jurídica, situação que deu ensejo aos meios sancionadores destinados à punição daqueles que se utilizavam da pessoa jurídica para perpetrar fraudes, desrespeitando a função social da empresa.

Posteriormente, analisar-se-á os tipos de sociedades existentes no ordenamento jurídico com as suas devidas características e como se dividem a responsabilidade de cada uma delas respectivamente.

Em seguida serão abordadas a desconsideração da personalidade jurídica, no que consiste, seu surgimento, sua evolução, os requisitos necessários nos ramos do direito que expressamente a autorizam, bem como a possibilidade da legitimidade das partes para a requererem.

Por fim, e com destaque especial, serão tratados os aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica, os quais sofreram alterações com a Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019.

As principais consequências dessas mudanças, sob um enfoque crítico, o estudo verificará se as soluções adotadas por esta lei resolverão os problemas que doutrina e jurisprudência vêm encontrando.

Ao final, o leitor encontrará uma conclusão acerca do Incidente de Desconsideração da Personalidade em que concerne a Lei 13.874, que buscará elencar o lado positivo da processualização das mudanças apresentadas acerca da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

2. PERSONALIDADE JURÍDICA

A pessoa jurídica é um sujeito de direitos personificado não humano, no qual possui aptidão para ser titular de direitos e obrigações. Através dos quais está autorizada a praticar os atos em geral da vida civil, sejam eles, comprar, vender, tomar emprestado, dar em locação, entre outros. Sendo que a pessoa jurídica, como entidade não humana está excluída da prática dos atos no qual é atributo a humanidade como casar, adotar, doar órgãos, e outros.

Ela é constituída por uma ou mais pessoas, estes necessariamente sujeitos de direito, podendo ser pessoas naturais ou outras pessoas jurídicas, em decorrência da vontade delas, que são identificadas como membros, integrantes ou instituidores da pessoa jurídica. Em regra, as pessoas jurídicas não se confundem com as pessoas que a integram, a pessoa jurídica e cada um dos seus membros são sujeitos de direito autônomos, distintos e inconfundíveis.

Em decorrência do princípio da autonomia da pessoa jurídica, é ela mesma parte dos negócios jurídicos, contudo através de uma pessoa natural que a representa. Mas apesar da representação é a pessoa jurídica que está manifestando a sua vontade, vinculando-se a um contrato, assumindo direitos e contraindo obrigações em virtude do negócio jurídico. Sendo, portanto, ela, e não os seus integrantes, a parte legítima para demandar e ser demandada em juízo.

De acordo com o Código Civil de 2002, a existência legal das pessoas jurídicas está condicionada ao registro do respectivo ato constitutivo no órgão próprio e esse ato marca o início da personalidade jurídica. Da mesma forma que o início da personalidade jurídica se dá com o registro, o fim da personalidade jurídica termina com o cancelamento de sua inscrição no registro próprio, após o encerramento da liquidação da pessoa jurídica. A ordem sequencial dos atos dissolutivos das pessoas jurídicas em geral, portanto é: dissolução, liquidação e cancelamento do registro.

3. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Em regra geral, decorrendo da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, as obrigações desta não são, imputáveis aos seus membros. Portanto, os integrantes da pessoa jurídica não respondem em regra, pelas obrigações assumidas pela pessoa jurídica porque são sujeitos de direitos distintos, autônomos e inconfundíveis. A menos que na realização de fraudes principalmente quando a pessoa jurídica é uma sociedade o princípio da autonomia patrimonial seja manipulado para descumprir a lei e suas obrigações.

Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores.

Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos. (BRASIL 2002)

Com intuito de evitar a manipulação fraudulenta do princípio da autonomia patrimonial, foi desenvolvido a teoria da desconsideração da personalidade jurídica através do trabalho do jurista alemão Rolf Serick nos de 1950, onde o seu principal argumento defendido foi que, *"sempre que a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas for manipulada para a realização de uma fraude, o juiz pode ignorá-la e imputar a obrigação diretamente a pessoa que procurou frustrar-se aos seus deveres."*

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, não tem por objetivo questionar ou invalidar o princípio da autonomia da vontade, pelo contrário, ele continua válido e eficaz ao estabelecer que, em regra, os membros da pessoa jurídica não respondem pelas obrigações desta, trata-se de um aperfeiçoamento da teoria, por meio da coibição do mau uso de seus fundamentos.

3.1 Conceito

A desconsideração da personalidade jurídica é o instituto cuja aplicação busca atrair a responsabilidade patrimonial dos sócios em razão de débitos contraídos pela pessoa jurídica quando há abusividade ou fraudes nos atos praticados. Como medida de justiça, é inaceitável que os sócios se escondam atrás do véu da personalidade jurídica com o propósito de macular credores ou praticar atos fraudulentos a fim de isentar-se de responsabilização patrimonial.

Essa teoria está positivada no art. 50, do Código Civil, deste modo:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

Nestas situações, é de extrema importância a intervenção do Poder Judiciário para através da desconsideração da personalidade jurídica, viabilizar a penetração no patrimônio particular dos sócios, como meio de satisfazer os créditos existentes e coibir condutas desonestas e reprováveis.

3.2 Teorias

A desconsideração da personalidade jurídica não é prevista apenas no Código Civil, existem outros importantes ramos do direito que tratam sobre o tema, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor – CDC e da Lei Ambiental. Ocorre que nem

todas as leis trazem os mesmos requisitos para a desconsideração, a partir daí que surgiu a divisão da Teoria Maior e Menor que subdividiram os requisitos impostos para a desconsideração.

No que se refere às teorias da desconsideração da personalidade jurídica, existem a Teoria Maior, introduzida no Brasil pelo jurista Rubens Requião e é a mais próxima da construção original da doutrina anglo-saxã da desconsideração e a Teoria Menor que pela maioria dos doutrinadores é considerada uma afronta ao atual ordenamento jurídico, pois viola o princípio da separação patrimonial ao ampliar as hipóteses permissivas da desconsideração.

Segundo Coelho (2007, p. 36) há no Brasil duas teorias:

De um lado, a teoria mais elaborada, de maior consistência e abstração, que condiciona o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à caracterização da manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto. Nesse caso, distingue-se com clareza a desconsideração da personalidade jurídica e outros institutos jurídicos que também importam a afetação de patrimônio de sócio por obrigação da sociedade (p. ex., a responsabilização por ato de má gestão, a extensão da responsabilidade tributária ao gerente etc.). Ela será chamada, aqui, de teoria maior. De outro lado, a teoria menos elaborada, que se refere à desconsideração em toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio de sócio por obrigação social, cuja tendência é condicionar o afastamento do princípio da autonomia à simples insatisfação de crédito perante a sociedade. Trata-se da teoria menor, que se contenta com a demonstração pelo credor da inexistência de bens sociais e da solvência de qualquer sócio, para atribuir a este a obrigação da pessoa jurídica.

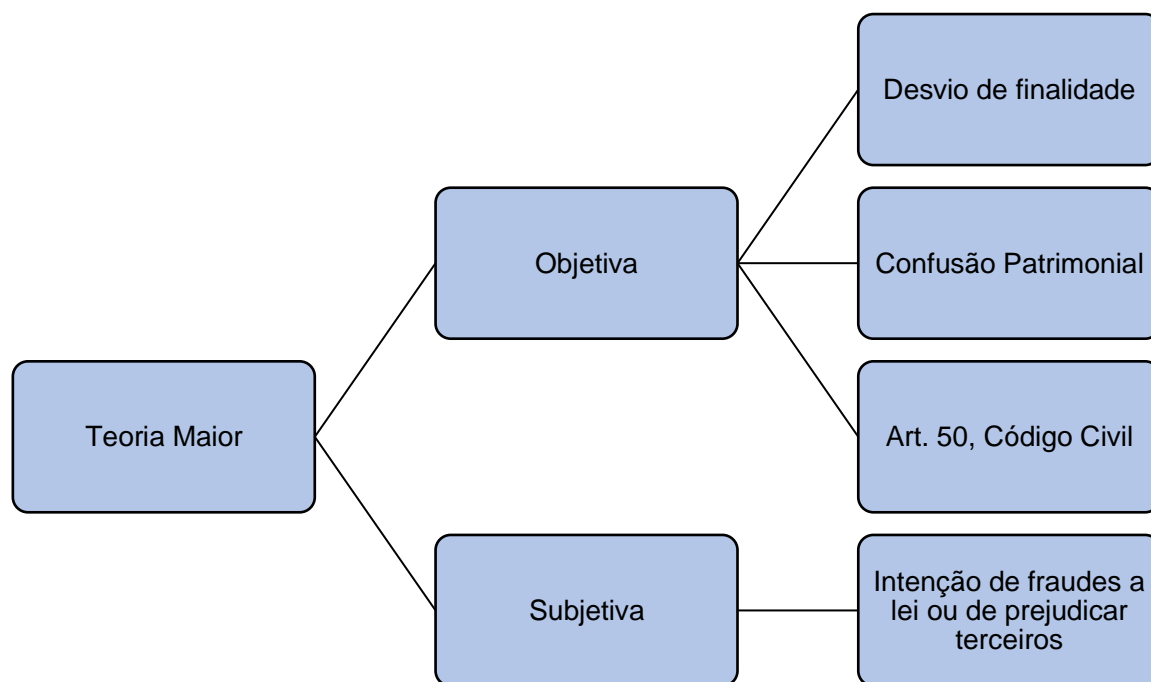
Desta forma, segundo Fabio Ulhoa Coelho, existem duas maneiras de requisitar a teoria da desconsideração: (i) a primeira – teoria maior, o juiz deixa de lado a autonomia patrimonial da pessoa jurídica face à natural, reprimindo-se a prática de fraudes e abusos; (ii) a segunda – teoria menor, em que o simples prejuízo autoriza o afastamento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

Nesse sentido, em regra geral a teoria maior é a vigente em sua abrangência total em nosso ordenamento jurídico, exigindo a comprovação do desvio de finalidade,

prova de insolvência ou da confusão patrimonial para que, somente neste momento, seja desconsiderada a personalidade jurídica para o caso específico.

Com a definição da teoria maior, doutrinadores a subdividiram em paralelo objetivo e subjetivo. No objetivo, não importa o elemento da fraude, a confusão patrimonial é extremamente necessária e considerada suficiente para a desconsideração. Sendo assim, se os sócios possuírem bens seus em nome da empresa, é requisito para a autorização da desconsideração.

Já o paralelo subjetivo não age dessa forma, concluindo que deve haver a demonstração de abuso da personalidade jurídica, seja ele pela fraude, bem como pelo desvio da finalidade atribuído a personalidade jurídica.



3.2.1 Requisitos e Efeitos

Os requisitos necessários para que ocorra a desconsideração da personalidade jurídica, variam de acordo com a aplicação das teorias no caso concreto. A falta de patrimônio ou a inexistência de bens penhoráveis da sociedade é requisito simples para ocorrer a desconsideração, situação que pode frustrar a satisfação do direito do credor.

Grandes doutrinadores elencam que seria possível apenas desconsiderar a Pessoa Jurídica, conforme a teoria menor, se ficasse comprovada a: (I) Insuficiência patrimonial; (II) abuso de direito; (III) excesso de poder; (IV) infração da lei (V) fato ou

ato ilícito; (VI) violação do estatuto ou contrato social; (VII) falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocado por má administração; (VIII) desvio de finalidade ou (IX) confusão patrimonial. Assim, os requisitos da teoria menos se tratam, portanto, de atos ilícitos.

3.3 Dissolução x desconsideração

A dissolução ocorre quando uma sociedade empresária encerra suas atividades através de um procedimento formal, que envolve, normalmente, um distrato, por exemplo, a liquidação do seu patrimônio (apuração de ativo e passivo), a partilha do acervo social restante entre os sócios (caso o resultado da liquidação seja positivo) e a extinção da personalidade jurídica com a respectiva baixa no órgão competente, que no caso de uma sociedade empresária é a Junta Comercial.

Quando, porém, uma sociedade empresária encerra suas atividades sem obedecer a essas formalidades, diz-se que houve uma dissolução irregular. Está prática de encerramento irregular das atividades da empresa é causa de responsabilização dos sócios e administradores.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ no enunciado da súmula nº435 dispõe que, *“presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”*. Deste modo, a não localização do executado na ação de execução fiscal constitui indício da dissolução irregular, chegando-se a presunção relativa de que a empresa foi dissolvida irregularmente. Cumpre ao sócio quando citado fazer prova em contrário da referida presunção para demonstrar que a mesma não ocorreu ou de que não concorreu para a dissolução irregular mediante a prática de atos lesivos a sociedade.

Posteriormente a responsabilização dos sócios pelas dívidas da sociedade em razão da sua dissolução irregular passou a ser requerida também nas ações cíveis, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A autonomia patrimonial da pessoa jurídica não pode servir para acobertar situações antijurídicas prejudiciais a terceiros. Em razão disso, foi construída a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que possibilitou a responsabilização dos sócios quando caracterizada a utilização abusiva da forma societária.

Nos casos de encerramento das atividades da empresa sem o pagamento de todos os credores por meio da regular dissolução e liquidação, pode ser comprovado que houve má administração por parte dos sócios e administradores, mediante

confusão patrimonial entre os bens da sociedade e dos sócios, com a prática de atos abusivos e fraudulentos que conduziam a sociedade à falência, a insolvência ou a sua inatividade.

Assim, *“o encerramento irregular da empresa constitui importante indicio de abuso da personalidade, o qual diante das peculiaridades do caso concreto, é apto a embasar o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade para se buscar a satisfação do credor no patrimônio individual dos sócios”*. (REsp 1.395.288/SP, 3ª Turma, Ministras Nancy Andrighi de 02.06.2014.)

Portanto, a dissolução irregular pode embasar o pedido de desconsideração jurídica quando comprovada a existência dos demais pressupostos previstos em lei, como o abuso da personalidade jurídica, o desvio de finalidade, a confusão patrimonial, a prática de atos ilícitos, a violação dos estatutos e contrato social, contudo por si só a dissolução irregular não é motivo suficiente para a responsabilização dos sócios com base na desconsideração da pessoa jurídica, pois equivaleria à responsabilização dos sócios por mero inadimplemento.

4. LEI 13.874 DE 20 DE SETEMBRO DE 2019

A Lei 13.874 de 20 de setembro de 2019, se iniciou com a publicação da Medida Provisória nº 881 de 2019, que ficou mais conhecida como “MP da Liberdade Econômica”, que entre seus objetivos destacou e consagrou como princípio da mínima interferência do Estado sobre a atividade econômica privada, além de prever questões relacionadas ao livre mercado, houveram modificações significativas relacionadas a aplicação na sociedade em geral, ou seja, na atualidade representa e atende o anseio econômico da coletividade.

A Lei 10.406, de 10 janeiro de 2002, mais conhecido como Código Civil Brasileiro, em seu artigo nº 50, anterior a Lei 13.874 de 20 de setembro de 2019, trazia a fundamentação legal da desconsideração da personalidade jurídica, com a seguinte redação:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. (CC/2002).

Contudo, a recente edição da Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019, além de introduzir o artigo 49-A no Código Civil, de modo a reforçar a vigência da premissa anteriormente codificada no artigo 20 do Código Civil de 1916, enfatiza no artigo 50 do Código Civil, a teoria clássica de Rolf Serick, meio pelo qual apresentou novas exigências a compor o rol taxativo necessário para que ocorra a desconsideração. Passando a ser a seguinte redação:

Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

4.1 Principais alterações no Código Civil

O artigo 50 do Código Civil, reflete sobremaneira a conhecida teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica. Deste modo, em regra, não basta apenas a prova da insolvência da sociedade, o ato antijurídico que caracteriza e da origem ao evento em comento é um gênero denominado abuso de personalidade, dividindo-se em duas espécies chamadas de desvio de finalidade e confusão patrimonial, sendo, portanto, que, para que ocorra, os demais requisitos elencados no artigo, devem estar presentes.

Primeiramente, um ponto a se destacar é que, tanto na redação anterior apresentada no Código Civil de 2002, quanto a nova redação do Artigo 50, alterado pela Lei 13.874/2019, previam que é necessário estabelecer a prova do desvio de finalidade e/ou confusão patrimonial demonstrando assim, o abuso da personalidade jurídica, adotando, portanto, a teoria maior. No entanto, a nova redação traz mudanças

significativas no artigo, como por exemplo, a necessidade de indicar as partes beneficiadas direta e/ou indiretamente pelo abuso da personalidade. O legislador incluiu com o propósito de responsabilizar apenas quem cometeu o ato lesivo, com essa parte, pois antes o entendimento majoritário era que todos os sócios ou administradores envolvidos na sociedade poderiam ser responsabilizados. Assim, sedo, a mencionada alteração aplica a responsabilidade aos beneficiados pela prática do ato ilegal do abuso. Nesse sentido é preciso apresentar a comprovação do ato do abuso da personalidade, bem como quais são os sócios beneficiados.

Ademais, a nova redação traz o conceito de desvio de finalidade e confusão patrimonial, ou seja, trata especificamente de conceituar os elementos que originam a aplicabilidade do instituto da desconsideração, conforme abaixo:

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Relacionado à definição de desvio de finalidade trazida pelo §1º, caracterizada pela utilização dolosa da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza, se resume em dar força ao entendimento pacificado jurisprudencialmente nesse sentido, de modo a confirmar o modelo subjetivo e agravado adotado pelos tribunais brasileiros, que exige comprovação de dolo no caso concreto.

Anteriormente inexistia o conceito do elemento dito como desvio de finalidade, o que veio a ser concretizado com a alteração imposta pela Lei 13.874/2019, que, além disso, destaca uma responsabilidade subjetiva, ou seja, pra fim de caracterizar o ato

lesivo de desvio da finalidade é necessário análise da conduta do sócio ou administrador de forma intencional e dolosa.

Sobre a definição apresentada no §2º, passou-se a listar exemplos para orientar o interprete da lei, mas em contrapartida deixou margem para enquadramento em situações não descritas na lei, desde que configurem atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

Quanto aos incisos específicos, chama atenção, ensina e destaca o Doutor Anderson Schreiber (2019):

Os dois primeiros incisos deste parágrafo descrevem exemplos corriqueiros de confusão patrimonial, como o cumprimento reiterado de obrigações do sócio ou administrador pela pessoa jurídica, ou vice-versa, e a transferência de ativos sem efetiva contraprestação. O terceiro inciso refere-se genericamente a "outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial", possibilitando ao intérprete identificar, a partir de elementos do caso concreto, outras modalidades de confusão, como, por exemplo, a prestação de garantia pela pessoa jurídica em negócio de interesse exclusivo do sócio. (SCHREIBER, 2019).

Sendo assim, fica demonstrado que, os dois primeiros parágrafos do art. 50 do Código Civil de 2002, criaram requisitos, bem como a possibilidade que autoriza a criação da desconsideração da personalidade que anteriormente inexistiam.

Os parágrafos de 3 à 5, da mesma forma sofreram importantes alterações e passaram a ter a seguinte redação:

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica

específica da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Especificamente o parágrafo 3º, tratou da denominada Teoria Inversa da Desconsideração da Personalidade Jurídica que objetiva o afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para que ela possa responder pelas obrigações adquiridas pelos seus sócios ou administradores. Primeiramente os bens dos sócios que cometeram os atos lesivos descritos nos parágrafos 1º e 3º devem ser atacados. De modo que essa teoria vai em desencontro com a Teoria Maior prevista no *caput*, do artigo 50, CC/2002, que por sua vez procura atingir primeiro os bens da sociedade e somente depois para se chegar nos sócios.

Outra alteração importante que vale ser ressaltada é com relação ao § 4º que afirma que, *“A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica”*.

Portanto, nota-se que os requisitos que trata o caput do novo artigo 50 do Código Civil de 2002, são imprescindíveis para que ocorra a desconsideração da personalidade jurídica, mesmo que apresente uma situação jurídica relacionada aos grupos econômicos. Assim, o simples fato de existir um grupo econômico enseja a autorização da desconsideração da personalidade jurídica.

Por fim, não menos importante o § 5º apresenta a existência de um limite prudencial no que tange a aplicação do elemento de desvio de finalidade. Sendo que, com relação ao desvio de finalidade entende-se por ser bem mais do que simplesmente os elementos praticados nesse parágrafo para ser reconhecido. Sendo assim, o último parágrafo demonstra objetividade e restrição, sem ceder margem para interpretação, quanto a sua incidência.

5. CONCLUSÃO

Dessa forma, diante dos pontos expostos, pode-se perceber que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica com a Lei 13.874/2019, sofreu significativas alterações, acrescentando conceitos e hipóteses de aplicação quanto ao aspecto de despersonalizar uma pessoa jurídica. Portanto, os aprimoramentos trazidos pela nova lei podem ser considerados responsáveis pela reformulação normativa no que tange a sua aplicabilidade, além de trazer hipóteses específicas que ainda que sejam praticadas não autorizam o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Ficando assim, demonstrado que, o regramento normativo deixou a desconsideração mais restrita, garantindo maior confiança e segurança para a atividade empresária permitindo uma observância aos princípios legais aplicados à segurança jurídica.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 1. ed. em e-book. ed. Imprensa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil – Parte Geral 1. 5.ed. em e-book. ed. Saraiva. São Paulo, 2012.

NEGRÃO, Ricardo. Direito Empresarial – Estudo Unificado. 5. ed. em e-book. ed. Saraiva. São Paulo, 2014.

NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa – Teoria Geral da empresa e Direito Societário. 9. ed. em e-book. ed. Saraiva. São Paulo, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Parte Geral. 13. Ed. em e-book. ed. Atlas. São Paulo, 2013.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 8. ed. em e-book. ed Saraiva. São Paulo, 2018.

PLANALTO, Lei nº 13.874/19 – Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm - Acesso em: 22 de abril de 2021

PLANALTO, Lei 10.406/02 – Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm - Acesso em: 22 de abril de 2021

*<https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/322041/recentes-alteracoes-legislativas-referentes-ao-instituto-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica>
Acesso em 22 de abril de 2021*

<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/54776/os-efeitos-juridicos-trazidos-pela-lei-13-874-2019-na-desconsiderao-da-personalidade-juridica> Acesso em: 22 de abril de 2021

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/desconsideracao-da-personalidade-juridica-lei-no-13-874-de-20-de-setembro-de-2019/> Acesso em: 22 de abril de 2021

<https://www.conjur.com.br/2019-jul-30/eduardo-sabino-desconsideracao-inversa-personalidade->

juridica#:~:text=A%20desconsidera%C3%A7%C3%A3o%20inversa%20da%20personalidade,adquiridas%20pelos%20seus%20s%C3%B3cios%2Dadministradores. Acesso em: 22 de abril de 2021

<https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/322041/recentes-alteracoes-legislativas-referentes-ao-instituto-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica>. Acesso em: 22 de abril de 2021

<https://www.machadomeyer.com.br/pt/imprensa-ij/mp-da-liberdade-economica-e-mudancas-ao-art-50-do-codigo-civil> Acesso em: 22 de abril de 2021

<https://chcadvocacia.adv.br/blog/lei-da-liberdade-economica/> Acesso em: 22 de abril de 2021

TERCEIRIZAÇÃO: UMA ANÁLISE JURÍDICA E ECONÔMICA DA SITUAÇÃO

LETÍCIA CRISTINA DA SILVA:

Acadêmica de direito no Centro Universitário Una (Una), Campus Belo Horizonte, MG.

GABRIELLA DUARTE ALMEIDA¹⁹

(coautora)

JÉSSICA MARIA GONÇALVES DA SILVA²⁰

(orientadora)

RESUMO: Ao longo do tempo percebemos que o direito do trabalho sempre visou a proteção do trabalhador, uma vez que temos a hipossuficiência presente na relação jurídica. A partir das alterações provocadas pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467), se faz necessário discutir como essas mudanças colocam em risco os direitos e garantias sociais que sempre fizeram parte deste ramo. Portanto, é indispensável uma análise das mudanças à luz dos princípios constitucionais, para assegurar que não estamos diante de um retrocesso do direito do trabalho. Diante disso, o presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como objetivo analisar as vantagens e desvantagens do Trabalho Terceirizado, bem como sua constitucionalidade. Além disso, serão trabalhadas algumas legislações como a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e a Lei da Terceirização 13.429/2017. Este é um trabalho desenvolvido com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos.

Palavras-chave: Análise Econômica e Jurídica. Lei nº 13.429. Reforma Trabalhista. Terceirização.

Sumário: Introdução. 1. Da terceirização. 1.1. Contexto histórico e desenvolvimento. 1.2. Dos direitos trabalhistas 2. Alteração advindas com a reforma trabalhista. 3. Pontos polêmicos sobre a terceirização. 4. Considerações finais. 5. Referências.

¹⁹ Acadêmica de direito no Centro Universitário Una (Una), Campus Belo Horizonte, MG.

²⁰ Mestre em Direito Processual pela PUC/MINAS, Pós graduada em Direito Processual pela PUC/MINAS, Graduada em Direito pela UFMG; Professora universitária no Centro Universitário UNA.

Introdução

A terceirização consiste na contratação de outra empresa que, através de seus próprios funcionários, prestará um serviço para a contratante. Ou seja, a terceirização é o fornecimento de uma atividade e não de um empregado, formando uma relação trilateral entre a empresa contratante, a empresa prestadora do serviço e o empregado que desenvolverá a atividade.

É um assunto de fundamental importância e sempre gerou muitas discussões, pois virou uma grande tendência entre as grandes empresas, visto que terceirizar algumas de suas atividades faz reduzir custos e alavancar a competitividade.

Antes da Reforma Trabalhista, não havia nenhuma lei que regulamentasse a terceirização e protegesse a relação de trabalho nessa modalidade. Havia apenas a existência da Súmula 331, do TST, a qual previa apenas a terceirização dos serviços de vigilância, conservação e limpeza, e os serviços relacionados à atividade-meio, que se refere àquela atividade desvinculada da atividade principal da empresa.

Com o advento da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, surgiu a possibilidade de se terceirizar qualquer atividade da empresa, sejam atividades-fim ou atividades-meio, representando uma vantagem para os empregadores. Contudo, a lei também se preocupou em cuidar do empregado ao limitar a recontração, antes de dezoito meses, do mesmo empregado dispensado por ela.

Neste contexto, vê-se a necessidade de promover informação sobre a terceirização no Brasil, como ela surgiu e o seu desenvolvimento, bem como, analisar as vantagens e desvantagens para o mercado, para os fornecedores e para os trabalhadores, tendo em vista que é uma modalidade crescente no mercado atual.

Busca-se, com o presente estudo, compreender as consequências advindas da reforma na lei da terceirização e o cenário de críticas que a terceirização enfrenta no Brasil, sob os prismas de que a terceirização só beneficia o empregador, por não gerar um vínculo empregatício.

Surge, então, a importância de analisar a Constitucionalidade da Reforma Trabalhista no âmbito da terceirização e os riscos aos empregados relacionados à perda de direitos no âmbito do Direito do Trabalho.

Após isso, ao final do trabalho, pretende-se compreender se tais modificações foram de fato proveitosas, ou não, e se elas proporcionam segurança na relação entre empregadores e empregados.

1. Da terceirização

Segundo Bento e Cavalcanti (2017, s.p), o trabalhador terceirizado é um empregado com todos os direitos trabalhistas, porém, possui uma relação “precária, pois o seu vínculo só permanecerá se a empresa em que ele realiza o trabalho temporário tiver demanda suficiente para justificar a manutenção do contrato”.

A empresa tomadora de serviços contrata trabalhadores temporários ou terceirizados para não precisar contratá-los como seus empregados e ter que pagar os direitos especiais assegurados na legislação trabalhista.

Ainda segundo os autores Bento e Cavalcanti (2017, s.p), o trabalhador não pode estar subordinado à empresa tomadora de serviços, nem tão pouco a empresa tomadora dos serviços pode exigir que o serviço terceirizado seja prestado por um trabalhador específico, pois haveria na relação o princípio da pessoalidade, que tornaria a relação do trabalho terceirizado em ilícito.

Neste diapasão, Resende ensina:

[...] a terceirização desloca-se o foco da tradicional relação bilateral entre empregador e empregado, criando verdadeira relação trilateral, abrangendo em um dos vértices do triângulo o trabalhador, que mantém vínculo de emprego com o prestador de serviços (terceiro ou empregador aparente), mas disponibiliza o resultado de sua energia de trabalho a um tomador de serviços (empregador real) diverso do seu empregador. Por fim, entre o prestador de serviços e o tomador de serviços há uma relação de direito civil (contrato de prestação de serviços), ou ainda uma relação administrativa (contrato administrativo), se o tomador for a Administração Pública (RESENDE, 2020, p.237).

Como consequência da subordinação, o trabalhador pode postular alegando que há vínculo entre ele e a empresa e, que o contrato de trabalho seja considerado como contrato de trabalho por prazo indeterminado, gerando todos os direitos

trabalhistas que não lhe foram reconhecidos como trabalhador terceirizado (BENTO e CAVALCANTI, 2017, s.p).

Segundo Hinz (2005, p.587), a terceirização de serviços “tem sido instrumento para se burlar direitos dos trabalhadores, o que gera a imperiosa necessidade de se diferenciar a terceirização lícita da ilícita, bem como as hipóteses de responsabilização - ou não - do tomador dos serviços terceirizados”.

Figura 1 – Esquema de terceirização lícita

Fonte: Resende, 2020, p.238

Conforme demonstrado no esquema acima, a terceirização provoca uma relação trilateral: (1) o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; (2) a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; e (3) a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação



de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido (RESENDE, 2020, p.238).

1.1 Contexto histórico e desenvolvimento

O marco inicial das ideias ligadas à terceirização, ocorreu durante a Segunda Guerra Mundial, mais precisamente por volta de 1940. As indústrias dos Estados Unidos encontravam-se sobrecarregadas com a produção de armamentos, assim decidiram delegar os serviços não essenciais às outras indústrias, para auxiliarem no suporte (MARTINS, 2007, p.18).

Nesse sentido, aduz Dante Girardi:

Terceirização não é um assunto novo, muito embora o termo "terceirização" seja recente. Ganhou relevância ao longo da Segunda Guerra Mundial, quando as indústrias bélicas americanas precisavam melhorar sua capacidade produtiva. Estas optaram em transferir para terceiros, atividades que não se demonstravam estratégicas para o seu negócio principal, que era produzir as armas necessárias para manutenção da supremacia aliada. Descobriu-se que algumas atividades de suporte à produção dos armamentos — como limpeza, vigilância e alimentação — poderiam ser passadas a outras empresas prestadoras de serviços (GIRARDI, 2006, p.16).

Outro fenômeno que ajudou a espalhar as ideias básicas ligadas à terceirização, foi o sistema desenvolvido por Taiichi Ohno, em 1940. O então engenheiro da Toyota, elaborou o sistema conhecido como Toyotismo, diante da incapacidade do Japão pós-guerra em competir com o mercado Internacional, por possuía carências de Recursos (dinheiro), e de área territorial para aplicar o Sistema Fordista, o qual, consistia na produção em massa de um produto (DELGADO, 2003, p. 52).

O sistema era baseado na fabricação sob demanda e nas compras de peças intermediárias. A Toyota assim, só ficava a cargo da montagem daquilo que estava sendo demandado, diminuindo os custos de produção e tendo como consequência a competitividade no mercado (DELGADO, 2003, p.44).

Diante da queda do sistema Fordista na década de 1970, que se deu por conta da crise do Estado de Bem-Estar Social, as ideias criadas por Taiichi Ohno, se espalharam pelo mundo. Como exposto por, Maurício Godinho Delgado, a seguir:

Fórmula capturada e disseminada, no Ocidente, pela primeira onda da construção hegemônica do neoliberalismo, a partir da crise do Estado de Bem-Estar Social europeu na década de 1970, ela iria se tornar, nos anos seguintes, um dos veículos mais importantes dessa corrente ideológica, em seu incessante esforço para desconstruir o Welfare State e os direitos individuais e sociais trabalhistas afirmados pelo Constitucionalismo

Humanista e Social elaborado, na Europa, logo em seguida ao término da Segunda Grande Guerra (DELGADO, 2019, p.542).

Em consonância, Jorge Luís Souto Maior, afirma que a terceirização, como forma de organização administrativa, alastrou-se em razão das necessidades econômicas mundialmente, nestes termos, define:

A terceirização é prática administrativa que se instalou no modelo produtivo que se convencionou chamar de “toyotismo” [...] que pode ser entendido como um modo de organizar a produção de maneira a extrair da força de trabalho o maior proveito possível com o menor dispêndio econômico possível [...] que se difundiu no mundo, influenciado pela globalização, pela crise econômica e pela concorrência internacional (MAIOR, 2005, p.88).

Portanto, nota-se que a terceirização trabalhista foi efetivamente implementada durante a construção neoliberal e a partir do modelo Toyotista.

Em que pese a terceirização no Brasil, surge em 1967 a primeira forma de terceirização, com a promulgação de um Decreto lei que permitia à Administração Pública terceirizar. Já em 1975 estende-se a capacidade de terceirização na iniciativa privada, por meio da Lei do Trabalho Temporário (Lei n. 6.019/74), que permitia, a empresa privada terceirizar, de forma temporária, desde que, tivesse uma necessidade transitória de substituição de serviço, ou uma grande demanda. Tempos depois, ao contrário da terceirização anteriormente citada, passa-se a aceitar a terceirização efetuada em caráter permanente, no que pese, o serviço de vigilância bancária, Lei nº 7.012/83, determinada Lei surge diante da pressão dos empresários bancários (CASSAR, 2014, p.531).

A primeira Súmula a regular a terceirização, foi a Súmula 256, do Tribunal Superior do Trabalho, que em 1986, reafirmou que só caberia a terceirização nos casos de trabalho temporário e no serviço de vigilância, sendo ilegal qualquer outro tipo de contratação de trabalhadores por empresa interposta. (CASSAR, 2014, p.526).

Com o passar do tempo, o Tribunal Superior do Trabalho optou pelo cancelamento da Súmula 256 e editou a Súmula 331. O novo entendimento do TST, permitia a terceirização das atividades de conservação, limpeza e outras ligadas às

atividades-meio das empresas, desde que fossem inexistentes os elementos da personalidade e subordinação (DELGADO, 2019, p. 543).

Com o avanço do processo de terceirização e com o aumento de trabalhadores inseridos em tal contratação, surge em 2017, uma lei específica para tratar do tema. A Lei 13.429/2017, que modificou os dispositivos da Lei 6.019/74, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e de outras providências, e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros, mas que também sofreu alterações com a aprovação da Reforma Trabalhista Lei nº 13.467/17 (CASSAR e BORGES, 2017, p.85).

Portanto, se faz necessário verificar as principais mudanças na terceirização com a publicação das referidas normas citadas acima, já que essas trazem inovações significativas, e que geram bastantes debates.

1.2 Dos direitos trabalhistas

Amauri Mascaro Nascimento define o Direito do Trabalho como, “o ramo da ciência do direito que tem por objeto as normas jurídicas que disciplinam as relações de trabalho subordinado, determinam os seus sujeitos e as organizações destinadas à proteção desse trabalho em sua estrutura e atividade” (NASCIMENTO, 1998, p.143).

O primeiro marco importante do direito do trabalho no Brasil, foi com a abolição da escravidão, que se deu em 13/05/1888, através da sanção da Lei Áurea, pois não se pode falar de direito trabalhista, nas relações em que se encontrava os escravos, já que estes, não eram considerados sujeitos de direitos e deveres (CORREIA, 2018, p.31).

Como exposto por Jaime Pinsky, “na escravidão, transforma-se um ser humano em propriedade de outro, a ponto de ser anulado seu próprio poder deliberativo: o escravo pode ter vontades, mas não pode realizá-las” (PINSKY, 2010, p.11).

O segundo marco importante para o direito do trabalho no Brasil, se deu com a constituição de 1934, sendo esta a primeira constituição a tratar de maneira específica o direito do trabalho, ela inovou, ao criar a Justiça do Trabalho, o salário mínimo, a sindicalização e sua autonomia. Outro acontecimento importante, foi a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em 1º de maio de 1943, ambos ocorreram no governo de Getúlio Vargas (ALMEIDA, 2014, p.30).

O Direito do Trabalho nasce com uma característica de resguardar o empregado, já que reconhece a hipossuficiência existente em tal relação, e busca dar um equilíbrio as partes, tratando-as de maneiras desiguais, na medida das suas desigualdades, é o que conhecemos popularmente como equidade (ALMEIDA, 2019, p.31).

Sérgio Pinto Martins manifesta-se no sentido de que, “se deve proporcionar uma forma de compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando a este último uma superioridade jurídica” (MARTINS, 2007, p.60).

Por essa razão, surge o principal princípio trabalhista, no caso, o da proteção ao trabalhador. Neste sentido Maurício Godinho Delgado, sustenta que “o princípio da proteção abrange quase todos os princípios especiais do direito do trabalho, já que não seria possível excluir da noção de proteção os princípios da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, ou da inalterabilidade contratual lesiva etc.” (DELGADO, 2004, p.198).

O princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, estabelece que, em regra, os direitos trabalhistas são irrenunciáveis. Dessa forma, mesmo se o empregado concordar em abrir mão do 13º salário, e depois propor uma reclamação trabalhista pleiteando o direito de renunciar, o juiz acolherá seu pedido (ALMEIDA, 2019, 34).

Do princípio da primazia da realidade, estabelece a supremacia dos fatos, em confronto com a verdade formal, ou seja, mesmo se estiver estabelecido no contrato de trabalho que o empregado exerce função de auxiliar de cozinha e este conseguir comprovar por outro meio que exerce função de cozinheira, este fato prevalecerá sobre a forma (ALMEIDA, 2019, p.35)

Da inalterabilidade contratual lesiva, este princípio veda alterações contratuais que sejam lesivas ou prejudiciais aos trabalhadores, mesmo se houver consentimento do empregado. Só sendo permitidas alterações que impliquem em maiores benefícios (ALMEIDA, 2019, pg.39)

Portanto, diante de todo o exposto, conclui-se que o direito do trabalho tem essa característica marcante, de resguardar o empregado nas relações de emprego.

2. Alterações advindas com a reforma trabalhista

Com a publicação das Leis n.13.429 de 31 de março de 2017, e 13.467, de 13 de julho de 2017, ocorreu a modificação nos dispositivos da lei reguladora dos

contratos temporários (Lei nº 6.019/74). A primeira lei em questão (Lei. N ° 13.429/17), basicamente estabeleceu as novas regras acerca do contrato de trabalho temporário, inserindo, de maneira pouco significativa, o instituto jurídico da terceirização. Já a segunda lei (lei nº 13.467/17) foi além, tratando de forma nítida a terceirização (MARTINEZ, 2020, p.301).

Como já relatado acima, a lei Nº 6.019/74 gerava controvérsias acerca da possibilidade de terceirizar a atividade principal da empresa, assim à época se fez necessário a elaboração da Súmula 331 do TST, na qual admitia a terceirização apenas nas atividades-meio das empresas tomadoras. Portanto, a mudança mais impactante trazida pela Lei Nº 13.467/17, se deu, pelo fato de ampliar a possibilidade de terceirizar as atividades principais das empresas tomadoras. (LIMA, 2017, p.171).

A referida lei (Lei nº 13.467/17), ao inserir o artigo 5º-C, na lei de Número 6.019/74, busca evitar que as empresas passem a demitir seus funcionários do quadro fixo para contratá-los de modo terceirizado. Em outras palavras, não poderá o empregado ser demitido e readmitido logo em seguida como terceirizado ou como sócio da empresa contratada. A exceção, é quando a rescisão contratual se dá por acordo ou a pedido do empregado (MARTINEZ, 2020, p.302).

Outra mudança bastante importante se deu com a inclusão do artigo 5ºA, §4º da lei 6.019/74, que estende ao trabalhador da empresa de prestação de serviços, o mesmo atendimento médico, ambulatorial, e as condições de alimentação e de transporte dos empregados da empresa tomadora. Esses serviços deverão ser assegurados, buscando-se assim uma certa paridade entre os trabalhadores terceirizados e os empregados da empresa tomadora. Não se torna obrigatório se os serviços forem executados fora da dependência da tomadora (VASCONCELLOS, 2017, s.p).

A Lei 13.467/17 também acrescentou o §1º do artigo 4º-C na lei n. 6.019, de 1974, que prevê que "contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos". Este ponto é bastante questionado, pois torna-se facultativo o salário equivalente aos empregados terceirizados e os contratados (MARTINEZ, 2020, P.309).

Vista as principais mudanças realizadas na Lei nº 6.019/74, há que ser analisadas, no item a seguir, os pontos polêmicos, tendo em vista, as mudanças realizadas acerca do instituto da terceirização.

3. Pontos polêmicos sobre a terceirização.

A terceirização tem como principal vantagem para a tomadora de serviço, a oportunidade de se concentrar em sua atividade principal, sem se preocupar com atividades acessórias, tais como limpeza, vigilância ou conservação, por exemplo, facilitando sua competitividade e eficiência no mercado. O primeiro ponto polêmico é a possibilidade de se terceirizar, a partir da Lei nº 13.429/2017, qualquer atividade da empresa, não somente as atividades-meio, mas também a atividades-fim, sem que se constitua um vínculo empregatício. A partir da nova lei, a relação de emprego entre empresa e terceirizado não existe, reduzindo assim, os direitos trabalhistas (Novo, 2018, s.p.).

Por outro lado, se a empresa não observar os requisitos legais para a adoção da terceirização lícita e estiver presente os requisitos de pessoalidade e subordinação, restará configurado o vínculo empregatício com a empresa tomadora de serviços (Novo, 2018, s.p.). Conforme exposto por Cairo Jr. abaixo:

Nos casos de terceirização ilícita, ao empregado é permitido ingressar perante a Justiça do Trabalho com reclamação contra empresa tomadora e prestadora de serviços terceirizados, uma vez que, nesses casos, a responsabilidade passa a ser solidária, como se houvesse um único empregador (CAIRO JR. 2018, p. 492).

Já na terceirização lícita, conforme item IV da Súmula 331, do TST: “O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial” (Novo, 2018, s.p).

Porém, o principal argumento usado para defender a terceirização no Brasil e no mundo, é o ponto de acarretar um menor ônus para o empregador, estimulando assim, novas contratações. Essa tese adotada é bastante questionada, já que não se vislumbra como a nova regulamentação da terceirização poderá acarretar em novas oportunidades de emprego, uma vez que, não há comprovação que o empregador irá oferecer vagas de trabalho apenas pelo fato delas terem se tornado menos onerosas,

tendo em vista que tanto o objetivo da empresa tomadora de serviço, tanto o da empresa prestadora de serviço é o lucro (DIEESE, 2017, p.11).

Acerca da discriminação salarial, um estudo desenvolvido a partir de dados coletados de 2007 até 2014 pelo Ministério do trabalho, e tendo sua elaboração realizada pela CUT (central Única dos trabalhadores) e o DIEESE (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos), percebe-se que trabalhadores terceirizados costumam receber remunerações inferiores do que os contratados das empresas, mesmo efetuando o mesmo serviço. Conforme demonstrado no gráfico abaixo,

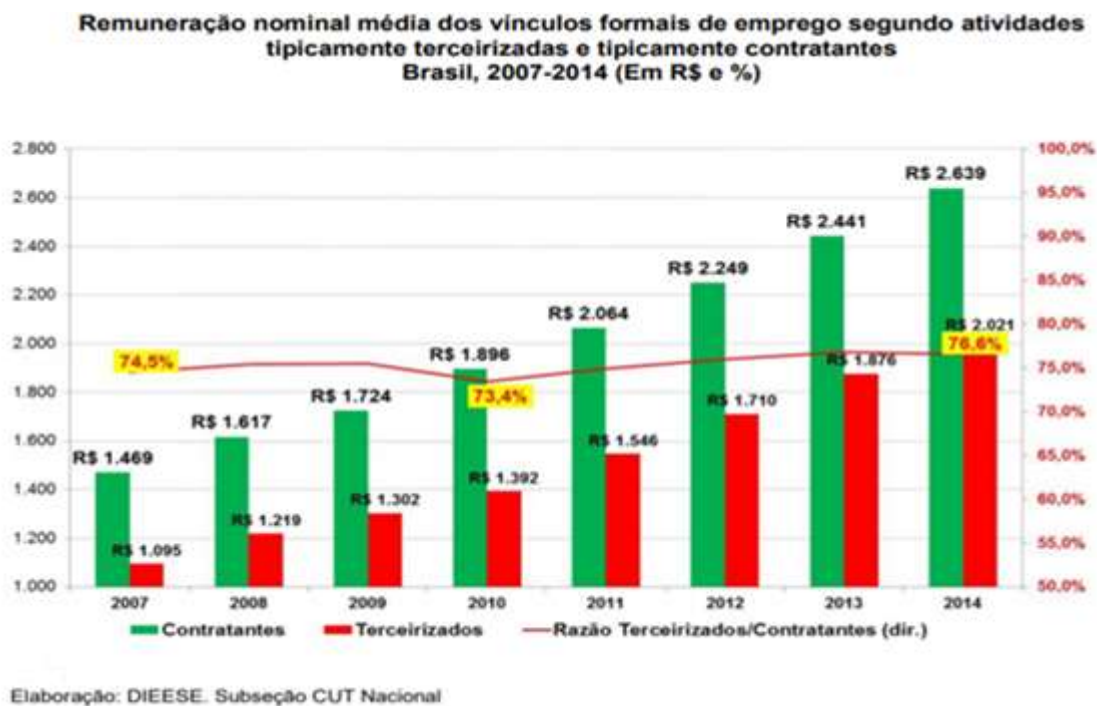


Figura 2 – Gráfico sobre a média dos vínculos de empregos formais e as atividades terceirizadas

(Elaborado pelo DIEESE e Subseção CUT Nacional)

Contudo, esperava-se do Legislador uma conduta positiva que encerrassem com a discriminação salarial entre os trabalhadores terceirizados e os empregados da empresa contratante. Como exposto por Germano Silveira:

Levamos a proposta de que a nova lei estabelecesse que o trabalhador terceirizado tivesse o mesmo salário do contratado

direto. Não foi aceita a proposta, e nem seria, pois justamente na diferença salarial entre o terceirizado e o trabalhador contratado diretamente que há essa margem de lucro da empresa intermediadora" (SILVEIRA *apud* SCHREIBER, 2017, s.p).

Entende-se que ao negar tal proposta, ocorre uma ofensa ao disposto na Constituição Federal em que pese o princípio da Igualdade, uma vez que, não pode ser entendida como uma faculdade conferir o tratamento isonômico entre terceirizados e contratados, mas sim, como uma obrigação (MARTINEZ, 309, p.309).

Além da possibilidade de reduzir seus custos com a terceirização de uma atividade fim ou meio, a empresa também pode utilizar a estratégia da quarteirização. A quarteirização é a transmissão da gestão da administração das relações terceirizadas a um terceiro especialista para que este cuide da definição, planejamento e controle do trabalho terceirizado, com a finalidade de minimizar os custos e aumentar a eficiência (RESENDE, 2020, p.263). A Lei 13.429/2017 incluiu o § 1º do art. 4º - A da Lei nº 6.019, permitindo a quarteirização sem limite, vejamos:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

§ 1º. A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

Assim sendo, a legislação não limita a existência de um quarto elemento à relação jurídica, ao mesmo tempo em que as subcontratações são, em tese, ilimitadas. Conforme exemplo dado por Resende (2020, p. 263): "A empresa "A" pode contratar a empresa "B" para realizar determinado serviço. A empresa "B", por sua vez, pode subcontratar o serviço para a empresa "C", que pode sub contratá-lo para a empresa "D", e assim sucessivamente".

O atual cenário político-econômico, em meio a uma era da informatização do trabalho, gera também uma informalização do trabalho a partir da terceirização. Radrik (2011, p. 6) aponta que a globalização torna a demanda dos serviços realizados pelos trabalhadores não especializados e semi especializados mais elástica, posto que estes

podem ser facilmente substituídos por serviços de pessoas fora das fronteiras nacionais, transformando fundamentalmente as relações de trabalho. Evidencia-se a existência de um contexto complexo, mas convergente em seu direcionamento, o qual vem se desenhando para não ser nada promissor para os direitos dos trabalhadores (apud. Gobbo, 2017, s.p).

4. Considerações finais

Este estudo permitiu identificar, expor e refletir, a partir de publicações, quais são os principais obstáculos relacionados à terceirização que empregadores e empregados enfrentam.

O estudo propiciou a compreensão acerca do conceito de terceirização, na qual trata-se da transferência de uma atividade, meio ou fim, a uma outra empresa, estabelecendo-se uma relação trilateral entre o trabalhador, a empresa tomadora de serviços e a empresa terceirizante.

O ponto de maior relevância é a terceirização da mão de obra, que sofreu algumas alterações com a Lei 13.429, de 31 de março de 2017 e a Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. Essas regulamentações trouxeram mudanças nas relações de trabalho, pois tornam lícita a terceirização de qualquer atividade, em todos os setores da economia sem configurar vínculo empregatício. As leis também possibilitaram uma maior fiscalização pelos órgãos responsáveis, pois restou clara a caracterização da prática lícita e ilícita da terceirização, bem como a responsabilidade decorrente da contratação, que pode ser solidária ou subsidiária.

Como visto no decorrer do trabalho, a terceirização é um passo importante para a empresa, pois impacta diretamente na redução de custos e alavanca a sua competitividade. Embora exista uma legislação específica regulamentando a terceirização, a Lei nº 13.467/2017, a empresa precisa estar preparada para cumprir com tais exigências legislativas e avaliar se é viável a terceirização, pois o custo não é tudo. Ela precisa se preocupar com a qualidade dos serviços prestados e garantir que não ocorra o abuso da disposição, para que não se configure como terceirização ilícita, na qual o vínculo de emprego será reconhecido.

Quanto aos empregados, observou-se que a terceirização traz uma certa precariedade na relação de trabalho. Um exemplo está na possibilidade do serviço temporário, pois não garante os mesmos direitos de um vínculo empregatício. Além

de não possuírem a garantia de continuidade do emprego, a terceirização pode provocar a diminuição do salário, uma alta rotatividade de empregados e consequentemente insegurança e instabilidade.

Por tudo isso, percebe-se que a terceirização vem crescendo gradativamente no Brasil, por ser uma estratégia de desenvolvimento econômico, pois a empresa deixa de pagar uma série de impostos. Contudo, ela deve ser praticada com precaução e em obediência aos requisitos legais trabalhistas, e não somente com o objetivo de redução de custo, pois pode acarretar perdas financeiras em ações trabalhistas, perda da qualidade e da credibilidade.

5. Referências

ALMEIDA, André Luíz Paes de. **Direito do trabalho: material, processual e legislação especial**. 19.ed, São Paulo: Rideel, 2019.

BENTO, F.; CAVALCANTI, M. **Aspectos atuais da terceirização trabalhista**. Âmbito Jurídico, 2017, s.p. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-163/aspectos-atuais-da-terceirizacao-trabalhista/#:~:text=A%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20vigente%20e%20a,%C3%A0%20atividade%2Dmeio%20do%20tomador.>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. **Lei 13.429, de 31 de março de 2017**. Altera dispositivos da Lei n o 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. **Lei 13.467, 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e as Leis n. 6.019/74, n. 8.036/90, e n. 8.212/91, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331**. Disponível em: <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Contrato de prestação de serviços. Legalidade (nova redação do item IV e

inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 256.** Contrato de Prestação de serviços (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Revista pela Súmula nº 331 - Res. 23/1993, DJ 21.12.1993 e 04.01.1994. Disponível em:
<[BRAGHINI, Marcelo. **Reforma Trabalhista: Flexibilização das Normas Sociais do Trabalho.** 2. ed. São Paulo: LTr; 2017.](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#:~:text=S%C3%BAmula%20n%C2%BA%20256%20do%20TST&text=Salvo%20os%20casos%20de%20trabalho,com%20o%20tomador%20dos%20servi%C3%A7os.>. Acesso em: 18 mar. 2021.</p></div><div data-bbox=)

CAIRO JR., José – **Curso de Direito do Trabalho: Direito Individual e Coletivo do Trabalho** – 15. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho.** 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

CASSAR, Vólia Bomfim; Leonardo Dias Borges. **Comentários à reforma trabalhista.** São Paulo: Método, 2018.

CORREIA, Henrique. **Direito do trabalho.** 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização - Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo.** São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os Limites Constitucionais da Terceirização.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **A Inconstitucionalidade da Terceirização na Atividade-Fim das Empresas.** Revista TST, Brasília, V. 80, n. 3. Disponível em:
<[DIESSE. **Impactos da Lei 13.429/2017 para os trabalhadores.** São Paulo, Abril de 2017. Disponível em:](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/71080/004_delgado_amorim.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 out. de 2020.</p></div><div data-bbox=)

<<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec175TerceirizacaoTrabalhoTemporario.html>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Dos Princípios do Direito do Trabalho no Mundo Contemporâneo**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Disponível em:

<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/106056/2005_feliciano_guilherme_principios_direito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 mar 2021.

FINCATO, Denise; STÜRMER, Gilberto. **A Reforma trabalhista simplificada – Comentários à lei nº 13.467, de 2019**. Porto Alegre: ediPUCRS, 2019. Disponível em: <<https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/173128/epub/0?code=p75Tn8TNbrIchnJ3VKahCvU2OigaOtS8563w5ulmL8wZvPx0zG5jDsMetuZWSdu1erOJfCwZsatxB5MfRHCytg=>>>. Acesso em: 27 mar. 2021.

GIRARDI, Dante. **A terceirização como estratégia competitiva nas organizações**. Gelre Coletânea – Série Estudos do Trabalho. São Paulo: Organizações Gelre, 2006, p. 16.

GOBBO, Isabela. Os impactos da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) na terceirização do trabalho. Âmbito Jurídico, 2017, s.p. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-167/os-impactos-da-reforma-trabalhista-lei-n-13-467-2017-na-terceirizacao-do-trabalho/>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

HINZ, Henrique Macedo. **A terceirização trabalhista e as responsabilidades do fornecedor e do tomador dos serviços: um enfoque multidisciplinar**. Revista LTr. v.69. n.05. maio de 2005, p.585-592.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Pércles Rodrigues Marques de. **Reforma Trabalhista – Entenda Ponto Por Ponto**. São Paulo: LTr, 2017.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Terceirização na administração pública: uma prática inconstitucional**. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, v. 17. 2005, p. 88 e 99.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2020, p.299-321).

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 23. ed. São Paulo: Atlas. 2007. PIPEK, Arnaldo; Dutra A.L.; Magano I.R., **Reforma Trabalhista** [livro eletrônico]. São Paulo: Blucher, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 17. ed. Editora Atlas S.A. São Paulo.

RENEWICK, Isabela, REFORMA TRABALHISTA. 2018.

NASCIMENTO, Mamauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NOVO, Benigno. **A lei da terceirização: um grande equívoco e retrocesso**. Âmbito Jurídico, 2018, s.p. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-168/a-lei-da-terceirizacao-um-grande-equivoco-e-retrocesso/>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

PINSKY, Jaime. **A escravidão no Brasil**. 21. ed. São Paulo: Contexto, 2010.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método 2020.

SCHEIBER, MARIANA. **Mais emprego ou precarização? Os possíveis impactos da lei da terceirização**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-39375305>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

SOUTO MAIOR, Jorge Luis. **Terceirização não pode ser usada para burlar direitos trabalhistas**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2004-jul-06/terceirizacao_ao_usada_burlar_direitos>. Acesso em: 29 mar. 2021.

VASCONCELLOS, Armando Cruz. **Nova Lei da Terceirização: O Que Mudou?**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60192/nova-lei-da-terceirizacao-o-que-mudou/2>>. Acesso em: 06 de abr. 2021.

OS IMPACTOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

MARA NÚBIA MARTINS DOS SANTOS:
Bacharelanda em Direito pela Faculdade Serra Do
Carmo - PALMAS/TO

RESUMO: É a discriminação de gênero o cerne de todo tipo de violência contra a mulher, e como consequência disso ela sempre foi tratada como objeto em qualquer parte do mundo. Esse machismo estrutural que dá origem a misoginia e objetificação da mulher, é em geral, o motivo para os mais diversos crimes de natureza violenta e sexual contra ela. E na pandemia, que vem gerando mais colapsos do que os previstos, com a instabilidade trazida por este ambiente de medo e insegurança que afeta a todos, as mulheres têm se tornado vítimas também da violência doméstica e familiar, que nos casos mais extremos culminam no feminicídio. Este estudo busca estabelecer uma relação entre o isolamento social durante a pandemia da COVID-19 e o aumento da violência contra as mulheres. Foram consultados pesquisas, dados, documentos e legislações de referência no combate a esse tipo de violência. As partes que compõem este estudo abordam o conceito de feminicídio, os tipos e os cenários dessa realidade, a Lei 13.340/06 - Lei Maria Da Penha, Lei 13.104/15 – a Lei Do Feminicídio, o Feminicídio na pandemia da COVID-19 e considerações finais e referências.

Palavras-chave: pandemia - COVID-19 - Isolamento social - feminicídio.

INTRODUÇÃO

A situação de confinamento pela qual a população mundial está passando desde que foi pega de surpresa pela pandemia da COVID-19, mudou repentina e drasticamente a rotina, isolando as pessoas de familiares e amigos. Essa nova realidade trouxe consigo estresse, ansiedade e depressão, para agravar ainda mais as fragilidades emocionais de nossa sociedade. Em consequência dessa mudança de hábitos e rotinas, reações emocionais como: medo do desconhecido, insônia, irritabilidade, entre outros, afetam a funcionalidade do indivíduo, evidenciando o desconforto em relação a esse novo cenário.

E é em meio à pandemia do novo coronavírus, na rotina de isolamento em que as famílias, ao contrário do habitual, tiveram de se adaptar a um novo e incerto modo de vida, com tempo integral dentro de casa, sem ser exatamente um período de férias, que infelizmente estamos presenciando a existência de outro mal, também muito assustador, a violência doméstica e familiar, que em casos mais extremos culminam no feminicídio, a forma mais brutal de violência contra a mulher, resultante da misoginia, discriminação, aversão ou ódio contra elas, levando o Brasil a assumir o triste quinto lugar no ranking mundial da violência contra elas.

Dessa forma, a relevância deste estudo consiste na possibilidade de análise dos dados estatísticos de crimes cometidos durante a pandemia da COVID-19. Como objetivo principal: investigar sobre o aumento da incidência do feminicídio durante a pandemia. E como objetivos específicos: apresentar o conceito e a contextualização do feminicídio; identificar os avanços legislativos no enfrentamento as situações de violência doméstica e familiar e feminicídio; refletir sobre os impactos da pandemia da COVID-19 nos índices de violência contra a mulher no Brasil; identificar ações de enfrentamento ao desafio de garantir a investigação de todos os casos denunciados, bem como de punição e reparação dos crimes cometidos contra mulheres e de melhoria contínua da qualidade no atendimento da mulher vítima de violência doméstica e familiar.

A metodologia da pesquisa consiste numa abordagem mista, ou seja, qualitativa e quantitativa, por meio da análise documental como instrumento de coleta de dados. E está estruturada da seguinte forma, após a introdução, o desenvolvimento traz o conceito e a contextualização da violência doméstica e familiar e do feminicídio no Brasil, através de uma breve reconstrução histórica, com algumas reflexões sobre a origem do termo feminicídio, os avanços legislativos no enfrentamento a violência doméstica e familiar e ao feminicídio, e os impactos da pandemia da COVID-19 nos índices de violência doméstica e familiar e feminicídio no Brasil.

FEMINICÍDIO: conceito e contextualização

A violência contra a mulher ainda é praticada em qualquer parte do mundo hoje em dia, e no Brasil infelizmente, ocorre em níveis alarmantes, especialmente aquela praticada no ambiente doméstico e familiar, e leva o Brasil ao 5º lugar no ranking de mulheres mortas, na maioria vítimas de companheiros ou de familiares.

A violência praticada contra a mulher, nas diferentes formas como se apresenta hoje, no Brasil e no mundo, em especial aquela que ocorre no ambiente doméstico e familiar, é, sobretudo, consequência da evolução histórica de hábitos culturais fundamentados em discursos patriarcais[...]. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, 2020, p. 1).

Como consequência de uma cultura de práticas de submissão ao homem por inúmeras gerações, sendo portadora dos mesmos direitos conferidos ao homem, porém, com a sua condição de mulher totalmente incompreendida, a mulher atravessou épocas sofrendo as mais variadas formas de violência, simplesmente pelo fato de ser mulher.

Como bem nos esclarece Porfírio (2021), de acordo com algumas teorias feministas, a violência tem a sua origem na desigualdade de gênero que infelizmente, ainda se encontra presente na sociedade. E foi atravessando gerações marcadas pela violência contra mulheres que chegamos até aqui, ainda com altos índices de violência caracterizada por questões de gênero, e em casos mais extremos o feminicídio.

Feminicídio é o assassinato de uma mulher pelo simples fato de ser mulher. Os motivos mais comuns são o ódio, o desprezo ou o sentimento de perda do controle e da propriedade sobre as mulheres, comuns em sociedades marcadas pela associação de papéis discriminatórios ao feminino, como é o caso brasileiro (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, 2020, p. 2).

O feminicídio compreende, portanto, o homicídio praticado contra a mulher, motivado por aversão, ódio e/ou ressentimento pela perda do controle e da propriedade sobre a vítima, que geram violência doméstica e/ou discriminação de gênero. Isso porque o agressor em geral tem sentimento de posse, justificado pelo machismo que carrega entranhado no seu ser, decorrente de uma cultura de misoginia e objetificação da mulher.

Todas essas práticas de caráter violento são consequências da herança de hábitos culturais baseados em discursos patriarcais, de que a mulher é inferior ao homem, e que por isso ele é o detentor da sua liberdade social e sexual. Em razão disso eles as menosprezam e as discriminam pela condição de mulher, culminando no estágio final da violência, o feminicídio.

O neologismo surgiu para nominar os assassinatos de mulheres cometidos em razão do gênero [...]. A palavra vem do termo "feminicídio", cunhado em 1976 pela socióloga sul-africana Diana Russell, que sentiu a necessidade de diferenciar o homicídio de mulheres em razão do gênero (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2019, p. 1).

Trata-se de um conceito que surgiu da necessidade de reconhecimento de que o homicídio de mulheres, pelas razões citadas acima, constitui crime de ódio e precisa ser enquadrado com o agravante "feminicídio". Esse movimento teve, portanto, como objetivo dar visibilidade à prática de discriminação, de opressão, de desigualdade e de abuso sistemático contra as mulheres, que, em sua forma mais grave, culmina na morte (ANDRADE, et al. 2019).

Enfim, concordando com os autores acima mencionados, a desigualdade de poder nas relações entre homens e mulheres tem sido uma característica marcante das

sociedades. Em razão disso a mulher tem sido sempre menosprezada pela sua condição de mulher, como se o fato de ser do sexo feminino a colocasse em condição de inferioridade em relação ao homem, e conseqüentemente aos direitos do sexo masculino. Essa prática, que é resultado de uma cultura de objetificação e desprezo pela mulher, infelizmente ainda permeia a nossa sociedade e requer com muita urgência, medidas que promovam a consciência da igualdade de gênero, bem como de punições bem mais severas para quem comete crimes contra os direitos das mulheres.

LEI 11.340/06 - A LEI MARIA DA PENHA

É a discriminação de gênero o cerne de todo tipo de violência contra a mulher, e como consequência disso ela sempre foi tratada como objeto em qualquer parte do mundo. Esse machismo estrutural que dá origem a misoginia e objetificação da mulher, é em geral, o motivo para os mais diversos crimes de natureza violenta e sexual contra ela. Essa realidade de negação da mulher enquanto sujeito, conforme teorias feministas, vem de longe, tem sua origem numa cultura patriarcal e misógina, em que ela é considerada apenas como objeto. E em decorrência desse legado histórico negativo ela sempre sofre julgamento moral, em particular ou publicamente, sendo constantemente desqualificada moralmente.

A desigualdade de gênero não é uma característica somente da sociedade moderna. Sabe-se que esta ocorre a mais de 2500 anos, e como afirma Schreiber apud Trindade (2016), a própria tese de Platão afirmava que, a mulher possuía pouca capacidade de raciocínio, e ainda que, sua alma era inferior à do homem. É esse tipo de pensamento arraigado em uma sociedade machista e preconceituosa que busca sempre inferiorizar a figura da mulher e induz a crença de que elas são subordinadas ao homem, ou até mesmo consideradas fúteis. Mesmo numa sociedade caracterizada como moderna, atualizada, como é essa de início de século 21, este pensamento persiste ignorando toda a trajetória de lutas e conquistas da mulher.

A Constituição de 1988 trouxe alguns avanços em relação aos direitos da mulher, pois no seu artigo 226 nomina a violência ao tratar da proteção da família e de seus membros. E no parágrafo oitavo do mesmo artigo prevê que, "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos membros que a integra, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações". Assim, apesar de ela não ter se referido explicitamente à violência contra a mulher, a partir dos anos 1990, "a legislação infraconstitucional foi sendo gradativamente alterada e orientada pela preocupação com a violência de gênero" (Barsted, 2011, p. 24), dando origem as alterações legislativas que explicam como esta preocupação foi formalizada.

A Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, sancionada em 7 de agosto de 2006 constitui um dos maiores avanços da legislação brasileira no enfrentamento da violência contra a mulher, um marco na defesa dos direitos dessa parcela da população, sendo também reconhecida pelas Nações Unidas como uma das legislações mais avançadas, e de fundamental importância para coibir a violência doméstica e familiar.

Como explica Machado et al. (2015 p. 60), essa lei tornou-se um símbolo de justiça contra a violência doméstica, "tanto por visibilizar o problema da violência contra mulheres, como por introduzir no sistema brasileiro um amplo pacote de medidas – protetivas, punitivas, de atendimento à mulher, criação de órgãos, ampliação de serviços, entre outras – para lidar com o problema".

A Lei 11.340/2006 recebeu o nome de Lei Maria da Penha em referência a essa mulher brasileira, biofarmacêutica, que, em 1983, foi vítima de uma dupla tentativa de homicídio por parte do seu então marido e pai de suas três filhas, dentro de sua própria casa, em Fortaleza (Ceará, Brasil). O agressor, Marco Antonio Heredia Viveiros, colombiano naturalizado brasileiro, economista e professor universitário, disparou contra suas costas enquanto ela dormia, causando-lhe paraplegia irreversível, entre outros graves danos à sua saúde. Em ocasião posterior, tentou eletrocutá-la no banho. Até 1998, 15 anos depois do crime, apesar de ter sido duas vezes condenado pelo Tribunal do Júri do Ceará (1991 e 1996), ainda não havia uma decisão definitiva no processo e o agressor permanecia em liberdade, razão pela qual Maria da Penha, juntamente com o CEJIL [Centro pela Justiça e o Direito Internacional] e o CLADEM [Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher] enviaram o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA) (PANDJIARJIAN, 2007, p. 39).

Esse lastimável acontecimento de violência contra a mulher, foi um caso de grande repercussão, sendo encaminhado para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, após anos de descaso e omissão da justiça brasileira. O encaminhamento se deu através de uma petição conjunta das entidades que cuidam dos direitos humanos, (CEJIL/Brasil) Centro para a Justiça e o Direito Internacional, e (CLADEM/Brasil), Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher.

Atualmente, segundo explica Machado et al. (2015), a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), prevê através de inquérito policial, enviado ao Ministério Público, a

garantia da investigação, bem como da punição e reparação dos crimes praticados contra a mulher, na tentativa de reprimir as situações de violência doméstica e de feminicídio. Isso por compreender que a mulher em circunstâncias de violência doméstica, tem o direito de receber o devido apoio e proteção do Estado.

A Lei Maria da Penha, portanto, na sua essência, foca na violência doméstica e familiar, reconhecendo a situação de risco e vulnerabilidade das mulheres, e a omissão do Estado. Segundo (PRADO E SANEMATSU, 2017, p. 120), o processo de construção da Lei Maria da Penha teve início com a “condenação do Estado brasileiro pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, em 2001, por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres e pelo não cumprimento da Convenção de Belém do Pará”. Após anos de debate sobre as desigualdades de gênero, essa lei ganhou visibilidade por ser determinante na elaboração de ações que visam garantir a proteção das mulheres em situação de vulnerabilidade e evitar mortes anunciadas.

Como ainda explica os autores supracitados, o Estado, enfim, entendeu que é preciso dar a devida importância ao problema da violência contra mulheres, reconhecendo-a como crime, para reduzir a impunidade penal, quanto na prevenção desse tipo de violência. Uma das inovações trazidas por esta lei foi a previsão das medidas protetivas em favor da vítima em casos de violência doméstica. Assim ela se apresenta como uma importante ferramenta na promoção e prevenção do atendimento humanizado.

Ainda, segundo os autores citados acima, uma pesquisa intitulada “Avaliando a Efetividade da Lei Maria da Penha”, realizada pelo (Ipea, 2015), aponta para uma contenção de 10% no índice de assassinatos de mulheres praticados na residência da vítima. Estes números mostram que a disseminação da lei foi fundamental na efetivação de ações, com vistas a evitar que tais estatísticas se tornem ainda mais alarmantes, e ainda mais mulheres tenham suas vidas ceifadas em razão de gênero.

A luta da mulher por seus direitos, e a busca contínua por seu lugar na sociedade sempre se deu de forma lenta. A mulher sempre foi vista como um “sexo frágil”, e sua imagem retratada como objeto. Por isso a criação da Lei Maria da Penha se apresenta como marco tão importante na história de luta da mulher pela garantia de seus direitos. A ONU enfatiza que a prevenção deve ser o objetivo da boa aplicação da lei no enfrentamento à violência contra as mulheres. E que a [...] “cuja implementação é responsabilidade dos governos federal, do Distrito Federal, dos estados e municípios”. Mas lembra também que que, “apesar do avanço que essa legislação representa para o país, sua aplicação tem ocorrido em contextos sociais e

políticos adversos, o que significa que ainda permanecem muitos obstáculos para o acesso das mulheres à justiça” (ONU MULHERES, 2016, p. 14).

Como esclarece (MACHADO et al. 2015), o relatório da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre a violência contra a mulher apontou diversos aspectos que refletem as dificuldades na execução da lei, tais como: recursos humanos insuficientes para atender às demandas; centralização dos serviços nas capitais; inexistência de sistemas de informação capazes de medir a eficiência da lei no enfrentamento da violência, dentre outros.

Para Campos (2008), a lei trouxe mudanças na forma de coibir a violência doméstica e familiar, e apesar das críticas sofridas, o seu texto constitui um avanço da legislação brasileira. Ele ainda aponta a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar como principal avanço trazido pela lei, e uma importante medida com o objetivo de visibilizar de forma ampla o cenário de violência doméstica e familiar, no sentido de conhecer bem a realidade, e possibilitar a implementação de ações efetivas de enfrentamento do grave problema da violência doméstica e familiar de mulheres com motivação de gênero.

Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar possuem competência tanto criminal como cível. A opção por criar um juizado com uma gama de competências tão ampla está vinculada à ideia de proteção integral à mulher vítima de violência doméstica e familiar, de forma a facilitar o acesso dela à Justiça, bem como possibilitar que o juiz da causa tenha uma visão integral de todo o aspecto que a envolve, evitando adotar medidas contraditórias entre si (CAMPOS, 2008, p. 25).

De acordo com o autor acima mencionado, o legado que nos deixou a efetivação da Lei Maria da Penha são imprescindíveis para o enfrentamento da violência doméstica e familiar. E é a própria Lei Maria da Penha que traz seis pontos fundamentais para evitar o feminicídio íntimo”. Em resumo ela define que: primeiro, a violência doméstica e familiar pode existir mesmo quando não há marcas físicas evidentes. Que é preciso prestar atenção ao risco de violência psicológica nas relações, e ao perigo que há por trás de uma ameaça ou de uma aparente lesão corporal (PRADO E SANEMATSU, 2017, p. 16).

Segundo que, as formas de violência fazem parte de um contexto que inclui violência moral, através de “humilhações, críticas e exposição pública da intimidade”, violência psicológica, quando há “intimidações, cerceamento da liberdade de ir e vir, controle dos passos da mulher”, e violência sexual, “ao forçá-la a “ter relações sexuais ou restringir a autodeterminação da mulher quando se trata de decidir quando

engravidar ou levar adiante ou não uma gravidez, no chamado “ciclo de violência”. Terceiro, é importante lembrar que não existe um padrão definido para a vítima nem para o agressor, porque a violência contra mulheres nem sempre é praticada pelo parceiro atual ou pelo ex. “A violência familiar pode acontecer também entre indivíduos com ou sem vínculo de parentesco, mas que mantêm relações de convivência” (PRADO E SANEMATSU, 2017, p. 16).

Quarto, que não pode ser considerado como justificativa para a violência doméstica ou familiar o “uso de álcool, drogas ou ciúme”. Essas ocasiões constituem-se como fatores que desencadeiam situações de violência “que muitas vezes são usados como desculpa, promovendo a impunidade e a não responsabilização pela violência”. Quinto, que “a culpa não é da vítima: ninguém pode ser responsabilizado pela violência que sofreu”. E sexto, que “a Lei Maria da Penha prevê medidas protetivas de urgência para a mulher em situação de violência, como o afastamento ou até a prisão preventiva do agressor” (PRADO E SANEMATSU, 2017, p. 16).

Evidentemente a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) como explica o autor acima mencionado, constitui-se num grande avanço da legislação brasileira em relação aos direitos da mulher, com o objetivo de assegurar medidas tanto de proteção, como de punição e de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar. Tornou-se, portanto, um símbolo de justiça contra a violência doméstica, ao dar mais visibilidade ao problema da violência contra os direitos das mulheres.

Prado e Sanematsu (2017) salientam ainda que, embora a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) represente uma grande conquista no enfrentamento da violência contra a mulher, sabe-se que ainda persistem alguns obstáculos, citados anteriormente, que impedem o seu cumprimento com eficiência na defesa dos direitos da mulher. E que por isso, lamentáveis episódios de violência doméstica e familiar contra elas ainda continuam acontecendo, e alguns até com grande repercussão. Além de uma questão criminal, é também o reflexo de uma sociedade machista que ainda tolera agressões violentas contra os direitos das mulheres, que permite que fatores como classe social, etnia, religião etc. colaborem para tornar a realidade delas ainda mais vulnerável.

LEI 13.104/15 - A LEI DO FEMINICÍDIO

A violência contra a mulher, de acordo com ONU Mulheres (2016) sempre foi uma característica marcante em todas as épocas da nossa sociedade que, por conta dessa cultura patriarcal sempre justificou esses crimes com o argumento de que a violência praticada só dizia respeito aos dois, vítima e agressor, e que só devia ser

tratado no âmbito privado, pois não possuía poder ofensivo, por se constituir como crimes passionais, ou como consequência de distúrbios psíquicos.

Por isso, numa tentativa de descrever de forma abrangente a complexidade das situações que envolvem risco de morte imediato, isto é, risco de feminicídio, inicialmente o termo 'femicídio' foi utilizado para caracterizar as mortes violentas de forma intencional, com o argumento de defesa da honra. E ainda os crimes, praticados contra mulheres, considerados não intencionais, decorrentes de "uma prática social e cultural que afeta os direitos das mulheres com relação a seu corpo e saúde". E que podem se constituir como "dificuldades de acesso a métodos de proteção contra HIV/AIDS, por sequelas da mutilação genital ou mesmo por intercorrências nas cirurgias estéticas, entre outras situações" (COPELLO 2012 apud ONU MULHERES, 2016, p. 20).

Ainda conforme ONU Mulheres (2016), ao usar o conceito supramencionado, Russel contrapôs a neutralidade presente na expressão "homicídio", que só colaborava para conservar vulnerabilidade até o momento, indiscutível, do sexo feminino em todo o mundo. Mas foi somente na década de 1990, que Diana Russell, juntamente com Jane Caput e Jill Radford, pioneiras no estudo sobre o terrorismo machista contra as mulheres, puderam avançar no que temos hoje em dia como o conceito de 'feminicídio', e que nas décadas seguintes se disseminaria pelo mundo inteiro.

Um breve desenvolvimento histórico mostra que o termo 'femicídio' passou a ser utilizado na América Latina a partir da década de 1980 por Marcela Lagarde. "[...] mas foi nos anos 2000 que seu emprego se disseminou no continente latino-americano em consequência das mortes de mulheres ocorridas no México, país em que o conceito ganhou nova formulação e novas características com a designação de feminicídio" (ONU MULHERES, 2016, p. 19).

Essa nova formulação tornou-se importante nos debates acadêmicos e políticos sobre a violência praticada contra a mulher em razão do gênero. Enfim, femicídio ou feminicídio, as duas expressões denominam o mesmo lamentável fato de mortes violentas de mulheres em razão do gênero (ONU MULHERES, 2016).

O feminicídio é, portanto, "um crime de ódio e seu conceito surgiu [...] para reconhecer e dar visibilidade à morte violenta de mulheres resultante da discriminação, opressão, desigualdade e violência sistemáticas". De acordo com os estudos citados "não constitui um evento isolado e nem repentino ou inesperado. Ao contrário: faz parte de um processo contínuo de violências, cujas raízes misóginas caracterizam-se pelo uso de violência extrema" (PRADO E SANEMATSU, 2017, p. 11).

Para coibir a violência contra mulheres, as mudanças na legislação de vários países da América Latina, incluindo o Brasil são bem recentes, e deram-se em função

da visibilidade e força que o conceito 'feminicídio' ganhou tanto entre ativistas, como entre pesquisadoras também entre organismos internacionais ao longo das quatro últimas décadas.

A palavra feminicídio ganhou destaque no Brasil a partir de 2015, quando foi aprovada a Lei Federal 13.104/15, popularmente conhecida como a Lei do Feminicídio. Isso porque ela criminaliza o feminicídio, que é o assassinato de mulheres cometido em razão do gênero, ou seja, a vítima é morta por ser mulher. Esta lei alterou o Código Penal brasileiro, incluindo como qualificador do crime de homicídio o feminicídio e o colocou na lista de crimes hediondos, com penalidades mais altas. No caso, o crime de homicídio prevê pena de seis a 20 anos de reclusão, mas quando for caracterizado feminicídio, a punição parte de 12 anos de reclusão (MANSUIDO 2020, p. 1).

Trata-se, portanto de uma lei sancionada no ano de 2015 que instituiu um novo agravante específico de homicídio, o feminicídio, já devidamente conceituado ao longo deste estudo, e foi "criada a partir de uma recomendação da CPMI (Comissão Parlamentar Mista de Inquérito) sobre Violência contra a Mulher do Congresso Nacional", e propõe dar visibilidade aos direitos da mulher, coibir a impunidade e ressaltar "a responsabilidade do Estado que, por ação ou omissão, é conivente com a persistência da violência contra as mulheres" (PRADO E SANEMATSU, 2017, p. 11).

A "Lei do Feminicídio não enquadra, indiscriminadamente, qualquer assassinato de mulheres como um ato de feminicídio". Ela prevê algumas situações para que seja aplicada, a saber: quando há "violência doméstica ou familiar: quando o crime resulta da violência doméstica ou é praticado junto a ela, ou seja, quando o autor do crime é um familiar da vítima ou já manteve algum tipo de laço afetivo com ela"; E quando há "menosprezo ou discriminação contra a condição da mulher, ou seja, quando o crime resulta da discriminação de gênero, manifestada pela misoginia e pela objetificação da mulher, sendo o autor conhecido ou não da vítima" (MANSUIDO, 2020, p. 1).

O autor citado acima, lembra ainda, que há diferença entre homicídio e feminicídio. Os dois termos representam crimes dolosos contra a vida, sem dúvida alguma, porém, o homicídio consiste no ato de matar uma pessoa independente do seu gênero, enquanto o feminicídio é o assassinato de uma mulher exclusivamente pelo fato de a vítima ser mulher, praticado por pessoas conhecidas ou não, da vítima.

Segundo Porfírio (2021), surgiram por parte dos setores que são mais conservadores algumas discussões acerca da justificativa da 'tipificação especial de

homicídio' contra mulheres. Ou seja, eles questionaram a necessidade de classificar como feminicídio a morte por homicídio, isto é, o assassinato de mulheres pautado em gênero, quando o motivo da violência extrema que culmina na morte da mulher é exclusivamente a condição de mulher. Já (FERNANDES 2021, p 11) explica que, "esta crítica não procede. Antes da lei, em muitos processos, havia o enquadramento do fato como crime simples, ou mesmo o abrandamento da responsabilidade do agente em razão do perfil social de "bom cidadão"".

Nesse sentido, a Lei 13.104/15 – a Lei do Feminicídio, foi em 9 de março de 2015, oportunamente sancionada como parte das políticas públicas, com o objetivo de aplicação de medidas mais rígidas de investigação, fiscalização e punição, e em seus pontos mais importantes.

I - prevê o feminicídio como qualificador do crime de homicídio quando é praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino;

II - considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolver: a) violência doméstica e familiar contra a mulher; b) ou menosprezo e discriminação contra a mulher;

III - prevê causas de aumento da pena de 1/3 até a metade se o crime for praticado: a) durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto; b) contra menor de 14 anos, maior de 60 ou pessoa com deficiência; c) na presença de descendente ou ascendente da vítima;

IV - considera-se crime hediondo.

Lei nº 13.104, de 09/03/2015 - Altera o art. 121 do Código Penal, para prever o Feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da lei de Crimes Hediondos, para incluir o Feminicídio no rol dos crimes hediondos (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, 2020).

A lei citada acima, constitui-se numa das mais importantes mudanças na legislação brasileira para o combate ao feminicídio, que, segundo Meneghel et al. (2013), compreende o assassinato de mulheres por homens como a manifestação mais grave da violência praticada contra a mulher. E conseqüentemente a etapa final de uma situação de violência contínua de caráter físico, psicológico, sexual, e patrimonial, cometida contra a mulher, e que em muitos casos são mortes anunciadas e que poderiam ser evitadas.

Apesar das medidas adotadas, a incapacidade de evitar o alto número de morte de mulheres, levou o Brasil a ostentar uma triste contradição: tem “as melhores leis do mundo para proteção das mulheres e, ao mesmo tempo, um dos lugares mais perigosos para elas viverem” Fernandes (2020, p. 3). Por conta dessa triste realidade o Brasil ocupa o quinto lugar em número de feminicídios no mundo. E no cenário de pandemia da COVID-19 desde fim do ano de 2019, os índices passaram de preocupantes a alarmantes.

E ainda mais inquietante nessa triste situação, é que esses dados tão graves, representam apenas uma parte da realidade, haja vista, que um considerável número de casos de crimes praticados contra mulheres nem chegam a ser denunciados, e muito menos registrados (PRADO E SANEMATSU, 2017). Aqui vale lembrar as diferentes modalidades de assassinatos de mulheres reconhecidas como feminicídio.

Íntimo	Morte de uma mulher cometida por um homem com quem a vítima tinha, ou tenha tido, uma relação ou vínculo íntimo: marido, ex-marido, companheiro, namorado, ex-namorado ou amante, pessoa com quem tem filho(a)s. Inclui-se a hipótese do amigo que assassina uma mulher – amiga ou conhecida – que se negou a ter uma relação íntima com ele sentimental ou sexual).
Não íntimo	Morte de uma mulher cometida por um homem desconhecido, com quem a vítima não tinha nenhum tipo de relação. Por exemplo, uma agressão sexual que culmina no assassinato de uma mulher por um estranho. Considera-se, também, o caso do vizinho que mata sua vizinha sem que existisse, entre ambos, algum tipo de relação ou vínculo.
Infantil	Morte de uma menina com menos de 14 anos de idade, cometida por um homem no âmbito de uma relação de responsabilidade, confiança ou poder conferido pela sua condição de adulto sobre a menoridade da menina.
Familiar	Morte de uma mulher no âmbito de uma relação de parentesco entre vítima e agressor. O parentesco pode ser por consanguinidade, afinidade ou adoção.

<p>Por conexão</p>	<p>Morte de uma mulher que está “na linha de fogo”, no mesmo local onde um homem mata ou tenta matar outra mulher. Pode se tratar de uma amiga, uma parente da vítima – mãe, filha – ou de uma mulher estranha que se encontrava no mesmo local onde o agressor atacou a vítima.</p>
<p>Sexual sistêmico</p>	<p>Morte de mulheres que são previamente sequestradas, torturadas e/ou estupradas. Pode ter duas modalidades:</p> <ul style="list-style-type: none"> · Sexual sistêmico desorganizado –Quando a morte das mulheres está acompanhada de sequestro, tortura e/ou estupro. Presume-se que os sujeitos ativos matam a vítima num período de tempo determinado; · Sexual sistêmico organizado–Presume-se que, nestes casos, os sujeitos ativos atuam como uma rede organizada de feminicidas sexuais, com um método consciente e planejado por um longo e indeterminado período de tempo.
<p>Por prostituição ou ocupações estigmatizada</p>	<p>Morte de uma mulher que exerce prostituição e/ou outra ocupação (como strippers, garçonetes, massagistas ou dançarinas de casas noturnas), cometida por um ou vários homens. Inclui os casos nos quais o(s) agressor(es) assassina(m) a mulher motivado(s) pelo ódio e misoginia que a condição de prostituta da vítima desperta nele(s). Esta modalidade evidencia o peso de estigmatização social e justificação da ação criminosa por parte dos sujeitos: “ela merecia”; “ela fez por onde”; “era uma mulher má”; “a vida dela não valia nada”.</p>
<p>Por tráfico de pessoas</p>	<p>Morte de mulheres produzida em situação de tráfico de pessoas. Por “tráfico”, entende-se o recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento de pessoas, valendo-se de ameaças ou ao uso da força ou outras formas de coação, quer seja rapto, fraude, engano, abuso de poder, ou concessão ou recepção de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento da(s) pessoa(s), com fins de exploração. Esta exploração inclui, no mínimo, a prostituição alheia ou outras formas de exploração sexual, os trabalhos ou serviços forçados, a escravidão ou práticas análogas à escravidão, a servidão ou a extração de órgãos.</p>

Por contrabando de pessoas	Morte de mulheres produzida em situação de contrabando de migrantes. Por “contrabando”, entende-se a facilitação da entrada ilegal de uma pessoa em um Estado do qual a mesma não seja cidadã ou residente permanente, no intuito de obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício de ordem material
Transfóbico	Morte de uma mulher transgênero ou transexual, na qual o(s)agressor(es) amata(m) por sua condição ou identidade de gênero transexual, por ódio ou rejeição.
Lesbofóbico	Morte de uma mulher lésbica, na qual o(s)agressor(es) mata(m) por sua orientação sexual, por ódio ou rejeição
Racista	Morte de uma mulher por ódio ou rejeição a sua origem étnica, racial ou de seus traços fenotípicos.
Por mutilação genital feminina	Morte de uma menina ou mulher resultante da prática de mutilação genital.

Fonte: Adaptação do Modelo de Protocolo Latino-americano, 2014 apud ONU MULHERES, 2016, p. 22

De fato, os números que descrevem o mapa da violência contra as mulheres no Brasil apontam o grave e permanente problema que elas enfrentam, a violência doméstica e familiar e o feminicídio. E como esclarecem os dados consultados, através dos autores pesquisados, apesar das legislações nacionais, que são em muito, motivadas pelos tratados e decisões internacionais, para frear essa outra pandemia, a da violência contra a mulher e do feminicídio, as estatísticas infelizmente ainda se encontram distante da realidade, por conta da subnotificação de casos, um entrave na luta pela diminuição da impunidade dos agressores.

O FEMINICÍDIO NA PANDEMIA DA COVID-19

Não tendo como ser diferente, em tempos de pandemia, o isolamento social é, de fato, a recomendação mais importante das autoridades de saúde para conter a contaminação pelo coronavírus, causador da COVID-19. A premissa da vigilância sanitária compreende quarentena, contingenciamento de recursos, distanciamento social, medidas de prevenção do contágio, estado de calamidade pública, agravamento de condições psíquicas, situação que afeta a condição geral do indivíduo.

As reações emocionais aos fatores como a queda repentina da renda de um elevado número de pessoas, e o confinamento em casa, da maior parte da população em espaços, na maioria dos casos bem pequenos, de acordo com alguns estudiosos, geram um conjunto de fatores de estresse que podem levar a conflitos sociais violentos (Silva, Santos e Oliveira, 2020). Essa inesperada e radical mudança no estilo de vida, traz por consequência, reações como: raiva pela perda repentina da liberdade, ansiedade pela necessidade de ajustamento situacional em todos os aspectos da vida e medo por tratar-se de um inimigo desconhecido.

A nova situação imposta trouxe pânico generalizado com impacto psicológico imediato, tornando-se um fator de estresse, que por sua vez desencadeia outros desequilíbrios neurofisiológicos como: tristeza, irritabilidade, fadiga, insônia e depressão. Esse desgaste emocional gerado pelo desconforto em relação a nova realidade pode afetar a funcionalidade do indivíduo prejudicando a vida familiar, a vida conjugal e a vida profissional. Nessa situação a ajuda profissional qualificada torna-se necessária para possibilitar colocar novamente a vida em ordem, mesmo dentro desse caos trazido pela pandemia (SILVA, SANTOS e OLIVEIRA, 2020).

Conforme ainda explica os autores supracitados, a teoria das motivações de Maslow propõe que as necessidades humanas estão subdivididas em primárias e secundárias. O primeiro grupo está ligado às necessidades fisiológicas e de segurança (comida, água, recursos, emprego) e o segundo remete às necessidades de estima e realização pessoal (amor, amizade, moralidade, aceitação). Dessa forma, quando satisfeitas, o indivíduo tende a se sentir motivado e realizado. Em contrapartida, um cenário de isolamento social pode impactar no não atendimento dessas necessidades. Nesse sentido, essa teoria ajuda a compreender os motivos que levam a violência doméstica contra a mulher nesse contexto de pandemia

Assim, com a COVID-19 invadindo os cinco continentes e causando uma pandemia com efeitos antes inimagináveis, um novo cenário veio à tona. Com as novas formas de relacionamento, com regras rígidas para distanciamento e isolamento social, uma outra epidemia tomou proporções ainda maiores, a epidemia da violência doméstica e familiar, tendo como principal vítima a mulher.

Como se não bastasse a letalidade da COVID-19, a violência de gênero tomou dimensões assustadoras durante a pandemia da COVID-19. Nessa situação a própria casa, para muitas mulheres, passou de um lugar seguro para o mais ameaçador. O isolamento social trouxe o confinamento com o agressor e para complicar um pouco mais a situação, veio também a inevitável precariedade financeira decorrente da gradativa desaceleração no desempenho da economia, gerando desemprego, e conseqüentemente, uma drástica redução na renda familiar (SANTOS et. al, 2020).

Dessa forma, com a instabilidade trazida por este ambiente de medo e insegurança que afeta a todos, as mulheres têm se tornado vítimas também da violência doméstica e familiar, mas com números de casos inferiores aos casos de feminicídio. Como esclarece Teófilo (2020), durante a pandemia do novo coronavírus, houve um aumento de feminicídios no Brasil, chegando a 648 casos no primeiro semestre deste ano, 1,9% a mais que 2019.

Recomendada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como a melhor forma de conter a propagação da COVID-19, a permanência em casa pode potencializar fatores que contribuem para o aumento da violência contra as mulheres. Segundo a organização, os casos de feminicídio cresceram 22,2% entre março e abril do ano de 2020, em 12 estados do país, comparativamente ao ano de 2019. Registros públicos ainda confirmam queda na abertura de boletins de ocorrência, evidenciando que, ao mesmo tempo em que as mulheres estão mais vulneráveis durante a pandemia, elas têm maior dificuldade para formalizar queixa contra os agressores (SANTOS, 2020, p. 3).

E por conta desses altos índices de crimes praticados contra mulheres em razão do gênero, o Brasil conquistou o vergonhoso quinto lugar no ranking mundial de violência em razão do gênero. Essa posição é, sem dúvida nenhuma, motivo de tristeza para a nação brasileira. De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, citado por (Teófilo (2020, p. 1), "a pandemia acentuou a violência doméstica na medida que expôs as mulheres que viviam em fragilidade passaram a ficar mais tempo com seus agressores, seja por passarem a trabalhar remotamente ou por terem perdido seus trabalhos".

Conforme dados do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, após a recomendação de isolamento social como forma de conter a pandemia de Covid-19, houve um expressivo aumento o número de ligações para o Ligue 180, que é responsável por receber denúncias de violência contra a mulher. Na comparação do

primeiro trimestre de 2020 com o mesmo período do ano de 2019, é possível identificar um aumento de 38% nos casos de feminicídios somente no estado de São Paulo. Percebe-se ainda um aumento nos casos de tentativas de homicídios no mesmo período (OKABAYASHI et. al. 2020). E nesse sentido, a PL 1.798/2020 surge para facilitar a o registro de ocorrências de violência contra a mulher, que a partir desta, pode ser realizado via internet ou número de telefone de emergência, além de autorizar que a vítima faça o depoimento em casa.

Dessa forma, fica evidente a correlação entre a condição de isolamento social e o aumento nos casos de violência doméstica. Condição essa, que torna ainda mais vulnerável a vítima que, na maioria dos casos tem relação de submissão com o agressor. Os números alarmantes reforçam ainda mais a ideia de que o crime em razão de gênero persiste e precisa ser combatido com máxima urgência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação brasileira para coibir a violência doméstica e familiar e o assassinato de mulheres por condições de gênero representa um importante avanço do poder público brasileiro, pois o debate acerca do assunto ainda é recente, e "feminicídio" é um conceito relativamente novo. A opção pelo uso do termo feminicídio nos debates a respeito da violência contra a mulher, e que acabou denominando a Lei 13.104/15, deu-se para reforçar a responsabilidade da parte do Estado no cumprimento das suas obrigações em relação aos direitos das mulheres.

No entanto, a cultura machista e patriarcal que caracteriza a nossa sociedade, como está devidamente demonstrado através das pesquisas realizadas para este estudo, mostra que infelizmente ainda estamos muito longe de uma realidade onde não haja violência por questões de gênero e que as leis específicas para esses casos possam ser, enfim, eliminadas do código penal.

E para agravar ainda mais os efeitos da violência contra a mulher, em todas as épocas, e infelizmente também, em meio a pandemia, o Estado continua conivente com a situações de sexismo, discriminação e desigualdade, como mecanismo de controle, quando tolera a violência e a impunidade, não responsabilizando os autores pela violência praticada.

É consenso, portanto, entre todos os autores consultados, que o combate ao feminicídio deve ir além da legislação, porque não depende só da aplicação da lei. A sociedade consiste num elemento importante na luta pela diminuição da prática de violência doméstica e familiar. Mas as sociedades atuais, ainda machistas, estimulam as agressões violentas às mulheres, ao reproduzir as desigualdades que tanto as afetam,

permitindo que fatores como a classe social, a etnia da vítima, a realidade violenta no entorno e a impunidade contribuam para torná-las tão vulneráveis.

Este estudo permitiu perceber que, apesar das transformações pelas quais vem passando a sociedade, e da visibilidade no espaço público com debates e ações, todas essas medidas, infelizmente não têm sido eficazes para conter o crescente número de violência doméstica e familiar e mortes violentas por razões de gênero, um fenômeno global que vitimiza mulheres todos os dias, como consequência da herança de hábitos culturais baseados em discursos patriarcais, de que a mulher é inferior ao homem.

Também que, independentemente de questionamentos sobre a sua necessidade e importância, que as políticas públicas possam, ao lado da sociedade, como sugerem especialistas, entre outras soluções apontadas: considerar a complexidade da violência de gênero, para melhor compreender as circunstâncias da morte violenta de mulheres, em vez de individualizar o conflito, como ainda presenciamos na forma de funcionamento do direito penal.

E ainda que, é muito importante que se possa avançar na promoção da educação para a conscientização da igualdade de gênero e na fiscalização das leis no enfrentamento a discriminação estrutural e da desigualdade de poder, que inferioriza e subordina as mulheres aos homens. E que possam ser questionadas as tecnologias de produção das sexualidades, pois são tão perigosas e ao mesmo tempo muito dissimuladas e que destroem a dignidade de muitas mulheres pelo mundo afora.

Enfim, como é a esperança de todos os autores consultados para a construção deste estudo, é também o mesmo sentimento de toda a população brasileira, que todos esses avanços na legislação brasileira em relação aos direitos da mulher possam se converter em uma rede ativa de proteção, com ações concretas como, por exemplo: a discussão de gênero nas escolas, o levantamento dos dados sobre a violência, o enfrentamento a discriminação racial e a desnaturalização do preconceito que revitimizam a mulher, e o apoio aos familiares das vítimas, para que elas possam adquirir a confiança necessária nas autoridades policiais. E que a legislação possa assim, cumprir o seu objetivo principal, que é garantir para todas as meninas e mulheres a punição exemplar de crime pelos motivos da condição de ser do sexo feminino.

REFERÊNCIAS

ANDRADE et al. FEMINICÍDIO: **extrema forma de manifestação de violência contra a mulher**. 2019. Disponível em: [https://revistas.unipacto.com.br/storage/publicacoes/2019/feminicidio_extrema form](https://revistas.unipacto.com.br/storage/publicacoes/2019/feminicidio_extrema_form)

[a de manifestacao de violencia contra a mulher 169.pdf](#). Acesso em: 28 de mar. de 2021.

BARSTED, L.L. **Lei Maria da Penha: uma bem-sucedida experiência de advocacy feminista**. In: CAMPOS, C. H. de (Org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídicofeminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 13-37, 2011.

CAMPOS, Antônia Alessandra Sousa. **A Lei Maria Da Penha E A Sua Efetividade**. UNIVERSIDADE ESTADUAL VALE DO ACARAÚ, 2008. Disponível em: <https://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Ant%C3%B4nia-Alessandra-Sousa-Campos.pdf>. Acesso em: 07 de abr. de 2021.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **FEMINICÍDIO: uma carta marcada pelo gênero**. PUC – SÃO PAULO, 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/437/edicao-1/feminicidio:-uma-carta-marcada-pelo-genero>. Acesso em: 26 de mar. de 2021.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **A violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntimo no Brasil**. Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça. Colaboração: Fernanda Emy Matsuda ... [et al.]. -- Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2015. (Coleção diálogos sobre a justiça).

MANSUIDO, Mariane. Entenda o que é feminicídio e a lei que tipifica esse crime. **Câmara Municipal de São Paulo**. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.leg.br/mulheres/entenda-o-que-e-feminicidio-e-a-lei-que-tipifica-esse-crime/>. Acesso em: 15 de mar. de 2021

MENEGHEL, S.N. et al. **Feminicídios: narrativas de crimes de gênero**. Interface (Botucatu), v.17, n.46, p.523-33, jul./set. 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-32832013000300003&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 05 de abr. de 2021.

OKABAYASHI, Nathalia Yuri Tanaka, et. al. **Violência contra a mulher e feminicídio no Brasil - impacto do isolamento social pela COVID-19**. Brazilian Journal of health Review. V 3. 2020. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BJHR/article/view/9998/8381>. Acesso em: 29 de abr de 2021.

ONU MULHERES. **Diretrizes Nacionais Feminicídio. Brasília/DF**. 2016. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio_FINAL.pdf. Acesso em: 12 de abr. de 2021

PANDJIARJIAN, V. Maria da Penha: **una mujer, un caso, una ley**. Revista Informativa CLADEM, nº 9, Año 6, p. 38-51, Noviembre 2007.

PORFÍRIO, Francisco. **"Feminicídio"**; Brasil Escola, 2021. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/sociologia/feminicidio.htm>. Acesso em 17 de mar. de 2021.

PRADO, Débora. SANEMATSU, Marisa. **FEMINICÍDIO: #InvisibilidadeMata**. Instituto Patrícia Galvão. São Paulo, 2017. Disponível em: https://assets-institucional-ippg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2017/03/LivroFeminicidio_InvisibilidadeMata.pdf. Acesso em: 27 de mar. de 2021.

SANTOS, Luisa Souza Erthal, et al. **Impactos da pandemia de Covid-19 na violência contra a mulher: reflexões a partir da teoria das motivação humana de Abraham Maslow**. 2020. Disponível em: [file:///C:/Users/leogl/Downloads/915-Preprint%20Text-1341-1-10-20200706%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/leogl/Downloads/915-Preprint%20Text-1341-1-10-20200706%20(4).pdf). Acesso em 20 de abr. de 2021.

SILVA HGN, Santos LES, Oliveira AKS. **Efeitos da pandemia do novo Coronavírus na saúde mental de indivíduos e coletividades**. J. nurs. health. 2020;10(n.esp.):e20104007. Disponível em: <https://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/06/1097482/4-efeitos-da-pandemia-do-novo-coronavirus-na-saude-mental-de-i-fNxf8zd.pdf>. Acesso em: 27 de abr. de 2021

TEÓFILO, Sarah. **Feminicídios crescem durante a pandemia; casos de violência doméstica caem**. Correio Braziliense. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2020/10/4883191-feminicidios-crescem-durante-a-pandemia-casos-de-violencia-domestica-caem.html>. Acesso em: 16 de mar. de 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Justiça pela paz em casa: entenda o que caracteriza o feminicídio**. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/informes/justica-pela-paz-em-casa-entende-o-que-caracteriza-o-feminicidio.htm#>. Acesso em 24 de mar. de 2021

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, 2020. **O que é violência doméstica e o feminicídio**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher/o-que-e-a-violencia-domestica-e-o-feminicidio>. Acesso em: 17 de mar. de 2021.

TRINDADE, Vitória Etges Becker. **Lei Maria Da Penha: Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher no Âmbito da Polícia Judiciária**. XII Seminário de Demandas Sociais

e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14576>. Acesso em: 07 de abr. de 2021.

A TAXATIVIDADE DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

LAÉRCIO DE SOUZA RIBEIRO:
Bacharelando do curso de Direito
pelo Centro Universitário UNA

**MARCO ANTÔNIO DELMONDES
KUMAIRA**

(orientador)

RESUMO: O presente estudo visa demonstrar a evolução histórica do recurso Agravo de instrumento, bem como as alterações trazidas pelo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). A maior alteração se deu nas hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento, notadamente porque ficaram restritas ao rol do artigo 1.015 do novo Código de Processo Civil. Assim, o artigo demonstrará quais as principais mudanças ocorridas em relação ao Código de 1973. Haverá abordagem doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto, sob o prisma da polêmica quanto ao rol de hipóteses de cabimento, notadamente se é taxativo ou exemplificativo ou se ainda cabe uma interpretação extensiva.

Palavras-chaves: Agravo de Instrumento. Código de Processo Civil de 2015. Rol taxativo.

Abstract: The present study aims to demonstrate the historical evolution of the instrument agravo resource, as well as the changes brought by the Code of Civil Procedure (Law 13.105/2015). The greatest change occurred in the hypotheses of fit instrument injury, nodded because they were restricted to the list of Article 1.015 of the new Code of Civil Procedure. The present study aims to demonstrate the historical evolution of the instrument agravo resource, as well as the changes brought by the Code of Civil Procedure (Law 13.105/2015). The greatest change occurred in the hypotheses of fit instrument injury, nodded because they were restricted to the list of Article 1.015 of the new Code of Civil Procedure.

Keywords: Instrument Aggravation. Code of Civil Procedure 2015. Tax roll.

INTRODUÇÃO

Em março de 2016 entrou em vigor o novo código de processo civil, trazendo algumas mudanças, onde o legislador visou uma maior celeridade no poder judiciário, bem como sua efetividade nas resoluções dos conflitos.

Para ocorrer a referida celeridade e efetividade, houve mudanças significativas nos recursos, para que de certa forma, desafogue as instâncias superiores, que sofrem com um número exacerbado de recursos interpostos.

Um recurso que chamou bastante a atenção em suas mudanças foi o Agravo de Instrumento, recurso que trata da recorribilidade imediata das decisões interlocutórias proferidas em primeira instância.

O Agravo de instrumento teve sua interposição limitada, restringindo apenas a algumas hipóteses, estas que estão elencadas no Artigo 1.015 do CPC. Com apenas em algumas hipóteses, fica claro que o legislador pensou na celeridade processual, desta forma, deixando para eventuais reexames de algumas questões processuais somente após a sentença.

Ou seja, qualquer decisão interlocutória que não esteja presente no artigo 1.015 do NCPC, poderá ser impugnada apenas em preliminar de recurso de apelação ou em contrarrazões.

O Estudo começa com a evolução do Agravo de Instrumento, demonstrando suas mudanças ao longo dos anos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, assim, fazendo uma comparação ao entre os Códigos de Processo Civil de 1939, 1973 e 2015.

Ao final, faremos uma análise do que pensa a doutrina e os tribunais quanto a limitação imposta ao cabimento do Agravo de Instrumento. Trata-se de um assunto muito polêmico, pois há uma grande divergência doutrinária e jurisprudencial quanto a matéria em questão.

Como o Agravo de Instrumento se tornou taxativo, podendo somente ser interposto em hipóteses do artigo 1.015 do PCP, trouxe à tona uma divisão de pessoas favoráveis a taxatividade e outras não.

Deste modo, trataremos de todos os argumentos favoráveis e contrários a taxatividade do Agravo de Instrumento, observando visões diferentes para que nos ajude a chegar a uma opinião sobre o assunto.

Sendo assim, o presente trabalho pretende demonstrar toda história do Agravo de instrumento, bem como sua nova sistemática, com foco em sua limitação nas hipóteses do artigo 1.015 do CPC, verificando as divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

1.1 Primeiro Código de Processo Civil no Brasil e o Agravo de 1939

A criação de um Código de Processo Civil nacional era uma exigência da Constituição de 1934 e também da Constituição de 1937. Antes disso, cabia aos Estados legislar sobre o processo civil, o que era considerado, pelo Ministro da Justiça, Francisco de Campos, uma "desastrosa tendência para a descentralização". (Campos, 1939A, p. 187).

Uma comissão de juristas da época foi encarregada para a elaboração de um Código de Processo Civil. Foi o trabalho do Advogado Pedro Batista Martins que deu origem ao **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**, instituindo especificamente o primeiro Código de Processo Civil Brasileiro. (Beltrame, 2019)

Com o surgimento do CPC/1939, surgiu também o Agravo de instrumento, que se tratava do recurso cabível contra as decisões interlocutórias específicas. Tais decisões só poderiam ser impugnadas com o Agravo de Instrumento, caso estivessem previstas no rol do artigo 842 do CPC/1939.

O agravo de instrumento deveria ser interposto no prazo de cinco dias (prazo preclusivo), contando-se o prazo a partir da intimação pessoal do advogado (Comarcas do interior), ou, então, a partir da intimação pelo Diário Oficial (Comarcas da capital), e recebido o recurso pelo juiz deveria o Cartório providenciar o traslado. Para tal deveriam ser transladadas a decisão recorrida e a respectiva certidão de intimação. (Romano, 2019)

O Agravo de instrumento não suspendia o processo, em regra, pois o artigo 843 do CPC/1939 apresentava algumas exceções.

Deveria o Agravo de instrumento ser interposto por petição, que deveria conter: a exposição dos fatos e do direito; as razões do pedido de reforma da decisão e a indicação das peças do processo que devem ser transladadas, conforme informa os incisos do artigo 844 do diploma processual de 1939.

Essa sistemática durou até 1973, quando foi alterado no ordenamento jurídico brasileiro o Código de Processo Civil, assim, fazendo o agravo de instrumento ter algumas modificações consideráveis.

1.2 O Agravo de Instrumento no CPC de 1973

Com o advento do Código de Processo Civil de 1973, versado no artigo 522 do referido diploma, o Agravo de Instrumento passou a ser aceito contra todas decisões interlocutórias proferidas no processo, salvo em casos de despachos de mero expediente e de sentenças.

O Prazo para interposição do recurso era de 5 dias, devendo conter no Agravo a exposição dos fatos e do direito, as razões do pedido de reforma da decisão e a indicação das peças do processo que deveriam serem transladas.

Entretanto, passados alguns anos, foi promulgada a lei 11.187/2005, que modificava os artigos 522, 523 e 527 da lei 5.869/1973 (CPC vigente naquele momento), para, novamente, restringir as hipóteses do cabimento do Agravo de instrumento.

Com a lei 11.187/2005, passaram a existir duas modalidades de Agravo. O Retido e o de Instrumento. Em regra, contra as decisões interlocutórias, deveria ser apresentado o agravo retido, sendo possível o cabimento do agravo de instrumento em *“decisão suscetível de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida”*, conforme nova redação dada ao Art. 522 do CPC de 1973.

Sobre o tema, vale transcrever alguns posicionamentos da doutrina, como destaca Didier Jr. e Cunha (2016, p. 204):

“No entanto, foi com a promulgação da Lei nº 11.187/2005 que foram instituídos relevantes alterações no regime do agravo, instituindo o agravo retido como regra, cabendo o agravo de instrumento apenas em hipóteses expressamente elencadas, quando se tratasse de decisão suscetível de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação, nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos de recebimento da apelação.”

Assis (2016, p. 455), faz as seguintes considerações:

Por força da mudança de redação do art. 522, caput, do CPC de 1973, derivada da Lei 11.187, de 19.10.2005, a regra era o agravo retido, insigne sucessor do vetusto agravo no auto do processo, e a única forma admissível das decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento; excepcionalmente – ao menos na idílica teoria –, admitia-se o agravo de instrumento. Esta modalidade de agravo caberia de atos explicitamente mencionados – decisão que não recebe a apelação ou a recebe em efeito impróprio –, ou em outro dispositivo legal (v.g., do ato que julgar improcedente a impugnação do executado ao cumprimento da sentença),**58** e nos casos em que a decisão se mostrasse *“suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação.*

Podemos analisar que o agravo de instrumento foi taxativo no CPC de 1939, perdeu a taxatividade em 1973, teve uma alteração significativa na Lei 11.187/2005 e veremos no próximo capítulo, como ficou suas possibilidades no NCPC de 2015.

2. O AGRAVO DE INSTRUMENTO NO NOVO CPC DE 2015 E SUAS PRINCIPAIS MUDANÇAS.

Assis, (2016, p. 456) define que a “sistemática apresentada no CPC de 1973, o NCPC de 2015 retornou à sistemática do regime de 1939, recolocando o rol de decisões perceptíveis ao agravo de instrumento.”

O Agravo de Instrumento do Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, não é uma nova sistemática, ele apenas traz de volta a taxatividade de decisões possíveis para o cabimento do recurso, como foi no CPC/1939, mas, claro, com mudanças significativas.

Desta maneira, fica claro que o legislador nos trouxe uma redução na recorribilidade de decisões proferidas nos processos, em especial ao Agravo de Instrumento.

Devemos destacar a exclusão da figura do Agravo Retido no ordenamento jurídico, que era um recurso disponível para qualquer decisão interlocutória que não representasse lesão grave ou de difícil reparação para a parte. Assim, qualquer decisão que não apresentasse um perigo iminente a parte, poderia ser proposto o Agravo Retido, que seria analisado por ocasião da Apelação ou das Contrarrazões.

Sobre a exclusão do Agravo Retido e a taxatividade do Agravo de Instrumento no NCPC/2015, vejamos algumas análises da doutrina.

Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p.543/544):

O agravo retido desaparece do sistema (as questões resolvidas por decisões interlocutórias não suscetíveis de agravo de instrumento só poderão ser atacadas nas razões de apelação, art. 1.009, § 1º) e o agravo de instrumento passa a ter cabimento apenas contra as decisões interlocutórias expressamente arroladas pelo legislado.

O Professor Fredie Didier Jr (2017, p, 205) destaca que:

O Código de Processo Civil de 2015 eliminou a figura do agravo retido e estabeleceu um rol de decisões sujeitas ao agravo de

instrumento. Somente são agraváveis as decisões nos casos previstos em lei. As decisões não agraváveis devem ser atacadas na apelação.

As hipóteses de cabimento do Agravo de instrumento ficaram elencadas no artigo 1.015 do NCPC/2015. Vejamos:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

- I – tutelas provisórias;
- II – mérito do processo;
- III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV – incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- V – rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- VI – exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII – exclusão de litisconsorte;
- VIII – rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX – admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X – concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
- XI – redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o;
- XII – (VETADO);
- XIII – outros casos expressamente referidos em lei.

Torres (2016, p86), define que:

Pela conclusão lógica do artigo 1.015 do NCPC, é possível verificar que a grande modificação do agravo de instrumento diz respeito muito mais ao seu cabimento, do que efetivamente ao seu procedimento, sendo que procedimento de agravo se trata

de um novo sistema processual e não uma mera atualização do antigo.

Agora qualquer decisão interlocutória que não estiver no rol do 1.015 do NCPC/2015, não será passível de recorrer em sede de Agravo de Instrumento, tal decisão deverá ser suscitada em preliminar de Apelação ou nas Contrarrazões.

Um ponto importante em se destacar é que as decisões que não forem recorridas pelo Agravo de Instrumento, quando este for cabível, incorrerá na preclusão e, neste caso, não poderão mais serem recorridas.

Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º. As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

No entanto, vale mencionar que este regime só se aplica a fase de conhecimento, pois, na fase de execução, no cumprimento de sentença, nas ações de execução por título extrajudicial e, ainda em processos de falência e inventário, qualquer decisão proferida, será passível de cabimento do Agravo de Instrumento, conforme podemos desprender do parágrafo único do art. 1015.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário."

Estas mudanças no Agravo de Instrumento trouxeram algumas polêmicas na doutrina e nas jurisprudências, como por exemplo o fato da parte não poder recorrer de imediato em uma decisão que lhe pode trazer prejuízos graves e até mesmo irreparáveis.

Desta forma, os operadores do direito têm uma divergência no que se diz as hipóteses elencadas no art. 1.015, afinal, elas são taxativas ou apenas exemplificativas?

No tópico a seguir, iremos verificar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais no cabimento do Agravo de Instrumento.

3. AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: Rol taxativo ou rol exemplificativo?

3.1. – A questão sob o enfoque da doutrina.

Como dito no tópico anterior, o cabimento do Agravo de Instrumento trouxe muita polêmica quanto ao seu cabimento, criando uma divergência muito grande dentro da doutrina brasileira.

Pois, afinal, as hipóteses previstas no artigo 1.015 do CPC são taxativas ou meramente exemplificativas?

A corrente doutrinária ficou dividida em três frentes. São elas: (1) O rol é taxativo, não admitindo interpretações extensivas, admitindo somente as previstas em lei; (2) Taxativa, mas, permitindo interpretações extensivas, (3) exemplificativa, admitindo hipóteses sem previsão legal.

A primeira corrente, chefiada pelo professor Alexandre Freitas Câmara, nos diz que o rol do artigo 1.015 do CPC é taxativo, ou seja, não admitindo interpretações extensivas quanto ao cabimento do recurso Agravo de Instrumento, cabendo somente nos casos previstos em lei.

Câmara (2016, p. 523) define:

O agravo de instrumento é o recurso adequado para impugnar algumas decisões interlocutórias, expressamente indicadas em lei como recorríveis em separado. Ademais, admite-se agravo de instrumento contra qualquer outra decisão interlocutória que a lei processual expressamente declare agravável, como se dá, por exemplo, no caso da decisão que receba a petição inicial após o desenvolvimento da fase preliminar do procedimento da "ação de improbidade administrativa (art. 17, §10, da Lei 84259/1992)

Assim, para o Professor Alexandre Câmara, o Agravo só poderá ser interposto se a decisão se tratar das hipóteses previstas do artigo 1.015 do CPC ou que a lei expressamente trazer que é cabível de Agravo de Instrumento.

Desta forma, o professor em questão não admite interpretações extensivas do artigo 1.015.

Ainda neste sentido, há quem defenda a taxatividade do Agravo de Instrumento para que não ocorra uma insegurança jurídica, ao passo que, um magistrado ao fazer uma interpretação extensiva do artigo 1.015 do CPC, pode não conhecer de uma apelação sob argumento de direito prescrito, pois, deveria ser recorrido de forma imediata por Agravo de Instrumento.

Segundo Zulmar Duarte (2017, p. 1070):

A ampliação jurisprudencial dos temas passíveis de serem objeto de agravo pode trazer a reboque a expansão da ocorrência da preclusão imediata no processo, sobre temas sequer imaginados pelas partes, exatamente aqueles colhidos pela extensão. As partes confiando no sistema eleito não interporiam agravo de instrumento, sendo que posteriormente seriam surpreendidas pelo não conhecimento do tema em sede de apelação (art. 1009, §§1º e 2º), sob o argumento de que deveriam ter recorrido imediatamente, pois a matéria estaria compreendida em uma interpretação extensiva no art. 1015

Há quem defenda a interpretação extensiva, mas uma ressalva a fazer é que, não é contra qualquer decisão interlocutória que deve ser admitida a interposição do Agravo de Instrumento, mas somente aquelas que possuem alguma relação com as hipóteses cabíveis do artigo 1.015 do CPC.

O principal ponto de defesa da não taxatividade do Agravo de Instrumento é o fato de uma decisão interlocutória causar a parte um prejuízo que pode configurar como um dano grave e irreparável, faltando assim a Tutela Jurisdicional.

Com isso, surge a segunda corrente, capitaneada pelo conceituado professor Fredie Didier Jr., defende pela interpretação extensiva do artigo 1.015 do CPC, mesmo que entenda a sua taxatividade, para o referido professor, isso não pode ser impedimento para que seja interpretado de forma análoga ou extensiva.

Didier Jr. (2016, p. 209):

as hipóteses de agravo de instrumento estão previstas em rol taxativo. A taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um dos seus tipos. Tradicionalmente, a interpretação pode ser literal, de igual modo, as interpretações corretivas e outras formas de reinterpretação substitutiva

Didier Jr. (2016, p.210) destaca que: "No sistema brasileiro, há vários exemplos de enumeração taxativa que comporta interpretação extensiva", como por exemplo o cabimento do recurso em sentido estrito, lista de serviços tributáveis e o cabimento da ação rescisória.

Seguindo a mesma ideia de Didier Jr., pela não taxatividade, Daniel Amorim Assumpção Neves, o rol do artigo 1.015 do CPC não traz nenhuma vantagem para o sistema de direito processual civil, pelo contrário, entende que, há um cerceamento de defesa.

Para Neves, o argumento do legislador de que a taxatividade ajudaria a desafogar os tribunais superiores não é válida, além de defender que o cabimento do Agravo de Instrumento seja feito sim de forma extensiva ou análoga, desde que não tenham generalizações indevidas, senão vejamos:

Neves, (2016, p. 1561):

num primeiro momento, duvido seriamente do acerto dessa limitação e das supostas vantagens geradas pelo sistema processual. A decantada desculpa de que o agravo de instrumento é o recurso responsável pelo caos vivido na maioria de nossos tribunais de segundo grau não deve ser levada a sério.

(...) a melhor doutrina vem defendendo uma interpretação ampliativa das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, com utilização de um raciocínio analógico para tornar recorrível por agravo de instrumento decisões interlocutórias que não estão expressamente previstas no rol legal. Desde que se mantenha a razão de ser das previsões legais, sem generalizações indevidas, para ser uma boa solução

Assim, vê-se que o principal argumento a favor da taxatividade do rol do artigo 1.015 do CPC é a morosidade e eficácia processual, que aos olhos do legislador, taxou algumas hipóteses de cabimento do recurso Agravo de Instrumento para reduzir a quantidade e desafogar as instâncias superiores.

Mesmo que várias decisões importantes ficassem de fora das hipóteses previstas no artigo 1.015 do CPC, como por exemplo a do requerimento de justiça gratuita negada, utilizar a interpretação extensiva do dispositivo, seria de alguma forma, o poder judiciário, desconsiderando o que foi proposto pelo legislativo.

Defendem ainda que, a interpretação extensiva pelos operadores do direito e pela jurisprudência, devem ter um limite, pois o Código de Processo Civil deve ser interpretado de fato, e não de acordo com as opiniões e interesses de alguns que vai de encontro com o que foi definido pelo legislador.

Por fim, a terceira corrente defende a não taxatividade, de modo que, o rol do artigo 1.015 do CPC é apenas exemplificativo, admitindo assim, mesmo que a matéria

não seja contemplada pelos incisos do artigo 1.015 do CPC, ou não conste nenhuma possibilidade de tirar a questão por interpretação extensiva, pode a decisão ser recorrível por Agravo de Instrumento.

Assim leciona Ferreira (2017, p.193):

O interesse recursal é representação da utilidade + necessidade, em que, na lição de Barbosa Moreira, “o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que a emergente da decisão recorrida” (utilidade) e ainda “que seja necessário usar o recurso para alcançar tal vantagem” (necessário).

O processualista ainda destaca que na utilidade para sua compreensão deve se empregar uma ótica prospectiva e não retrospectiva “a ênfase incidirá mais sobre o que possível ao recorrente esperar que se decida, no novo julgamento, do que sobre o teor daquilo que se decidiu, no julgamento impugnado... daí preferirmos aludir à utilidade, como outros aludem, como fórmula afim, ao proveito e ao benefício que a futura decisão seja capaz de proporcionar ao recorrente”. (...)

No sistema processual civil brasileiro, do CPC/2015, optou-se pela recorribilidade integral das interlocutórias, somente variando o recurso, agravo de instrumento ou, residualmente, apelação.

Logo, algo que não pode ser esquecido é que para todo recurso impõe-se interesse recursal, sendo este não apenas um requisito do recurso sem o qual não é admissível, mas também é um direito do recorrente em relação ao Estado, uma vez identificada recorribilidade em lei, deve ser assegurada a utilidade do julgamento do recurso, inclusive em estrita observância do inc. XXXV do art. 5º, da CF/1988.

Se não há identificação literal das hipóteses legalmente previstas para agravo de instrumento, em primeiro momento, se defenderia a apelação, contudo se o seu julgamento futuro será inútil por impossibilidade de resultado prático pleno (ex. dano irreparável ou de difícil reparação), como no caso de uma perícia

inadmitida, em que o prédio que seria objeto da perícia diante de uma desapropriação será rapidamente demolido, desaparecendo a utilidade de julgamento futuro da apelação, não é possível defender-se o cabimento da apelação, porque a lei não pode prever recurso inútil, logo é caso de cabimento do agravo de instrumento.

Em outras palavras, há uma taxatividade fraca, decorrente da própria definição de recorribilidade geral das interlocutórias, mas ainda taxatividade, porque o agravante tem o ônus de demonstrar que é necessário o agravo de instrumento em razão da inutilidade de interposição e julgamento futuros de apelação.

Desta feita, embora o legislador tenha taxado e definido as hipóteses do cabimento do Agravo de Instrumento no Novo Código de Processo Civil, em 2015, não se trata de algo novo no sistema processual brasileiro, pois, no Código de Processo Civil de 1939, já era usada esta sistemática, que a propósito, se mostrou ineficaz, sendo revogada pela legislação processual civil de 1973.

Mesmo que o legislador tenha definido o que seria as “principais” hipóteses para o cabimento do Agravo de Instrumento, certamente ficariam de fora outras importantes decisões agraváveis, pois, seria impossível o legislador prever todas as hipóteses que devem ser reexaminadas, até porque, cada situação deve ser analisada com sua particularidade e possíveis prejuízos para a parte.

O Motivo principal do recurso Agravo de Instrumento é justamente para evitar que uma parte tenha um prejuízo processual por conta de uma decisão proferida ao curso do processo, ou seja, tal decisão deve ser revista de forma imediata.

Ainda neste sentido, quanto maior for o prejuízo para a parte por uma decisão interlocutória, mais se faz presente a necessidade da interposição do recurso Agravo de Instrumento, que desta forma, nunca poderia ser taxativo.

Existem várias decisões que devem ser reexaminadas de imediato para que não cause prejuízos irreparáveis aos litigantes. Podemos citar alguns: (1) Decisão que indefere produção de provas testemunhais e periciais; (2) Decisão que negue o pedido de justiça gratuita; (3) a não homologação ou recusa de acordo processual celebrado entre as partes; e (4) decisão que indefere a produção de provas antecipadas.

Podemos analisar que estas hipóteses não estão elencadas no rol do artigo 1.015 do CPC e são de suma importância para as partes, que inclusive, contrária os princípios da duração razoável do processo e economia processual.

Deste modo, podemos analisar que após entrada em vigor do CPC de 2015, há muitas discursões e divergências sobre o cabimento do recurso Agravo de Instrumento. Entretanto, não é somente na doutrina que temos estas discursões como analisamos neste tópico, há também divergências nos tribunais, como poderemos ver no tópico a seguir.

3.2 - A questão sob o enfoque da jurisprudência.

Conforme dito, não é somente na doutrina que acontece estas divergências, os tribunais ao longo dos anos, após a vigência do Novo CPC, tiveram interpretações distintas quanto ao cabimento do agravo de instrumento, o que causou uma grande insegurança jurídica para os operadores do direito.

Vejam os a seguir algumas decisões acerca do cabimento do recurso Agravo de Instrumento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DETERMINAÇÃO DE NOVA PERÍCIA - ROL TAXATIVO - NÃO CABIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DETERMINAÇÃO DE NOVA PERÍCIA - ROL TAXATIVO - NÃO CABIMENTO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DETERMINAÇÃO DE NOVA PERÍCIA - ROL TAXATIVO - NÃO CABIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO INDENIZATÓRIA -- DETERMINAÇÃO DE NOVA PERÍCIA - ROL TAXATIVO - NÃO CABIMENTO. A determinação de realização de nova perícia, ante a constatação de parcialidade do perito, não se amolda em nenhuma das hipóteses taxativamente previstas no art. 1.015 do CPC/2015, tampouco encontra previsão expressa em outro dispositivo legal. Ausência de prejuízo para a recorrente. Interpretação do art. 1.015, do CPC, observando a orientação do STJ. Recurso que não se conhece, na forma do art. 932, III, do CPC/2015. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro TJ-RJ - AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 0080513-86.2019.8.19.0000)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. DECISÃO QUE INDEFERIU A SUSPENSÃO DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL TAXATIVO DO

ARTIGO 1.015 DO NCPC. INAPLICABILIDADE DO ROL TAXATIVO MITIGADO. NÃO CONHECIMENTO.

Recurso manejado contra a r. Decisão do Juízo a quo que suspendeu o processo. Aplicação do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). Hipótese versada no presente recurso não contemplada no rol taxativo do artigo 1.015 do NCPC. Admissibilidade que deve observar a sistemática processual em vigor, a teor do artigo 14 do Novel Estatuto Processual. Inteligência do Enunciado Administrativo nº 3, do Superior Tribunal de Justiça. Recente entendimento do STJ sobre a possibilidade de impugnação imediata de decisões interlocutórias não previstas nos incisos do art. 1.015 do NCPC. Taxatividade mitigada. Inaplicabilidade. Recurso não conhecido. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro TJ-RJ - AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 0065091-71.2019.8.19.0000)

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE DETERMINA A MUDANÇA DO PERITO. ROL TAXATIVO DO ART. 1.015 DO CPC. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DE ROL TAXATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O art. 1.015 trouxe rol taxativo para as hipóteses de interposição do agravo de instrumento, adotando, assim, o Código de Processo Civil de 2015, a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, admitindo, apenas, em situações excepcionais o manejo de agravo, de modo a prestigiar os princípios da celeridade e da efetividade processual.

2. Como decorre da própria natureza de rol numerus clausus, estes devem ser interpretados restritivamente, visto que do contrário a exceção se tornaria regra, contrariando, portanto, o próprio espírito da norma.

3. Agravo interno improvido. (Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP: 2133582-72.2017.8.26.0000 SP 2133582-72.2017.8.26.0000)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. INDEFERIMENTO DE NOVA PROVA PERICIAL. DECISÃO AGRAVADA QUE NÃO SE ENQUADRA ENTRE AS HIPÓTESES PREVISTAS NO ROL TAXATIVO DO

ART. 1.015 DO CPC. TESE FIRMADA PELO STJ. MITIGAÇÃO DO ROL TAXATIVO NÃO APLICÁVEL. O Código de Processo Civil enumera um rol taxativo de decisões interlocutórias que poderão ser impugnadas por agravo de instrumento. Não estando o tema tratado na decisão agravada incluído nas hipóteses expressas do CPC, deve ser negado seguimento ao agravo de instrumento, por manifesta inadmissibilidade. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Agravo de Instrumento-Cv : AI 5401631-88.2020.8.13.0000 MG)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. HIPÓTESES DE CABIMENTO. ROL TAXATIVO. 1. As hipóteses em que cabível a interposição do recurso de Agravo de Instrumento estão elencadas em rol taxativo - ainda que passível de interpretação analógica -, previsto no art. 1.015 do CPC. Lição doutrinária. 2. Caso que a decisão recorrida não encontra guarida em qualquer das possibilidades previstas na legislação processual. Pagamento e valor dos honorários periciais. **AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA.** (Agravo de Instrumento, Nº 70083209163, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em: 13-11-2019)

Como podemos desprender das decisões acima, a teoria da taxatividade é bem recorrente nos tribunais, onde o entendimento que contra as decisões interlocutórias cabe o recurso de Agravo de instrumento somente as que estão elencadas no rol do artigo 1.015 do CPC.

Entretanto, nunca se tratou de um entendimento pacificado dentro dos tribunais, pois, temos algumas câmaras julgadoras que entendem pela interpretação extensiva e exemplificativa do artigo 1.015 do CPC. Senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. IMPOSIÇÃO DE MULTA. CABIMENTO. ROL EXEMPLIFICATIVO.

1. Preliminar de prevenção que não pode ser acolhida, considerando que a eminente Desembargadora não compunha o órgão julgador na época da distribuição. 2. O rol do artigo 1.015 do CPC/2015, é exemplificativo, admitindo outras hipóteses, em especial a dos autos que impõe multa. Não se mostra razoável a adoção de mandado de segurança, ou

aguardar o julgamento final, para impugnar a decisão. 3. Advogado que comparece a audiência de conciliação com poderes para transigir. Aplicação da multa pelo magistrado, nos termos do artigo 344, § 8º, do CPC/2015. Impossibilidade, considerando que o advogado pode realizar, a qualquer tempo, acordos em favor de seu cliente, através de um mandato com poderes específicos para transigir sobre o direito versado na ação, não é razoável que, somente para este primeiro ato, não seja possível o exercício do poder outorgado. Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do Desembargador Relator. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro TJ-RJ - AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 0027554-12.2017.8.19.0000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 11 VARA CIVEL)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. CABIMENTO. ROL EXEMPLIFICATIVO.

ARTIGO 1.015 DO CPC/2015. SUSPENSÃO DO PROCESSO.

Cuida-se de decisão interlocutória que suspendeu o processo. O rol do artigo 1.015 do CPC/2015, é exemplificativo, admitindo outras hipóteses, em especial a dos autos que determina a suspensão do processo. Não se mostra razoável a adoção de mandado de segurança, ou aguardar o julgamento final, para impugnar a decisão. No mérito, não socorre o agravante. Processo em curso na Comarca da Capital que discute a validade de ato jurídico que serviu para a alienação do bem em favor do agravante. Questão prejudicial externa que uma vez resolvida, poderá repercutir na solução da presente lide. Aplicabilidade do disposto no artigo 313, V, a do CPC/2015. Lição doutrinária e precedente jurisprudencial. Recurso conhecido e improvido, nos termos do voto do Desembargador Relator. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro TJ-RJ - AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 0042305-04.2017.8.19.0000 RIO DE JANEIRO CASIMIRO DE ABREU VARA UNIC)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. CABIMENTO. ROL EXEMPLIFICATIVO.

ARTIGO 1.015 DO CPC/2015. DECISÃO QUE REJEITA EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. Cuida-se de decisão interlocutória que rejeitou exceção de incompetência, diante de cláusula de eleição de foro. O rol do artigo 1.015 do CPC/2015, é exemplificativo, admitindo outras hipóteses, em especial a dos autos. Não se

mostra razoável a adoção de mandado de segurança, ou aguardar o julgamento final, para impugnar a decisão. No mérito, a hipótese não é de relação de consumo, considerando que o agravante não é destinatário final dos bens. A cláusula de foro de eleição é válida, ainda que se trate de contrato de adesão. Precedentes do E. STJ. Recurso conhecido e improvido, nos termos do voto do Desembargador Relator. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro TJ-RJ - AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 0024278-07.2016.8.19.0000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 3 VARA CIVEL)

Podemos analisar nas decisões acima que existem os mais variados assuntos que é dado provimento ao Agravo de Instrumento, mesmo que não haja previsão no rol do artigo 1.015 do CPC.

Por conta destas divergências nos tribunais, foi julgado em 2018, o REsp de nº 1.704.520, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que foi julgado e processado sob o rito de recursos repetitivos, para definir a natureza jurídica do rol do artigo 1.015 do CPC e acabar com controvérsia sobre o cabimento do recurso Agravo de Instrumento.

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS.

1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal.

2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as "situações que,

realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação”.

3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo.

4- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos.

5- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na reprivatização do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo.

6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade com interpretação restritiva serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, eis que somente se cogitará de preclusão nas hipóteses em que o recurso eventualmente interposto pela parte tenha sido admitido pelo Tribunal, estabelece-se neste ato um regime de transição

que modula os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica somente seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão.

8- Na hipótese, dá-se provimento em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que tange à competência.

9- Recurso especial conhecido e provido.

(RECURSO ESPECIAL Nº 1.704.520 - MT (2017/0271924-6)
RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI)

A Ministra relatora Nancy Andrighi, proferiu seu voto no sentido que existe a *mitigação da taxatividade* nas hipóteses do rol do artigo 1.015 do CPC, pois, se estabeleceu na doutrina e na jurisprudência, o que ela diz ser uma “séria e indissolúvel” controvérsia sobre o cabimento do recurso Agravo de Instrumento.

Nancy, em seu voto, arguiu como exemplo uma decisão que negue o segredo de justiça, que uma eventual negativa ao requerimento da parte, ao pé da letra pelo texto do legislador, não é uma decisão recorrível em sede de Agravo de Instrumento, seria somente por preliminares de Apelação e Contrarrazões, o que seria inútil, pois toda intimidade da parte já teria sido exposta pela publicidade processual.

A Ministra frisa que não tem a intenção, até porque seria impossível expor todos os exemplos, apenas tem o pensamento que pela utilidade do julgamento, não se pode admitir apenas algumas hipóteses definidas pelo legislador.

Para a Ministra, o cabimento do recurso Agravo de Instrumento deve ser interpretado em consonância com vontade do legislador, a qual, que Agravo é sempre cabível contra decisões que não podem esperar a discursão em sede de Apelação, mesmo que não esteja elencando no rol do artigo 1.015 do CPC.

Ou seja, a Ministra propôs a tese da *Taxatividade Mitigada* para o rol do artigo 1.015 do CPC, que admite a interposição do Agravo de Instrumento quando verificada a urgência no caso e que decorre de uma inutilidade do julgamento da questão em recurso de Apelação.

Por fim, a Ministra sustentou que não haverá preclusão se admitida a possibilidade de impugnação das decisões interlocutórias não previstas no rol do artigo 1.015 do CPC, em caso de caráter excepcional como requisito a urgência.

Desta forma, ficou definido no STJ, como Tema 988, a *Taxatividade Mitigada* do recurso do Agravo de Instrumento, que venceu por maioria de 7 a 5 (sete a cinco), que abriu precedentes para interposição do Agravo de Instrumento fora das hipóteses elencadas no rol do artigo 1.015 do CPC.

4 CONCLUSÃO

Podemos concluir que o recurso Agravo de Instrumento é o meio para combater decisões interlocutórias proferidas em primeira instância, com algumas hipóteses definidas no rol do artigo 1.015 do CPC.

O Agravo de Instrumento em sua história sofreu algumas mudanças com o advento de novos códigos de processo civil no ordenamento jurídico brasileiro, onde iniciou-se com uma taxatividade de hipóteses para sua propositura (CPC1939), mudou-se pela não taxatividade no código seguinte (1973) e, por fim, segue a atual sistemática do Novo Código de Processo Civil (2015), com as hipóteses definidas nos incisos do artigo 1.015.

Tais mudanças geraram vários discursos dentro da doutrina e jurisprudência, que concordavam e discordavam pela taxatividade das hipóteses, gerando inclusive um desconforto pela segurança jurídica sobre o cabimento do Agravo de Instrumento.

Depois de muitos debates na doutrina e decisões proferidas pelos Tribunais, com bastante divergências, foi julgado e processado o REsp de nº 1.704.520, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, Tema 988 no STJ, que definiu sobre a Taxatividade Mitigada do rol do artigo 1.015 do CPC.

Para a Ministra, a ideia do recurso de Agravo de Instrumento é para impugnar uma decisão que possa causar a parte algum prejuízo ou dano irreparável no curso do processo, ou seja, não pode ser taxativa as hipóteses, pois o legislador jamais conseguiria, de plano, idealizar todas.

Entretanto, a Ministra deixa claro que não é qualquer decisão pode ser passível de impugnação pelo Agravo de Instrumento, a parte deve apresentar a urgência e demonstrar com clareza o prejuízo e dano irreparável que pode sofrer.

De uma certa forma, podemos imaginar que no voto proferido Ministra Nancy Andrighi, o cabimento do Agravo de Instrumento de uma decisão não prevista no rol do artigo 1.015 do CPC, fica parecido com um pedido de liminar, onde é necessário

que a parte mostre aos julgadores a necessidade imediata da revisão da decisão, pois caso contrário, o prejuízo pode ser irreparável e o pedido não fazer mais sentido em recorrer em preliminares de Apelação ou contrarrazões.

REFERÊNCIAS

Publicado na Revista Justiça & História – vol. 9, n. 17-18, 2012
http://www1.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaicho/revista_justica_e_historia CAMPOS, Francisco. A consolidação jurídica do regime. In: O Estado Nacional. Brasil: Editora SSETSF, 2001.

Beltrame, Renan. Novo Código de Processo Civil: histórico, pontos fundamentais e mudanças. <https://www.aurum.com.br/blog/novo-codigo-de-processo-civil>

ROMANO, Rogério Tadeu. O AGRAVO DE INSTRUMENTO E O AGRAVO NOS AUTOS DO PROCESSO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939. <https://jus.com.br/artigos/78700/o-agravo-de-instrumento-e-o-agravo-nos-autos-do-processo-no-codigo-de-processo-civil-de-1939>

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme et al., Novo Código de Processo Civil Comentado, v. XVI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. Comentário ao artigo 1015 do CPC. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca (et. al.). Execução e Recursos: comentários ao CPC de 2015, Vol. 3. São Paulo: Método, 2017, p. 1070

(FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias in Revista de Processo nº 263, São Paulo: RT, jan. 2017, p. 193/203).

<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861358340/agravo-de-instrumento-ai-805138620198190000>

<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/776193278/agravo-de-instrumento-ai-650917120198190000>

<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/507323571/21335827220178260000-sp-2133582-7220178260000>

<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1178817304/agravo-de-instrumento-cv-ai-10000205401623001-mg>

<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/782094513/agravo-de-instrumento-ai-70083209163-rs>

<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/516902586/agravo-de-instrumento-ai-275541220178190000-rio-de-janeiro-capital-11-vara-civel>

<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/579184372/agravo-de-instrumento-ai-423050420178190000-rio-de-janeiro-casimiro-de-abreu-vara-unica>

<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/365356923/agravo-de-instrumento-ai-242780720168190000-rio-de-janeiro-capital-3-vara-civel>

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661785891/recurso-especial-resp-1704520-mt-2017-0271924-6/inteiro-teor-661785899>

GUARDA COMPARTILHADA: MELHORES CONDIÇÕES PARA OS FILHOS OU IGNORÂNCIA DOS PAIS.

ALEXANDRE TORRES DOS SANTOS:

Bacharelado em Direito pela Universidade Unirg, Gurupi/TO.

VERÔNICA SILVA DO PRADO DICONZI²¹

(orientadora)

Resumo: A fixação da guarda é um dos reflexos da separação que necessita ser debatida entre os genitores que dissolvem a união estável ou o casamento. Desde a entrada em vigor da Lei nº 13.058/2014, que alterou o Código Civil, a regra legal é da aplicação da guarda compartilhada, modalidade que tem como característica essencial o compartilhamento e exercício conjunto da guarda dos filhos. Nela, ambos os genitores exercem os direitos e deveres decorrentes do poder familiar. Considerando as disposições legais contidas no Código Civil, a pesquisa objetiva debater o instituto da guarda compartilhada tendo em vista as melhores condições para os filhos e a ignorância de seus pais. Através de Pesquisa bibliográfica e exploratória, com análise qualitativa dos conteúdos acerca do tema, o trabalho irá discutir a guarda compartilhada segundo as leis e doutrinas e apontar que a sua fixação é a medida que melhor atende aos interesses das crianças e adolescentes, por ser a modalidade que prioriza o menor envolvido, deixando de lado os conflitos secundários que possam existir entre os genitores após o término do casamento.

Palavras-chave: Código Civil. Guarda compartilhada. Interesse do menor. Conflito dos pais.

Abstract: The fixation of the guard is one of the reflexes of the separation that needs to be debated among the parents who dissolve the stable union or marriage. Since the entry into force of Law No. 13,058 / 2014, which amended the Civil Code, the legal rule is the application of shared custody, a modality that has as its essential characteristic the sharing and joint exercise of custody of children. In it, both parents exercise the rights and duties arising from family power. Considering the legal provisions contained

²¹ Graduada em Direito na FAFICH (2000); Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista pela Anhanguera (2005); Mestre em Gestão Pública pela UFT (2018); Professora na Unitins de Palmas/TO (2019 aos dias atuais). Diretora-Geral da ESA-TO (Gestão atual), Professor Universitário de Direito na Universidade UnirG, Gurupi/TO

in the Civil Code, the research aims to discuss the institute of shared custody in view of the best conditions for the children and the ignorance of their parents. Through bibliographical and exploratory research, with qualitative analysis of the contents on the theme, the work will discuss shared custody according to laws and doctrines and point out that its fixation is the measure that best meets the interests of children and adolescents, as it is the modality that prioritizes the minor involved, leaving aside the secondary conflicts that may exist between the parents after the end of the marriage.

Keywords: Civil Code. Shared custody. Minor interest. Parental conflict.

Sumário: Introdução. 1. transtorno do espectro autista 2. Dos direitos e garantias constitucionais ao portador de TEA. 3. Lei Romeo Mion e a importância da carteira de identificação da pessoa com transtorno do espectro autista (CIPTÉA) 4. terceiro setor e o TEA 5. lei nº 12.764/2012: política nacional de proteção dos direitos da pessoa com TEA. 6. Contexto Social e o Autismo. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A dissolução do casamento ou da união estável é uma matéria que sempre é objeto de debate no direito de família por ser um período delicado em que os integrantes da família sofrem uma expressiva alteração, com saída do lar e etc. Os filhos do ex-casal são afetados com a nova realidade, e passam a conviver com seus genitores de um modo diferente, com o convívio de forma individualizada e em lares diversos.

Na maioria dos casos, a guarda dos filhos é uma das matérias a serem resolvidas já no momento em que a ruptura acontece, momento que o filho ficará sob a guarda exclusiva de um deles ou sobre a modalidade compartilhada, regra atual do Código Civil.

Infelizmente, esse instituto é um dos mecanismos de conflito utilizados pelos genitores inconformados com o término do relacionamento, situação que não deveria acontecer por causar danos aos filhos. O fundamento que deve permear a discussão da guarda deve sempre ser a busca por melhores condições de criação da criança e do adolescente.

Assim sendo, o objetivo deste trabalho é conscientizar e apontar os critérios que devem nortear os genitores e o julgador ao fixar o regime de guarda dos filhos, para garantir a eles as condições necessárias ao crescimento sadio, em local harmonioso que lhe assegure seus direitos como pessoa humana em formação.

No decorrer do estudo serão explanados os aspectos legais da guarda compartilhada - hoje considerada a espécie que melhor atende aos interesses dos

filhos, e os efeitos que a sua não fixação pode desencadear para os filhos e para os pais, destacando os elementos que devem ser considerados pelo Magistrado ao optar por tal regime quando ele diverge dos interesses dos pais.

1. Separação dos Pais e seus Reflexos

A escolha pela ruptura de um vínculo conjugal ou de união estável é uma decisão que compete exclusivamente aos parceiros, contudo é inegável que essa tomada de decisão interfere na vida dos demais, principalmente os filhos, que são submetidos a uma nova realidade.

Com o divórcio, um dos genitores se muda para outro local e a rotina da criança e do adolescente sobre uma mudança significativa, tendo a convivência com um deles reduzida em razão do afastamento do lar.

o divórcio abrange certo receio em relação ao novo mundo que os envolvidos terão que enfrentar, faz surgir um turbilhão de emoções que torna a vida de um ou de outro ainda mais tenso. Nesse sentido, o divórcio torna-se traumático para crianças, mesmo que elas não sejam capazes de compreender completamente suas implicações que tornam às vezes complexas, diante dessa situação é muito importante à atitude coesiva e equilibrada dos pais para evitar danos futuros que teriam um período impresumível no desenvolvimento emocional na maioria das crianças. Desse modo, a crise familiar é sentida pela criança como uma perda, por mais adaptada que ela esteja com a situação, ela vive numa mistura de sentimentos, pois, as crianças são muitos sensíveis, espertas e atentas ao ambiente familiar, e percebem o clima de tensão ou de harmonia que é construído entre os pais (MELO e MICCIONE, 2014, p.7).

Para impedir a ocorrência destas situações, a legislação brasileira tem avançado ao longo das últimas décadas com o propósito de tornar a dissolução menos penosa para os filhos, que tem direito ao convívio com ambos os genitores.

O Código Civil determina que os genitores, ao se separarem, deverão estipular, em comum acordo ou por decisão judicial, os direitos aos alimentos, à visita, convivência e guarda, essenciais para manter a relação de afeto dos filhos com seus genitores.

Por muitos anos, vigorou o posicionamento majoritário de que a guarda dos filhos menores deveria ser concedida à mãe, por ser ela a principal responsável pelo cuidado dos filhos enquanto ao pai cabia o papel de trabalhar e prover o sustento familiar (TARTUCE, 2015). Hoje em dia prevalece a fixação da guarda que assegurar melhores condições à formação do filho, conforme determina o princípio do melhor interesse do menor..

2. Guarda e a Proteção aos Interesses do Menor

A guarda é um dos principais temas do direito de família, porque discute a convivência dos pais com seus filhos após a dissolução de um casamento ou de uma união estável. A sua regulamentação evoluiu ao longo dos anos para assegurar os direitos dos pais e dos filhos à convivência mútua.

Com a ruptura do casamento, compete aos pais de filhos menores de idade o estabelecimento dos aspectos de sustento e convivência de ambos com seus descendentes.

O Código Civil, ao dispor sobre a dissolução da união conjugal deixa claro em seu artigo 1.579 que “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”(BRASIL, 2002).

Este dispositivo legal busca assegurar a proteção aos interesses das crianças e dos adolescentes, que inevitavelmente são inseridos no processo de separação por estarem fixados no termo de divórcio os direitos aos alimentos, convívio e guarda.

O dever de cuidado e criação dos filhos é resultado do Poder Familiar do qual os dois genitores são detentores de forma igualitária. Carlos Roberto Gonçalves assim o define:

Modernamente, graças à influência do Cristianismo, o poder familiar constitui um conjunto de deveres, transformando-se em instituto de caráter eminentemente protetivo, que transcende a órbita do direito privado para ingressar no âmbito do direito público. Interessa ao Estado, com efeito, assegurar a proteção das gerações novas, que representam o futuro da sociedade e da nação. Desse modo, o poder familiar nada mais é do que um munus público, imposto pelo Estado aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos. Em outras palavras, o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores, em atenção ao princípio da paternidade

responsável insculpido no art. 226, § 7º, da Constituição Federal (GONÇALVES, 2017, p. 536).

Esse direito-dever não sofre alteração em razão da separação, do divórcio ou da dissolução da união estável. Portanto, a relação entre os genitores e seus filhos deve permanecer (BRASIL, 2002), respeitada as condições fixadas no regime de guarda adotado.

Esses deveres estão expressos no artigo 1.634 do Código Civil, que estabelece:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014) (BRASIL, 2002).

Como explanado acima, a dissolução do casamento ou da união estável não altera o poder familiar, exceto no que se refere ao direito à guarda, que pode ficar a cargo de apenas um dos genitores (GONÇALVES, 2017).

A guarda “representa a convivência do guardião com o menor sob o mesmo teto e o dever de prover a assistência material ao que for necessário à sobrevivência física e moral e o seu pleno desenvolvimento psíquico” (MADALENO apud LIMA, 2019, p.1).

Está regulamentada no artigo 1.583, que determina que ela possa ser tanto unilateral quanto compartilhada, a depender do caso concreto (BRASIL, 2002). A fixação da guarda pode ser definida de forma consensual ou por determinação do magistrado, quando os dois genitores demonstrarem interesse pela guarda dos filhos.

Desde o ano de 2014, vigora no direito de família brasileiro a regra de fixação da guarda compartilhada, cuja fixação será estudada no tópico subsequente.

3. A Fixação da Guarda Compartilhada

A Guarda está disciplinada no artigo 1.583 do Código Civil, estando a modalidade compartilhada definida no parágrafo 1º do dispositivo, cujo conceito legal é o seguinte:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 1º - Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008) (BRASIL, 2002).

De acordo com Ricardo Lima, a guarda compartilhada, “é aquela exercida por ambos os pais, que conjuntamente se responsabilizam por todas as decisões relevantes relacionadas ao bem-estar dos filhos.” (LIMA, 2019, p.1).

Para Rolf Madaleno, a Guarda compartilhada consiste no

coexercício dos pais acerca da sua responsabilidade com respeito ao sadio desenvolvimento mental de seus filhos comuns, porquanto, eles repartem estas suas naturais responsabilidades como pais, sem que a custódia conjunta represente uma rotatividade de residências, como infelizmente, muitos confundem com a guarda alternada, na qual se alternam ou se dividem os dias de permanência dos pais com seus filhos (MADALENO, 2018, p. 574).

A guarda compartilhada pode ser fixada tanto por consenso entre os genitores quanto por determinação judicial, medida adotada quando existe discussão dos pais quanto à guarda dos filhos. Nessas situações, o §2º do artigo 1.584 determina a fixação da guarda compartilhada como a regra a ser adotada pelo Juízo da Vara da Família (BRASIL, 2002).

O sistema introduzido pela citada Lei n. 13.058/2014 deixa de priorizar a guarda individual. Além de definir o que é guarda unilateral e guarda compartilhada, dá preferência ao compartilhamento (CC, art. 1.584, § 2º), por garantir maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento da prole (GONÇALVES, 2017, p. 376).

Para a doutrina, a guarda compartilhada é a espécie que prioriza os interesses dos menores e sua saúde emocional.

guarda compartilhada ou conjunta — modalidade preferível em nosso sistema, de inegáveis vantagens, mormente sob o prisma da repercussão psicológica na prole, se comparada a qualquer das outras. Nesse tipo de guarda, não há exclusividade em seu exercício. Tanto o pai quanto a mãe detém-na e são corresponsáveis pela condução da vida dos filhos 302. O próprio legislador a diferencia da modalidade unilateral: “art. 1.583, § 1.º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos

genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5.º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2015, p.715).

A adoção do regime de guarda deve considerar os interesses dos filhos, para impedir que a disputa dos pais apenas para causar sofrimento ao outro não prevaleça sobre os interesses dos filhos, que devem ser considerados a prioridade no momento da fixação da guarda. Uma vez fixada a modalidade compartilhada, estão os genitores sujeitos ao cumprimento de direitos e obrigações decorrentes ao seu exercício.

4. Direitos e Obrigações na Guarda Compartilhada

Quando os genitores passam a deter a guarda compartilhada dos filhos, eles automaticamente passam a participar mais ativamente do dia a dia dos menores, já que nesse regime “o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”, conforme dispõe o §2º do artigo 1.583 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Em contraposição à guarda unilateral, em que a maior parte das obrigações eram exercidas apenas pelo genitor que detinha essa função, na modalidade compartilhada ambos são corresponsáveis pelo cuidado dos filhos, de modo a permanecerem exercendo sua função de genitor tal qual ocorria na constância da união.

A guarda compartilhada procura fazer com que os pais, apesar da sua separação pessoal e vivendo em lares diferentes, continuem sendo responsáveis pela formação, criação, educação e manutenção de seus filhos e sigam responsáveis pelo integral desenvolvimento da prole, mesmo estando separados de fato ou divorciados, obrigando-se a realizarem da melhor forma possível suas funções parentais. A prática dual da custódia considera a possibilidade de os pais seguirem exercendo o poder familiar, tal como ocorria enquanto coabitavam, correpartindo a responsabilidade que têm com suas funções parentais e com as decisões relativas aos filhos menores e incapazes (MADALENO, 2018, p. 566/567).

Ou seja, a guarda compartilhada torna os genitores iguais em direitos e deveres em relação ao filho, de modo que nenhum deles tem sua convivência restrita e desigual, como ocorre na guarda unilateral.

Com o advento da Lei n. 13.058/2014, ocorreu uma verdadeira bifurcação da guarda compartilhada em seu elemento exercício compartilhado do poder familiar, passando a importar o tempo equilibrado de permanência física dos genitores, transmutando a guarda alternada em um complemento do poder familiar, justamente quando relevante é a qualidade do exercício do poder familiar, e não a posse física dos filhos, que terminam confinados em duas moradias distintas, com cada genitor usufruindo de seu direito e nenhum deles exercendo o direito superior dos filhos (MADALENO, 2018, p.569).

Deste modo, tanto o pai quanto a mãe tem o mesmo direito a tomar decisões acerca do estudo, alimentação e cuidados em geral das crianças e adolescentes, sendo que mesmo que o local de residência do filho seja de um genitor, aquele que reside em local diverso deve ter ampla participação na tomada de decisões e acesso ao filho, para que o convívio seja equilibrado, conforme determina a Lei.

Os termos desta convivência podem ser definidos pelos pais ou pelo juízo, a depender da situação, conforme determina a norma:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

[...]

§ 3^o Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe (BRASIL, 2002).

Portanto, ambos os genitores terão o dever de exercer as funções decorrentes do poder familiar que estão elencados no artigo 1.634 do Código Civil, que são, ao mesmo tempo, direitos e deveres de proteção dos filhos, já que o direito a convivência vem acompanhada do dever de zelo e cuidado de que os pais são detentores até a maioridade dos filhos.

São esses os direitos e deveres dos genitores quando fixada a guarda compartilhada, situação que é distinta quando o regime adotado é diverso do aqui tratado, o qual possui outras regras e consequências a serem enfrentadas pelos filhos e seus pais.

5. As Consequências da fixação da Guarda Compartilhada: Interesses dos Filhos X Pais

Apesar da guarda compartilhada ser a regra legal estimulada pelos dispositivos legais, existe situações em que ela não é fixada e prevalece o regime de guarda unilateral, que antigamente era aplicado na grande maioria dos casos.

Conforme explanado nas linhas anteriores, a guarda pode ser fixada tanto por consenso entre os genitores quanto por decisão judicial, quando as partes não chegam a um denominador comum (BRASIL, 2002).

Em alguns casos, os genitores não concordam em partilhar a guarda do filho por motivo diverso do esperado. Na maioria dos casos o conflito é resultado das magoas decorrentes do término da relação. Inconformado, o genitor pode se utilizar do filho como meio de punir o outro, com seu afastamento do convívio diário.

Nessas hipóteses, os genitores se afastam do verdadeiro objetivo da guarda, que é o cuidado e formação dos filhos e passam a disputar o filho como meio de “punir” aquele que optou pelo fim da relação conjugal, situação que pode desencadear atos de alienação parental.

Ainda que se deva respeitar a deliberação dos genitores, é preciso atentar para o momento de absoluta fragilidade emocional em que eles se encontram quando da separação. Daí a recomendação ao juiz para que mostre as vantagens da guarda compartilhada (CC 1.583 § 1.º). O estado de beligerância, que se instala com a separação, acaba se refletindo nos próprios filhos, que, muitas vezes, são usados como instrumento de vingança pelas mágoas acumuladas durante o período da vida em comum. Mesmo que a definição do regime de convívio esteja a cargo dos pais, é necessária a chancela judicial, que só ocorre após a ouvida do Ministério Público. Na ação de divórcio, é indispensável que tais questões fiquem definidas, não só quando se trata de divórcio consensual (CPC 731 II). Nas demandas litigiosas, com muito mais razão. Reconhecendo o juiz que o acordado pelos pais não atende aos interesses dos filhos, pode determinar a guarda compartilhada (DIAS, 2016, p.854).

É por isso que o artigo 1.584, §2º estabelece que mesmo em situações de conflito, o julgador deve ater-se aos interesses dos fixos e buscar a aplicação da regra legal de compartilhamento da guarda, a qual somente é afastada quando o conflito entre os genitores extrapola a ponto de ser mais prejudicial aos envolvidos o compartilhamento da guarda.

Quando isto ocorre e a guarda é unilateralmente exercida por um dos genitores, surgem consequências para os pais e para os filhos. Assim dispõe o Código Civil:

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente (BRASIL, 2002).

Portanto, quando a guarda é unilateral, permanecem os direitos e deveres decorrentes do poder familiar, contudo fica a cargo apenas do guardião o direito de ter o filho residindo consigo, sendo o responsável pela tomada de decisões em relação ao cuidado do filho, enquanto que o não guardião fica encarregado de supervisionar os interesses de seus filhos, já que "o fato de o filho estar sob a guarda unilateral de um não subtrai do outro o direito de convivência. Mesmo que o filho não esteja na sua companhia, está sob sua autoridade. (DIAS, 2016, p.764)".

Além disso, também fica a cargo do genitor não guardião o dever de prestar alimentos que, conforme dispõe o artigo 1.694, §2º do Código Civil, será fixado em valor proporcional a atender o binômio necessidade/capacidade do alimentante e do alimentado (BRASIL, 2002).

Conforme já dito, é somente em casos extremos de conflito que a guarda unilateral é fixada, ou seja, quando a ignorância dos genitores é tamanha a ponto de não priorizarem o interesse dos filhos e permanecerem em conflito após o término do casamento, situação que afeta diretamente o direito à convivência garantida as crianças e adolescentes em fase de crescimento. É fato que os genitores são afetados, mas as consequências para os filhos são ainda piores.

Caso a guarda compartilhada não seja fixada, ficará o filho prejudicado por não ter contato com os seus genitores de forma igualitária, já que sua convivência ficará restrita aos dias de visitas previamente estabelecidos.

A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia - isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras (DIAS, 2016, p.856).

Ou seja, a fixação da guarda unilateral por motivo diverso do esperado, isto é, motivada por conflito entre os genitores mostra-se prejudicial para a formação dos filhos, já que a interpretação legal atual é de que deve ser priorizado o interesse do filho quando fixada a guarda, em razão do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

É evidente que a guarda unilateral também resguarda os direitos do genitor não guardião, que permanece detentor de suas funções decorrentes do poder familiar (DIAS, 2016), contudo devemos buscar tornar a convivência com os genitores mais aproximada possível da igualdade, para que a relação do filho e dos pais não seja afetada pelo término do relacionamento.

Assim sendo, devem os genitores tomarem consciência dos direitos de seus filhos e priorizá-los a todo tempo, a fim de que as mágoas entre si não afetem a relação afetiva que deve existir entre pais e filhos. Optar pela guarda compartilhada é um primeiro passo rumo a esse objetivo, motivo pelo qual deve ser fixado sempre que possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos reflexos legais do fim de um casamento ou de uma união estável é a fixação do regime de guarda dos filhos do ex casal, haja vista que o fim do relacionamento não interfere nos direitos e deveres de proteção que os pais tem em relação aos seus filhos menores de idade.

Deste modo, tanto a mãe quanto o pai tem o dever legal de criar seus filhos e com eles manter contato através do instituto da guarda, que pode ser exercida de forma unilateral ou compartilhada.

A redação atual do parágrafo 1º do artigo 1.583 do Código Civil define a guarda compartilhada como sendo aquela em que os pais e mães são corresponsáveis pela guarda do filho, ainda que residam em locais diversos, esta tida como regra legal segundo o artigo 1.548, §2º do CC/2002.

Portanto, prevalece no ordenamento jurídico brasileiro a preferencia pela fixação da guarda compartilhada, que pode ser estabelecida a pedido dos genitores

ou por decisão judicial, por ser o regime apontado pela doutrina como o que melhor atende aos interesses das crianças e dos adolescentes.

Através da guarda compartilhada, o filho tem garantido o mesmo tempo de convívio com os dois genitores, ainda que possua residência fixa com apenas um deles, posto que as visitas e o contato é ampliado de modo a assegurar os direitos iguais dos genitores.

Apesar de ser a regra adotada pelo legislador, existem situações em que a ignorância dos genitores, motivada pelos conflitos do término do relacionamento, acabam por tornar inviável o compartilhamento da guarda e surge a disputa pela sua fixação de forma unilateral.

Acontece que tais conflitos são motivados por interesses diversos do que o dos filhos, os quais devem sempre ser o fator primordial. Assim sendo, a opção pela fixação de guarda unilateral somente deveria ocorrer quando comprovado que é o meio que garante melhores condições aos filhos e não aos seus pais.

Portanto, cabe aos genitores tomarem a consciência de que este instituto é para a garantia dos direitos dos filhos, e que os conflitos devem ser deixados de lado para que o melhor interesse das crianças seja assegurado. Essa percepção deve ser atingida pelos genitores e pelo julgador. Seja em qual for, é essencial que o interesse dos filhos se sobreponha aos demais, tendo em vista sua proteção assegurada pela Constituição Federal Brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 18 abr. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** [livro eletrônico]. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil, volume 6: direito de família**. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família**. – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Ricardo. Guarda compartilhada: tudo o que você precisa saber. **Jus**, 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73581/guarda-compartilhada-tudo-o-que-voce-precisa-saber>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. – 8.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MELO, Neiva Soares de Almeida; MICCIONE, Mariana Morais. **As consequências do divórcio dos pais sobre o desenvolvimento infantil**: contribuição da abordagem cognitivo-comportamental. Estação Científica – Juiz de Fora, nº 12, julho-dezembro, 2014. Disponível em: <https://portal.estacio.br/docs%5Crevista_estacao_cientifica/03.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v.5: Direito de Família**. – 12. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OAB/DF, Diretoria *et al.* **Cartilha Dos Direitos Das Pessoas Com Transtorno Do Espectro Autista**. 2015. Disponível em: <https://www.oabdf.org.br/wp-content/uploads/2015/09/CartilhadosDireitosdaPessoacomAutismo.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

OLIVEIRA, Danyele de. **Os Direitos a Garantias de Pessoas Com Transtorno Espectro Autista**. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/180/os-direitos-a-garantias-de-pessoas-com-transtorno-espectro-autista/>. Acesso em: 25 abr. 2021

SBP. Transtorno do Espectro do Autismo, Sbp.com.br, 2019. Disponível em: <https://www.sbp.com.br/imprensa/detalhe/nid/transtorno-do-espectro-do-autismo/>. Acesso em 07/04/2021.

SENADO, Agência. **Políticas públicas em favor de autistas serão votadas pela CDH em abril, anuncia Paim Fonte: Agência Senado**. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/04/01/politicas-publicas-em-favor-de-autistas-serao-votadas-pela-cdh-em-abril-anuncia-paim>. Acesso em: 25 abr. 2021.

SOUZA, Jessica. **Lei Romeo Mion é sancionada e dará prioridade a autistas em serviços públicos e privados**. 2020. Disponível: <https://www.google.com.br/amp/s/razoesparaacreditar.com/leio-romeo-mion-sancionada/amp/>. Acesso: 10 de abril de 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO TJ-PE - Agravo : AGV 0011193-42.2015.8.17.0000 PE Relator: José Fernandes, Data de Julgamento: 16/12/2015, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 21/01/2016. Disponível em: <https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/299702030/agravo-agv-3996996-pe>. Acesso: 10 de abril de 2021.

A PANDEMIA COMO EMPECILHO PARA A EFETIVAÇÃO DOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DE PALMAS

DENISE SOARES DIAS: Bacharel em Comunicação Social – rádio e TV – Universidade Federal do Tocantins, 2002. Especialista em Assessoria de Imprensa e Novas Mídias – Ibepe, 2004. Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

ÊNIO WALCACER DE OLIVEIRA FILHO²²

(orientador)

RESUMO: Analisa-se a efetividade dos Acordos de Não Persecução Penal firmados no âmbito do Ministério Público do Tocantins, especificamente, nas Promotorias de Justiça com atuação criminal de Palmas, a partir promulgação da Lei n. 13.964 (BRASIL, 2019) (Lei Anticrime), que introduziu, em fevereiro de 2020, no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), o referido instituto. Enfoca-se o novo paradigma de atuação decorrente da instituição dos Acordos de Não Persecução Penal e o caráter resolutivo conferido ao Ministério Público na solução dos conflitos, de forma mais célere e menos burocrática. Com pouco mais de um ano de vigência desse instituto, a pesquisa buscou levantar números dos acordos já firmados e entender os motivos pelos quais a lei ainda não surtiu o efeito esperado, que é de desafogar os procedimentos criminais na Justiça.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal; Consensual; Ministério Público; Negócio Jurídico; Política Criminal.

ABSTRACT: The effectiveness of the Non - Criminal Prosecution Agreements signed within the State Prosecution's Office of the State of Tocantins is analyzed, specifically, in the Prosecutor's Offices of the city of Palmas, with criminal activities, since the enactment of the Law n. 13.964 (BRASIL, 2019) (Anticrime Law), which introduced, in February of 2020, in the Criminal Procedure Code (BRASIL, 1941), the referred institute. The focus is on the new paradigm of action resulting from the institution of Non-Criminal Prosecution Agreements and the resolute character given to the State

²² Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, especialista em Ciências Criminais e em Direito e Processo Administrativo. Graduado em Direito e em Comunicação Social, pela Universidade Federal do Tocantins. Professor de Processo Penal e Direito Penal. Autor de obras jurídicas. Delegado da Polícia Civil do Tocantins.

Prosecution's Office in the solution of conflicts, in a faster and less bureaucratic way. A little more than a year after this institute came into effect, the research sought to collect the numbers of agreements already signed and understand the reasons why the law has not yet had the expected effect, which is to relieve the criminal proceedings in the Courts.

Keywords: Agreement and Non- Criminal Prosecution; Consensual; State Prosecution; Legal Business; Criminal Politics.

Sumário: 1 Introdução; 2 A Crise do Sistema Penal e a Ineficiência da Política Criminal na Pós-Modernidade; 3 Justiça negocial como modelo jurídico-penal e a introdução dos Acordos de Não Persecução Penal na Política Criminal Brasileira; 3.1 Institutos consensuais do ordenamento jurídico brasileiro; 3.2 O princípio da obrigatoriedade da Ação Penal; 4 O Acordo de Não Persecução Penal; 5 A Pandemia do Coronavírus e as medidas adotadas no âmbito do poder judiciário para realização de audiências e julgamentos; 6 ANPP no Ministério Público do Tocantins; 7 Pandemia do Coronavírus e seus reflexos na efetivação dos Acordos de Não Persecução Penal nas Promotorias de Justiça da Capital; 8 Considerações Finais.

1 INTRODUÇÃO

O Relatório Justiça em Números 2019, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apontou a existência de 78,7 milhões de processos pendentes na Justiça brasileira, no ano de 2018 (CNJ, 2019). Os números foram apresentados pelo então presidente do CNJ e presidente do Supremo Tribunal de Justiça (STF), Dias Toffoli, durante solenidade que expôs as propostas e metas nacionais dos segmentos da Justiça para 2020. Toffoli considerou o cenário positivo, tendo em vista que houve uma pequena redução em comparação ao ano anterior, quando se contabilizavam 79,6 milhões. Apesar da redução, no comparativo apresentado no Jornal o Globo, revelou-se que o estoque de processos aumentou 30% em uma década (BRÍGIDO, 2019).

A reportagem ainda destaca que um estudo do CNJ estimou que o tempo de tramitação de uma ação criminal é maior do que os demais processos. Enquanto o processo criminal leva, em média, três anos e dez meses, as demais ações tramitam, de modo geral, em tempo estimado de dois anos e cinco meses na Justiça Estadual de primeiro grau (BRÍGIDO, 2019).

Ainda sobre o sistema penal, o relatório do CNJ identificou que no ano de 2018, havia 1,6 milhão de execuções pendentes, deste número, 63,9% relacionadas às sanções com pena de prisão.

Os índices apresentados no relatório revelam que o Sistema Penal brasileiro se encontra em situação de acúmulo de procedimentos na esfera penal. O aumento excessivo do número de processos leva à sobrecarga dos sistemas judiciários criminais, situação agravada pela morosidade do processo penal (BRÍGIDO, 2019).

O Ministério Público, como titular da ação penal pública e parte do sistema persecutório penal, enfrenta inúmeros desafios no sentido de equacionar e dar vazão, de forma célere, racional e eficiente, aos procedimentos que aportam nas Promotorias de Justiça e, acima de tudo, em dar respostas aos casos penais, assim como já vem ocorrendo em outras áreas do direito.

Quanto aos métodos de solução consensual de conflitos, a busca de resolução de casos penais relativos a crimes de médio e pequeno potencial ofensivo, por meio da justiça negocial, evolui muito timidamente em nossa legislação desde a sua primeira legislação no ordenamento pós Constituição de 1988.

Os primeiros dispositivos legais de negociação no sistema penal brasileiro foram aqueles relativos aos instrumentos de colaboração premiada. Em sequência cronológica estes dispositivos tiveram como primeiro modelo aquele tratado na legislação dos Crimes Hediondos (art. 8º, Parágrafo único da Lei 8.072) no ano de 1990, de forma genérica, sem um sistema e regras claras para aplicação (BRASIL, 1990a). Passados 5 anos, foi inserida na primeira legislação de Organizações Criminosas (art. 6º da Lei 9.034) (BRASIL, 1995a), seguindo a inclusão na Lei 9.080 (BRASIL, 1995b), que rege os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, sendo incluído, no mesmo ano, na lei de regência dos crimes contra a Ordem Econômica (Lei 7.429) (BRASIL, 1986) e também das Relações de Consumo (Lei 8.137) (BRASIL, 1990b).

No Código Penal (BRASIL, 1940) foi inserida como possibilidade para o crime de extorsão mediante sequestro em 1996, sendo posteriormente disciplinada na Lei de Lavagem de Dinheiro (Art. 1, §5º da Lei 9.613/1998), sendo um ano depois incluída na legislação que trata da Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas (Art. 13 a 15 da Lei 9.807) (BRASIL, 1999). Foi inserida então na Lei de Drogas (art. 41 da Lei 11.343) (BRASIL, 2006) e tem como expoente mais moderno e delineado o disposto na Lei 12.850 (BRASIL, 2013), com os aprimoramentos trazidos pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964) (BRASIL, 2019a).

Além disso, a justiça negocial ganhou contornos mais densos no trato com os crimes de menor potencial ofensivo, tais como a Transação Penal, prevista no art. 76

da Lei 9.099 de 1995, e a previsão da Suspensão Condicional do Processo, disposta no art. 89 da mesma lei.

Com a promulgação da Lei Anticrime n. 13.964 (BRASIL, 2019b), surgiu a figura do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), que introduziu no sistema de justiça, a partir de fevereiro de 2020, o art. 28-A no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Antonio Suxberger, um dos responsáveis pelos estudos que deram origem à Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP, 2017), que instituiu os Acordos de Não Persecução Penal, atribuiu a dificuldade de aplicação dos acordos não à ausência de previsão normativa, mas à necessária mudança de mentalidade de grande parte dos operadores do direito, que enxergavam o método tradicional, a judicialização, como o mais simplificado. Suxberger (2020) reforça que esta questão deve ser tratada como uma política de Estado, sobretudo porque os acordos trazem como paradigma a possível reparação do bem jurídico violado, vez que lança um olhar também para a vítima.

O Acordo de Não Persecução Penal, introduzido pelo Pacote Anticrime, traz um sistema mais completo de política penal negocial, nos moldes do ocorrido com o Acordo de Colaboração Premiada, que permitiu a negociação consensual para evitar os dissabores de toda a marcha processual, seja sob a ótica dos estigmas impostos ao acusado, seja sob a ótica dos custos decorrentes da utilização dos diversos sujeitos da persecução penal. Além disso, detém um caráter despenalizador, esquivando-se do cumprimento de pena no sistema carcerário e os altos custos dele decorrentes, considerando-se ainda o baixo índice de ressocialização já conhecida.

Diante desta novidade trazida à persecução penal, o Ministério Público do Tocantins (MPTO) tem dado os primeiros passos para a efetivação do instituto, com a vantagem de já ter iniciado a aplicação de instituto similar, antes previsto na Resolução 181 do CNMP (CNMP, 2017), e ainda o apoio dado institucionalmente com a criação do Núcleo de Apoio aos Acordos de Não Persecução Penal (NUANPP), unidade que detém a atribuição de prestar auxílio e assessoramento aos órgãos de execução penal.

Mesmo com a vigência da lei há pouco mais de um ano, alguns órgãos de execução do MPTO ainda não têm colocado em prática a celebração dos acordos, situação decorrente da crise sanitária imposta pela pandemia do Covid-19, que impediu o chamamento do investigado e do seu defensor para apresentar-lhes as condições do ato.

Como ainda não há, no Ministério Público do Tocantins, a concentração de dados acerca do número de acordos firmados pelos órgãos de execução com atribuição na área criminal, o levantamento de informações foi realizado diretamente junto às Promotorias de Justiça objetos deste estudo.

O objetivo deste estudo é verificar o fluxo de procedimentos aportados nas Promotorias de Justiça Criminais de Palmas, exceto naquela com atribuição nos crimes dolosos contra a vida e na Promotora de Justiça Ambiental, no ano de 2020 e nos primeiros meses de 2021, passíveis de celebração de Acordos de Não Persecução Penal. Ressalta-se, no entanto, que tais acordos continuam paralisados em razão da pandemia, o que resultou na suspensão das audiências presenciais e impediu a formalização da confissão do investigado.

O presente trabalho utiliza como metodologia a abordagem quantitativo-qualitativa, realizada a partir da coleta de dados oficiais estatísticos, bem como a pesquisa bibliográfica e análise dos resultados obtidos pelo método dedutivo, com vistas à comprovação da hipótese apresentada.

De acordo com Bryman (1989), enquanto na pesquisa quantitativa o pesquisador já tem conceitos predefinidos sobre a realidade que vai ser fruto de seu estudo, na pesquisa qualitativa a reflexão teórica do pesquisador ocorre durante ou quase no final do processo de coleta.

Denzin e Lincoln (2006) apontam que a pesquisa qualitativa envolve uma abordagem interpretativa e naturalista de seu objeto de estudo. Isso significa que pesquisas dessa natureza buscam compreender e interpretar os fenômenos valorizando os significados atribuídos a ele. A abordagem qualitativa tem tido diferentes significados ao longo da evolução do pensamento científico, mas pode-se dizer, enquanto definição genérica, que abrange estudos nos quais se localiza o observador no mundo, constituindo-se, portanto, em um enfoque naturalístico e interpretativo da realidade.

Além da revisão teórica e da análise dos dados divulgados pelo MPTO e CNMP, utilizar-se como procedimento o levantamento de informações secundárias, como dados e estimativas divulgados por jornais de âmbito nacional, os quais são interpretados a partir de análise comparativa, levando-se em conta o momento histórico e a realidade social vivenciada.

Este estudo está dividido em seis seções, além da introdução, considerações finais e referências. A primeira seção trata sobre a crise do sistema penal observada na atualidade, a intervenção do Estado no endurecimento penal e o fracasso das legislações impostas com a promessa de redução da criminalidade.

A segunda seção demonstra o engajamento de doutrinadores para a instituição da justiça negociada como forma célere e efetiva para solucionar conflitos jurídicos-penais e aborda brevemente os institutos consensuais existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Nas quatro seções seguintes, o trabalho ingressa de forma objetiva no tema que deu origem a este estudo, o Acordo de Não Persecução Penal. Inicialmente, mostra-se o ingresso do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, e no seu desenvolvimento revela a instrumentalização do modelo no Ministério Público do Tocantins. Por fim, analisa o resultado aplicabilidade da Lei, desde a vigência da Lei, nas Promotorias de Justiça de Palmas com atribuição criminal, diante da crise decorrente da pandemia da Covid-19.

2 A CRISE DO SISTEMA PENAL E A INEFICIÊNCIA DA POLÍTICA CRIMINAL NA PÓS-MODERNIDADE

O direito de todos os indivíduos de serem ouvidos e julgados em prazo razoável está estabelecido no art. 8º, item 1, da Convenção Americana dos Direitos Humanos e foi consagrado no ordenamento jurídico do brasileiro no art. 5º, inc. LXXVII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), com o intuito de garantir a celeridade na tramitação do processo.

No entanto, esta não é a realidade em diversos ramos do direito, em especial no sistema de justiça penal, onde se verifica que a demanda do Judiciário está cada vez mais volumosa e apesar disso, a área dispõe de pouco investimento de recursos por parte do Estado. É o que afirma Brandalise (2016), ao concluir que a impunidade e o risco à presunção de inocência são duas das consequências geradas pela lentidão do processo.

Na ótica de Oliveira (2015), o sistema jurídico ainda é permeado de burocracia e hierarquia e não acompanhou as transformações sofridas no mundo pós-moderno, especialmente a partir da década de 1970, a exemplo das evidenciadas nas áreas política, econômica e social. Para ele, a sociedade cobra resposta rápida para os seus

conflitos e enxerga a formalidade do direito como entrave para solução de conflitos sociais, colocando em dúvida a legitimidade do sistema jurídico-penal.

Uma das principais razões para a crise do sistema jurídico é o excesso de formalismo da sua estrutura centralizada, hierarquizada, burocrática e lenta, incompatível com o imediatismo que permeia as relações sociais e com a crescente desburocratização das relações entre países e organizações internacionais. (OLIVEIRA, 2015, p. 31).

No entanto, a desjudicialização, por meio da arbitragem dos conflitos sociais, já era uma realidade para outras áreas do direito, enquanto o direito penal desenvolveu um modelo de política criminal com penas mais rígidas e com diminuição de garantias, na tentativa de transmitir à população um sentimento de mudança e a falsa sensação de segurança, em face do aumento da criminalidade provocado pelas tensões sociais da época.

A Lei nº 8.072 (BRASIL, 1990a) (contra crimes hediondos) instituída no Brasil é um exemplo de que não houve reflexos positivos na redução dos índices de criminalidade classificados como hediondos, vez que a lei colaborou para agravar o problema da superlotação carcerária e alavancar a taxa de reincidência, em decorrência, por exemplo, do aumento de crimes de estupro, tráfico de drogas e latrocínio, conforme revelou uma investigação do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e o Tratamento do Delinquente (Inalud).

Com base nisso, Oliveira (2015) defende que o endurecimento penal e a intervenção do Estado no combate ao crime não foram respostas adequadas para o problema criminal. Neste contexto, também se confirmou, segundo ele, que a aplicação desse modelo atinge principalmente contra as minorias.

Em conclusão, na prática, a política criminal neoliberal fracassou na sua tentativa de solucionar a crimes do sistema penal pelas seguintes razões: (i) a queda da taxa de criminalidade não está vinculada à repressão; (ii) a maior submissão de pessoas às instâncias formais de controle aumenta com os efeitos negativos da desviação secundária, gerando reincidência; (iii) a diminuição das garantias fundamentais resulta em abusos contra a população; (iv) a incriminação de incivildades aumenta a seleção social do sistema penal. (OLIVEIRA, 2015, p. 61).

As leis instituídas pelo Estado a fim de alcançar a confiança da sociedade, frente aos novos conflitos advindos da globalização e da modernidade, são vistas por Neves (2007) como legislação simbólica, ou seja, pouco efetiva, simplista e ilusória para o controle social.

A concepção instrumental do Direito Positivo, no sentido de que a leis constituem meios insuperáveis para alcançar determinados fins 'desejados' pelo legislador, especialmente a mudança social, implica um modelo funcional simplista e ilusório, como têm demonstrado os seus críticos. Em primeiro lugar, observa-se que há grande número de leis que servem apenas para codificar juridicamente 'normas sociais' reconhecidas. Por outro lado, a complexidade do meio ambiente social dos sistemas jurídico e político é muito acentuada, para que a atuação do Estado através da legislação possa ser apresentada como instrumento seguro de controle social. (NEVES, 2007, p. 31).

Nesta perspectiva, pode-se considerar que existe um desequilíbrio entre o necessário simbolismo da legislação penal e a sua efetividade, causando efeito contrário na sociedade, vez que não promove efetivamente a resolução dos conflitos de interesses sociais ou a tutela real de bens considerados relevantes para a coletividade, e ainda gera uma descrença da população no sistema penal, em decorrência de sua inefetividade.

3 JUSTIÇA NEGOCIAL COMO MODELO JURÍDICO-PENAL E A INTRODUÇÃO DOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA

Alternativas para a resolução de graves problemas do sistema penal ou que, pelo menos evitem aumentar mais a crise na persecução em juízo, são os desafios que doutrinadores consideram imprescindíveis e urgentes, e que necessitam de soluções céleres e efetivas.

Os efeitos da desastrosa política criminal em que o Estado se utiliza da força para restabelecer a ordem social fez surgir o movimento de descriminalização, com o intuito de propor a redução de condutas criminalizadoras e a instituição de modelos de justiça negocial na esfera criminal.

O fenômeno do consenso em processo penal não é uma mostra recente e também não se limita à negociação que conduz à sentença criminal conforme a demonstração de vontade das partes. E ele também não surge como forma de afastamento do sistema de conflitos processuais, mas com o objetivo de que eles coexistam de forma em que um auxilie no aperfeiçoamento do outro. Além de possibilitar a otimização de trabalho de todo o sistema, os acordos visam legitimar resultados finais. (BRANDALISE, 2016, p. 23).

Brandalise (2016) explica que há duas formas de consenso: a diversão e a negociação da sentença criminal, ambas como prazo menor de tramitação e com menos envolvimento do Poder Judiciário. A primeira é um instrumento aplicado antes do processo, sem que haja necessidade da persecução penal para casos de menor gravidade, e a segunda trata-se de acordo em que há concessões recíprocas com aplicação de condenação mais branda do que poderia ocorrer, caso houvesse o processo convencional.

3.1 Institutos consensuais do ordenamento jurídico brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro, a passos lentos, adotou como soluções alternativas ao processo e à aplicação de sanção penal institutos como a Suspensão Condicional do Processo, a Transação Penal, a Colaboração Premiada e o Acordo de Não Persecução Penal, formas consensuais ao processo penal. Todas estas alternativas têm em comum a necessidade de haver acordo entre as partes.

A Transação Penal ingressou no sistema de processual penal por meio da Lei n. 9099 (BRASIL, 1995), trazendo no seu art. 76 a possibilidade de haver acordo pré-processual aos crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, aos crimes cuja pena máxima seja de dois anos. Esse acordo, proposto pelo Ministério Público, não impõe aplicação de pena, não importa em maus antecedentes, não requer confissão de culpa e deve ser homologado judicialmente. Cumprida a transação penal, há a extinção de punibilidade, não podendo mais ser oferecida a denúncia criminal.

A Lei n. 9099 (BRASIL, 1995) também trouxe a Suspensão Condicional do Processo, instituto negociado após o ajuizamento da ação penal. Seus requisitos foram dispostos no art. 89 e estabeleceu sua aplicabilidade às infrações penais com pena mínima igual ou inferior a um ano, no entanto o acusado não poderá estar respondendo a processo ou ter sido condenado por outro crime. Atendendo a estes

requisitos, o Ministério Público oferecerá a suspensão do processo, por um período dois a quatro anos.

Também neste rol está a Colaboração Premiada é um instituto por meio do qual o Ministério Público propõe incentivos aos acusados ou processados criminalmente, com o fim de adquirir informações e provas que visem facilitar a persecução penal e identificar demais coautores e partícipes da prática delituosa. Sua previsão legal foi estabelecida nos arts. 3º-A a 7º da Lei n. 12.850 (BRASIL, 2013). Este instituto foi o aprimoramento de legislações em legislações extravagantes e mesmo no Código Penal que começaram a surgir no Brasil desde 1990, com o primeiro surgimento na Lei de Crimes Hediondos.

Em 2020, o ordenamento jurídico avançou ainda mais, sendo incluído no Código de Processo Penal a figura do Acordo de Não Persecução Penal. O instituto foi umas das alterações legislativas que fizeram parte do Pacote Anticrime, em vigor desde o mês de janeiro daquele ano, alterando dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execuções Penais (BRASIL, 1940, 1941).

Os Acordos de Não Persecução Penal poderão ser propostos em infrações penais com pena mínima inferior a quatro anos, para casos de acusados de crimes sem violência ou grave ameaça, tendo como condições que haja confissão e reparação às vítimas. O instituto é objeto do nosso estudo e será mais bem analisado nos capítulos seguintes.

3.2 O princípio da obrigatoriedade da Ação Penal

O princípio da obrigatoriedade da ação penal, para diversos processualistas penais, inviabiliza as soluções alternativas à ação penal, pois o Ministério Público, frente a evidências de autoria criminal e de materialidade, tem o dever legal de oferecer denúncia criminal, ou seja, evidenciados os pressupostos legais que aceitam a propositura da ação, deverá ofertar, inevitavelmente, a denúncia.

Porém, Cabral (2020) expressa um novo entendimento ao enfatizar que a obrigatoriedade não pode ser vista como se fosse uma imposição cega de fazer sempre a mesma coisa e a todo custo.

A ideia importante da obrigatoriedade é a de que não pode o Ministério Público, sem justa causa, simplesmente abrir mão de

dar uma resposta às investigações penais maduras e viáveis que se encontram em seu poder. Assim, tal interpretação deixa claro que o Ministério Público não pode perseguir arbitrariamente alguns, sem conceder favores ilegítimos para determinadas pessoas. (CABRAL, 2020, p 33).

O autor enfatiza que abarrotar as varas criminais de processos com casos de baixa e média complexidade significa uma violação ao mandado da obrigatoriedade quando, na verdade, o Estado tem o dever de dar resposta adequada e suficiente aos delitos que ocorrem no meio social e que ampliar a possibilidade de celebração de acordos penais tornará o sistema penal mais efetivo.

Sob esta ótica, o princípio da obrigatoriedade deve ser visto como a obrigação que detém o Ministério Público, nas ações penais de iniciativa pública, de promoverem a busca pela resolução do caso penal, seja por meio da busca pela prestação jurisdicional, seja por meio de acordos consensuais, quando previstos em lei.

4 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Com a promulgação da Lei n. 13.964 (BRASIL, 2019) (Lei Anticrime), surgiu a figura do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), introduzida a partir de fevereiro de 2020 pelo art. 28-A do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), como um novo mecanismo de solução consensual no âmbito criminal. Observa-se que os mecanismos de negociação penal eram adotados em diversos países anglo-saxônicos (*common law*) como solução à resolução de conflito, porém o Brasil, em sua legislação, pautou-se, historicamente, pelo modelo europeu-continental ou romano-germânico (*civil law*), com especial influência no sistema francês e posteriormente italiano.

Na França e na Alemanha, segundo Cabral (2020), as primeiras soluções alternativas não foram oriundas da lei, mas da iniciativa dos atores processuais, promotores de Justiça e juízes. Na França, a prática ensejou, no ano de 1992, o processo de institucionalização dos acordos e no ano seguinte, 1993, resultou na aprovação da lei que incorporou a mediação penal no sistema legal. Já na Alemanha, que atuava de forma similar ao *plea bargaining* dos Estados Unidos, a legalidade dos acordos foi questionada na Suprema Corte Alemã, mas veio a ser reconhecida em 1997, mesmo sem previsão na lei.

A exemplo dos países europeus citados acima, no Brasil, os Acordos de Não Persecução Penal nasceram por força da Resolução n. 181 do Conselho Nacional do

Ministério Público (CNMP, 2017), que trouxe no seu art. 18 a possibilidade da celebração dos acordos, culminando no desenvolvimento de política criminal de imediata de atenção à vítima e de responsabilização do investigado.

Sem previsão legal, o CNMP viu na Resolução uma forma de cumprir a recomendação da Assembleia Geral das Nações Unidas, emitida em dezembro de 1990, conhecida como regras de Tóquio, chamando a atenção para a necessidade de implementação de medidas alternativas ao processo penal antes de iniciar a persecução em juízo. A resolução da ONU, apesar de não ser norma vinculante, tem força *de soft law*, o que significa que o não atendimento poderia impor constrangimentos ao país.

Essa, também, foi uma fortíssima fonte de apoio para que o Conselho Nacional do Ministério Público buscasse implementar o acordo de não persecução penal, por meio de uma Resolução, não aguardando, pois, a edição de uma Lei Federal, o que somente veio a ocorrer, como se sabe, mais de dois anos depois da Resolução n. 181/17 e possivelmente catalisada pela própria normativa do CNMP. (CABRAL 2020, p. 39).

O instituto foi alvo de polêmica e de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), propostas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) na ADI 5790, que associou o ANPP ao manejo de perdão judicial, e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) com a ADI 5793, que viu no instituto uma espécie de colaboração premiada.

Foram feitas diversas alegações de inconstitucionalidade, dentre as principais apontadas consta a de que o CNMP não possui competência para legislar, visto que sua atuação é administrativa e, desta forma, invadiria a competência da União para legislar sobre matéria processual e de que a resolução estabeleceu exceções ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Numa ação direta de inconstitucionalidade, a AMB afirma que a resolução deu ao Ministério Público poderes privativos do Judiciário. Entre eles, definir qual deve ser a punição a quem comete crimes ou estabelecer um rito processual para o juiz, caso ele discorde do acordo proposto pelo promotor do caso. Já a

OAB afirma que o acordo está no contexto do 'procedimento investigatório criminal', que, segundo a resolução do CNMP, tem 'natureza inquisitorial'. Isso quer dizer, segundo a Ordem, que o procedimento é tocado unicamente pela acusação, sem a presença de um advogado ou publicidade do processo. Permitir que o promotor faça 'acordos de não persecução' dentro de um procedimento de investigação inquisitorial seria dar ao MP poderes que a Constituição não deu. (CANÁRIO, 2019, texto eletrônico).

Mais adiante, o CNMP veio a editar a resolução que deu lugar à Resolução nº 183/2018 de mesmo teor. A Resolução foi suprimida com o advento da Lei 13.964 (BRASIL, 2019) e a inclusão do instituto no art. 28-A do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

A redação incluída no CPP delimita em seu art. 28-A a possibilidade de aplicação dos Acordos de Não Persecução Penal para aqueles investigados por crimes de baixa e média gravidade, nos casos em que não estejam presentes as hipóteses de arquivamento e o sujeito tenha confessado formalmente a prática dos atos cometidos, ainda que o delito tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça e possua pena mínima inferior a quatro anos. Não se incluem nas hipóteses de cabimento os crimes que envolvam violência doméstica e familiar e violência contra a mulher motivada pela condição de gênero.

Desse modo, o instituto é considerado um negócio jurídico de natureza extrajudicial celebrado entre as partes, já que, como regra, é aplicado antes da etapa processual propriamente dita, como lei que ressignifica o Ministério Público como titular da Ação Penal, visto que a negociação penal envolve apenas o investigado e o Ministério Público, cabendo ao juiz somente a homologação do acordo. "Ela dá uma primazia ao MP, por entregar a ele a efetiva condução de uma política criminal de Estado." (SUXBERGER, 2020).

O caput do Art. 28-A dispõe sobre os pressupostos legais para o acordo.

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e

suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (BRASIL, 2019, online).

O § 13 do art. 28-A estabelece que cumprido o acordo de não persecução penal, compete ao juízo a decretação da extinção de punibilidade. Pela lei, a fiscalização do cumprimento caberá ao juiz de execução penal e se o investigado não cumprir integralmente as condições acordadas, haverá rescisão do ANPP, cabendo ao Ministério Público ajuizar a ação penal.

5 A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E AS MEDIDAS ADOTADAS NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO PARA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS E JULGAMENTOS

A pandemia do novo coronavírus que impactou o Brasil e o mundo logo nos primeiros meses de 2020 exigiu mudanças radicais em toda a sociedade. Mudanças

orientadas pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que atingiram o dia a dia dos indivíduos na forma de se relacionar e se comportar.

No campo do sistema de Justiça, que já vem de longa data abarrotado com demandas judiciais, não foi diferente, pois muitas atividades ficaram inviabilizadas em decorrência da crise sanitária instaurada pelo alto nível de contaminação do vírus, que em muitos casos pode ser letal. Só no Brasil, em pouco mais de um ano, a doença foi responsável pelo óbito de mais de 400 mil pessoas, número ainda crescente no fechamento deste artigo.

O isolamento social imposto pelas autoridades em saúde como meio mais eficaz para conter o avanço da doença, a suspensão do expediente em regime presencial e a adoção do trabalho remoto, forma de trabalho até então pouco difundida no país, foram algumas das medidas concebidas para permitir a continuidade da prestação jurisdicional.

No Poder Judiciário, algumas atividades transcorreram normalmente graças à digitalização do processo em alguns estados, a exemplo do Tocantins, que conta com 100% dos procedimentos virtuais. No entanto, o desafio passou a ser quanto aos atos que, até então, eram exclusivamente presenciais, a exemplo das audiências e das sessões do Tribunal do Júri.

Diante da situação de calamidade pública disposta no Decreto Federal nº 06 (BRASIL, 2020), o Poder Judiciário do Tocantins, em atenção às diretrizes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no fim do mês de março do ano passado, publicou a Portaria nº 001, de 13 de março de 2020 (TJ-TO, 2020), na qual recomendou a adoção de medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo novo coronavírus (Covid-19), entre elas, a suspensão das sessões de julgamento, assim como as audiências.

Ficam suspensas até o dia 31 de março de 2020 as sessões de julgamento administrativas e judiciais, no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Tocantins, assim como as audiências cíveis e criminais, à exceção dos casos considerados urgentes”, determina o Artigo 7º da Portaria Nº 001, assinada pelo presidente do Tribunal de Justiça do Tocantins (TJTO), desembargador Helvécio de Brito Maia Neto, e pelo corregedor-geral da Justiça, desembargador João Rigo Guimarães, e publicada nesta terça-feira (17/3), considerando, entre outras diretrizes, a Portaria nº 52, do Conselho Nacional de Justiça, que

estabelece, no âmbito do CNJ, medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo novo Coronavírus (Covid-19). (CARDOSO, 2020, online).

No segundo semestre, as sessões do Tribunal do Júri foram retomadas presencialmente e mais uma vez suspensas, após membro do Ministério Público do Tocantins se negar a fazer a sustentação oral usando máscara alegando dificuldade de expressão causada pela vedação da boca, razão pela qual o magistrado suspendeu o Tribunal do Júri. A polêmica em torno do assunto ganhou repercussão e obrigou o Tribunal de Justiça, em conjunto com as demais instituições do Sistema de Justiça, a desenvolver um plano de biossegurança para as sessões presenciais do júri.

Considerando a natureza essencial da atividade jurisdicional e a necessidade de assegurar condições mínimas para a sua continuidade, o CNJ, por meio de diversas Portarias e Resoluções, dispôs acerca de protocolos a serem seguidos pelos Estados no âmbito do Poder Judiciário, entre elas, a Portaria nº 61, de 30 de março de 2020 (CNJ, 2020), que instituiu a plataforma emergencial de videoconferência para a realização de audiências e sessões de julgamento, no período de isolamento social.

Destarte, o Poder Judiciário do Tocantins também veio a autorizar, por meio da Portaria Conjunta nº 9/2020, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça, a utilização da ferramenta de videoconferência para a realização de audiências no âmbito do 1º grau, observando os princípios constitucionais inerentes ao devido processo legal e à garantia do direito das partes.

O Art. 11 da portaria estabeleceu que “nas audiências de instrução e julgamento de acusado preso ou de adolescente internado, o interrogatório e a oitiva das testemunhas, residentes ou não na Comarca, serão colhidos mediante videoconferência, nos termos do art. 3º, do CPP c/c arts. 4º e 8º do CPC c/c art. 185, § 2º, IV e art. 222, 3º, do CPP”.

A primeira audiência criminal pela plataforma Cisco Webex foi realizada em Gurupi, 3ª maior cidade do Estado do Tocantins, no dia 27 de abril. Na avaliação da promotora de Justiça Ana Lúcia Bernardes, o método deverá ser tendência, a partir da pandemia.

A promotora de Justiça Ana Lúcia Bernardes considerou que as audiências foram bem-sucedidas e afirmou que o método é o

meio mais satisfatório, neste momento, para dar agilidade aos procedimentos. 'Eu acredito que o mundo jurídico será diferente depois dessa pandemia. Não tivemos nenhuma intercorrência negativa e as audiências transcorreram normalmente. No futuro, será desnecessária a locomoção de presos definitivos ou provisórios para audiências de instrução e julgamento, de justificação em execução penal e até mesmo audiências de custódia', declarou a promotora de Justiça ao afirmar que a tecnologia provocará também redução dos custos. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TOCANTINS, online, 2020)

Por conseguinte, a Resolução nº 329, de 30 de julho de 2020, do Conselho Nacional de Justiça (2020), regulamentou e estabeleceu critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por meio de videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06 (BRASIL, 2020).

Entre os considerandos, a resolução apontou os dispositivos do Código de Processo Penal, que permitem a utilização do sistema de videoconferência para a inquirição de testemunhas, interrogatórios e outros atos processuais que dependem da participação da pessoa presa.

Art. 3º, § 4º. Os tribunais poderão utilizar plataforma disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça ou ferramenta similar, observados os requisitos estabelecidos nesta Resolução e em seu protocolo técnico ou, mediante decisão fundamentada, em caso de indisponibilidade ou falha técnica da plataforma, outros meios eletrônicos disponíveis, desde que em consonância com as diretrizes desta resolução. (CNJ, 2020, online).

No entanto, o art. 19 da resolução mencionada trouxe a vedação de realização das audiências de Custódia por meio de videoconferência.

No âmbito do Ministério Público do Tocantins, recomendações, resoluções e atos administrativos dos órgãos da Administração Superior (Procuradoria-Geral de Justiça e Corregedoria-Geral do Ministério Público) disciplinaram a atuação das atividades institucionais. Grande parte dessas normativas estava em sintonia com as deliberações do Poder Judiciário. As audiências judiciais virtuais nas diversas áreas

passaram a ser realidade e até as inspeções em unidades prisionais utilizaram o recurso tecnológico.

6 ANPP NO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TOCANTINS

Com o advento da Resolução do CNMP que instituiu os Acordos de Não Persecução Penal, as celebrações no âmbito do Ministério Público do Tocantins (MPTO) se mostraram tímidas, vez que a novidade de certa forma ainda era pouco conhecida e vista com certa desconfiança por alguns membros da instituição em razão da insegurança jurídica decorrente das ações de inconstitucionalidade propostas pela AMB e OAB.

No entanto, a Promotoria de Justiça de Arapoema se consagrou como pioneira entre os órgãos de execução do MPTO e investiu na sistemática da justiça negociada, com a adoção dos ANPPs. As pecúnias oriundas destes acordos passaram a beneficiar ações de assistências sociais na comarca.

Como fruto dessas prestações pecuniárias, foi possível, na Comarca de Arapoema, destinar à delegacia de polícia um drone que ajudará nas investigações, notebook, impressora e sistema de monitoramento. O Hospital Regional recebeu equipamentos como cadeiras de rodas, cadeiras de banho, aparelhos de ar-condicionado e televisores para os leitos. Ainda, associações sem fins lucrativos, como a Associação Amigos da Bola e a Associação de Universitários, foram beneficiadas, sendo que a próxima preocupação, segundo o promotor de Justiça, é destinar ao Corpo de Bombeiros um aparelho desfibrilador, aparelhos de pressão e outros. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TOCANTINS, 2019, online).

A medida, que até então era apenas uma possibilidade de aplicação via normativa do CNMP, tornou-se uma obrigação ao Ministério Público, com introdução do instituto no Código de Processo Penal brasileiro, em janeiro de 2020. Com inspiração na Resolução, em versão adaptada, o ANPP foi consagrado no direito processual brasileiro com a promulgação Lei Anticrime (Lei n. 13.964) (BRASIL, 2019). Isso exigiu do MPTO o desenvolvimento de ações colaborativas que permitissem e auxiliassem os membros no cumprimento da legislação.

A fim de sanar dúvidas e possíveis questionamentos da novidade legislativa, o pontapé inicial da Administração Superior do MPTO foi capacitar seus integrantes. A primeira discussão aconteceu durante o I Congresso Estadual do Ministério Público do Tocantins, ocorrido em novembro de 2019, quando o palestrante convidado, o promotor de Justiça do Paraná Rodrigo Leite Ferreira Cabral, um dos responsáveis pela elaboração da Resolução do CNMP, fez análise e apontou controvérsias sobre o instituto.

No dia 30 de janeiro de 2020, a Procuradoria-Geral de Justiça (PGJ), a Corregedoria-Geral do Ministério Público (CGMP) e o Centro de Apoio Operacional do Patrimônio Público e Criminal (Caopac) expediram a recomendação conjunta nº 01/2020, dispondo de orientações para formalização do Acordo de Não Persecução Penal.

Mais adiante, no dia 30 de maio do mesmo ano, os mesmos órgãos assinaram outra recomendação conjunta, desta vez, a de nº 03/2020, trazendo diretrizes penais e processuais penais aplicáveis ao Acordo de Não Persecução Penal.

Em agosto de 2020, o Ato nº 86 da Procuradoria-Geral de Justiça (2020) instituiu o Núcleo de Apoio aos Acordos de Não Persecução Penal (NUANPP), no âmbito do Ministério Público do Tocantins, cabendo ao referido núcleo prestar auxílio e assessoramento aos órgãos de execução na efetivação dos ANPPs, tendo em vista

[...] a necessidade de auxiliar os membros do Ministério Público do Estado do Tocantins na efetivação do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), que traz inúmeros desafios a toda a instituição, na perspectiva do protagonismo da persecução criminal e de uma resposta rápida e eficiente contra a criminalidade não violenta de média potencialidade lesiva. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TOCANTINS, 2020, online).

Em novembro, a Corregedoria-Geral do Ministério Público e o Centro de Apoio Operacional do Patrimônio Público e Criminal elaboraram o Manual do Acordo de Não Persecução Penal, que trouxe em seu bojo capítulos contendo as hipóteses de cabimento, as cláusulas recomendadas, as observações relativas a casos práticos e os aspectos procedimentais.

Esse suporte, prestado por um núcleo auxiliar exclusivo, acompanhado de orientações e normas elaboradas pelo órgão correcional, bem como aliado à busca de

conhecimento de forma individualizada dos membros que atuam na área criminal, propiciou a celebração de acordo em ambiente mais seguro, porém sua efetivação foi visivelmente afetada por ocasião da pandemia da Covid-19, que impediu a realização de diversos atos judiciais e extrajudiciais no âmbito do Ministério Público do Tocantins.

7 PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E SEUS REFLEXOS NA EFETIVAÇÃO DOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DA CAPITAL

Na estrutura organizacional dos órgãos de execução, o Ministério Público do Tocantins dispõe de seis Promotorias de Justiça com atuação criminal, incluindo-se a Promotoria de Justiça ambiental, a Promotoria de Justiça de Execução Penal e a Promotoria de Justiça criminal com atribuição para atuar em crimes dolosos contra vida, das quais apenas essas duas últimas não são afetadas à celebração de Acordos de Não Persecução Penal por não se enquadrarem nos crimes abarcados pela referida Lei.

Com grande carga de trabalho, os acordos poderiam dar vazão a centenas de procedimentos passíveis de solução consensual, no entanto, a vigência do artigo 28-A do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) praticamente coincidiu com o início da crise sanitária do coronavírus no Brasil, o que dificultou a celebração dos acordos nas Promotorias de Justiça com atribuições específicas.

Devido a sua recente inclusão na legislação, a Corregedoria-Geral do Ministério Público do Tocantins e mesmo o Conselho Nacional do Ministério Público ainda não incluíram a obrigatoriedade de informar os acordos no Relatório de Atividades Funcionais (RAF)²³, que é de preenchimento mensal obrigatório aos membros, com vistas a aferir a produtividade dos órgãos de execução. Por isso, uma análise geral sobre a celebração dos acordos em todas as Comarcas do Tocantins só seria possível mediante um levantamento minucioso junto a cada membro, sendo mais viável concentrar a avaliação do impacto da pandemia na aplicabilidade do art. 28-A do CPP junto às 2ª, 3ª, 5ª e 24ª Promotorias de Justiça da Capital.

²³ RAF – O Relatório de Atividades Funcionais contabiliza, mês a mês, os atos praticados pelos membros do Ministério Público do Tocantins, de preenchimento e envio obrigatório à Corregedoria-Geral do Ministério Público do Tocantins.

Tendo em vista que os artigos 3º e 4º do Art. 28-A trouxeram as condições de formalização escrita e de homologação do acordo em audiência, respectivamente, os membros acharam por bem esperar o fim da pandemia, da qual até então não se tinha ideia da extensão, para que fossem celebrados estes acordos em audiências presenciais, sendo identificada, no ano de 2020, a assinatura de apenas de dois acordos, um pela 2ª Promotoria de Justiça da Capital e outro pela 3ª Promotoria de Justiça da Capital. Desta forma, é possível verificar que as audiências criminais de instrução processual dos casos de maior potencial ofensivo foram priorizadas no meio virtual.

Ao iniciar o ano de 2021 com previsões nada animadoras para o retorno das atividades presenciais tanto no Ministério Público quanto no Poder Judiciário, em razão do agravamento da doença no país, chamada de segunda onda, houve a necessidade de desenvolver métodos que permitissem o cumprimento do art. 28-A do CPP (BRASIL, 1941).

Nesse sentido, o titular na 3ª Promotoria de Justiça da Capital, promotor de Justiça Diego Nardo, ciente da carga de inquéritos que aguardam a análise quanto ao cabimento do instituto, criou uma sistemática de trabalho utilizando o aplicativo de mensagem para buscar o investigado e propor a assinatura do acordo, quando viável, e nos meses de janeiro, fevereiro, março, até o dia 27 de abril, conseguiu celebrar 64 Acordos de Não Persecução Penal. Este número foi demonstrado em reportagem postada no site da instituição, evidenciando a celeridade nas celebrações dos acordos.

De acordo com o promotor de Justiça, apesar de o instituto estar em vigor há mais de um ano, as celebrações foram prejudicadas no decorrer de 2020, em virtude da pandemia do coronavírus, que obrigou o Ministério Público a suspender as audiências presenciais com investigados. Agora, com a ajuda da tecnologia, toda a formalização tem ocorrido praticamente por meio virtual, com os trâmites acompanhados pelo advogado/defensor do investigado, conforme exige a lei. O juiz participa do ato apenas para verificar a legalidade do acordo e homologá-lo. (MINISTÉRIO PÚBLICO, online, 2021).

A reportagem ainda aponta que, até o dia 27 de abril, existiam na referida Promotoria de Justiça 65 inquéritos policiais aportados no órgão, registrando-se que em 20 destes já havia sido proposto o acordo e aguardavam a assinatura e outros 45

estavam em fase de negociação com os suspeitos ou em análise da viabilidade para a proposição.

Em sua grande maioria, os casos objetos de acordo dizem respeito a crimes de trânsito e crimes contra o patrimônio.

Na 24ª Promotoria de Justiça, que atua na área do Meio Ambiente, 34 inquéritos são passíveis de acordo e aguardam momento oportuno para convocar o investigado, em audiência presencial, e cogitar a possibilidade de efetivação do acordo.

Na 5ª Promotoria de Justiça o desencadeamento dos acordos ocorreu neste ano de 2021, no entanto, não há um controle efetivo sobre o quantitativo de acordos já celebrados e sequer uma perspectiva aviatória de quantos devem ser propostos. Já na 2ª Promotoria de Justiça, até o fim do mês de maio, o levantamento da Promotoria de Justiça identificou 250 inquéritos policiais passíveis de celebração, no entanto, nenhum foi celebrado até então.

Neste quadro a seguir, é possível verificar a evolução dos acordos celebrados em cada Promotoria de Justiça da Capital:

QUADRO 1 - ACORDOS CELEBRADOS

Promotoria de Justiça (PJ)	Quant. em 2020	Quant. até 27/04 de 2021
2ª PJ	1 caso	1 caso
3ª PJ	1 caso	64
5ª PJ	Não informado	Não informado
24ª PJ	0	0

Fonte: Adaptado pela autora a partir de Ministério Público do Tocantins (2021.)

Conforme já exposto, a Corregedoria-Geral do Ministério Público ainda não concentra dados quantitativos no RAF, mas estuda taxonomia adequada para incluir a informação no relatório.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acredita-se que o novo instituto, por contemplar os ideais de justiça consensual em alternativa à justiça litigiosa, nas hipóteses elencadas pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), permitirá celeridade em procedimentos das referidas Promotorias de Justiça, diante do expressivo índice de criminalidade, que enseja atuação incisiva pelo parquet e, conseqüentemente, o ajuizamento de ações penais.

Com base no estudo, foi possível verificar que o Brasil ainda caminha a passos lentos para o efetivo resultado, se comparado aos países da Europa e aos Estados Unidos, que já utilizam de institutos similares há mais tempo.

Observou-se também que o instituto despenalizador do Acordo de Não Persecução Penal trouxe ao Ministério Público o protagonismo da política criminal, mesmo que a lei faça menção à presença do juiz para homologação do acordo, como requisito para sua validação, e defina que a competência para execução do acordo seja do juiz da execução, ao contrário do que previa a resolução do CNMP nº 181 (CNMP, 2017), que serviu de base ao legislador para redação da referida lei.

É necessário frisar que o acordo não tem natureza de pena e que o procedimento extrajudicial anterior ao processo traz vantagens ao Estado em termos de economicidade, cujos efeitos são benéficos ao indiciado, que vê arquivado o procedimento, e sobretudo à vítima, em face da reparação do dano, vez que em muitos dos casos, o prosseguimento do processo poderia não resultar em punição ou mesmo vir a prescrever.

É indiscutível que a eclosão da pandemia da Covid-19 trouxe sérios prejuízos à aplicabilidade do instituto, dada a inviabilidade de realização de audiências presenciais, em especial às obrigatórias em juízo, a evidente cautela diante das controvérsias que ainda permeiam e causam desconfiança de parcela dos membros, além de que o procedimento de ANPP exige mais comprometimento e complexidade de instrumentalidade se comparado ao oferecimento da denúncia, fatos que podem ser verificados no baixo índice de acordos firmados, no ano de 2020 e nos primeiros meses de 2021, em três das quatro Promotorias de Justiça com atuação criminal de Palmas. Embora seja consagrado o dever do Ministério Público de propor os acordos, quando

verificados os requisitos, é imprescindível que haja uma mudança de comportamento por parte do Promotor de Justiça, em perceber que o instituto não é um método opcional, mas impositivo, ainda que mais laborioso.

O fato de não haver um controle do órgão correccional, diante da ausência de classificação específica no Relatório de Atividades Funcionais, também pode ser considerado como um dos motivos que vem atrasando o impulsionamento do efetivo cumprimento da Lei ou mesmo o controle quantitativo daqueles firmados.

Conclui-se que, na prática, em pouco mais de um ano, não há o efetivo resultado esperado quanto aos benefícios da consensualidade e ainda se observa pouco engajamento do Ministério Público para fazer do instrumento um método eficaz de resolução de conflitos, possivelmente, tendo como consequência principal a pandemia da Covid-19.

REFERÊNCIAS

BRYMAN, A. **Métodos de pesquisa e estudos organizacionais** (pesquisa social contemporânea). 1 ed. Londres: Routledge, 1989.

BRANDALISE, R. da S. **Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 15 maio 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. **Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1986]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm. Acesso em: 16 maio 2021.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 maio 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.137%2C%20DE%2027%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201990.&text=Define%20crimes%20contra%20a%20ordem,consumo%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 16 maio 2021.

BRASIL. **Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995.** Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília, DF: Presidência da República, [1995a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9034.htm. Acesso em: 16 maio 2021.

BRASIL. **Lei n. 9.080, de 19 de julho de 1995.** Acrescenta dispositivos às Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, [1995b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9080.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1995c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999.** Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2006]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm#:~:text=Art.%201%C2%BA%20Esta%20Lei%20institui,de%20drogas%20e%20define%20crimes. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm#:~:text=L12850&text=Define%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20criminosa%20e%20disp%C3%B5e,1995%3B%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=Art. Acesso em: 16 de maio de 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 16 de maio de 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.964%2C%20DE%2024%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202019&text=Aperfei%C3%A7oa%20a%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e,legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e%20processual%20penal. Acesso em: 16 maio 2021.

BRASIL. **Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.964%2C%20DE%2024%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202019&text=Aperfei%C3%A7oa%20a%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e,legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e%20processual%20penal

[20DE%20DEZEMBRO%20DE%202019&text=Aperfei%C3%A7oa%20a%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e,legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e%20processual%20penal](#). Acesso em: 16 maio 2021.

BRÍGIDO, C. Justiça em Números: estoque de processos no país aumenta 30% em uma década, aponta CNJ. **O Globo**, 28 ago. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/justica-em-numeros-estoque-de-processos-no-pais-aumenta-30-em-uma-decada-aponta-cnj-23910412>. Acesso em: 16 de mar. 2021.

CABRAL, R. L. F. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal: À luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPodivm, 2020.

CARDOSO, Marcelo Santos. TJTO suspende sessões judiciais pelo pleno e das câmaras e adota novas medidas temporárias contra o novo coronavírus. Tribunal de Justiça do Tocantins, 17 mar. 2020. Disponível em: <http://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/6981-tjto-suspende-sessoes-judiciais-e-administrativas-do-pleno-e-das-camaras-e-adota-novas-medidas-temporarias-contra-o-novo-coronavirus>. Acesso em: 20 out. 2020.

CANÁRIO, Pedro. **Acordos “de não persecução” do MP são inconstitucionais, diz juiz federal**. Conjur, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-22/acordos-nao-persecuacao-mp-sao-inconstitucionais-juiz#:~:text=Limites%20ao%20poder-,Acordos%20de%20%22n%C3%A3o%20persecu%C3%A7%C3%A3o%22%20do%20MP,s%C3%A3o%20inconstitucionais%2C%20diz%20juiz%20federal&text=S%C3%A3o%20v%C3%A1rias%20as%20raz%C3%B5es%20pelas,do%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%20%C3%A9%20inconstitucional>. Acesso em: 22 de mar. de 2021

CNJ. **Justiça em Números 2019**. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 17 mar. 2020.

CNJ. **Resolução nº 329, de 30 de julho de 2020**. Regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial por

Covid-19. Disponível em:

<https://atos.cnj.jus.br/files/compilado003130202011275fc048e2c7c74.pdf>. Acesso em: 17 de mar. 2020.

CNJ. **Resolução nº 61, de 31 de março de 2020**. Institui a plataforma emergencial de videoconferência para realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social, decorrente da pandemia Covid-19. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original221645202004015e8512cda293a.pdf>.

Disponível em 18 de mar. 2020.

DENZIN, N. K.; LINCOLN, Y. S. Introdução: a disciplina e a prática da pesquisa qualitativa. *In*: DENZIN, N. K.; LINCOLN, Y. S (org.). **Planejamento da pesquisa qualitativa**: teorias e abordagens. Porto Alegre: Artmed, 2006.

MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL DO TOCANTINS. **MPE realiza ações sociais com acordos de não persecução penal. Ministério Público do Tocantins, 2019**. Disponível em: <https://www.mpto.mp.br/portal/2019/04/01/mpe-realiza-acoes-sociais-com-acordos-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 18 abr. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL DO TOCANTINS. **Promotora de Justiça criminal afirma que audiências virtuais serão tendências para o meio jurídico a partir da pandemia**. Ministério Público do Tocantins, 2020. Disponível em: <https://www.mpto.mp.br/portal/2020/04/28/promotora-de-justica-criminal-afirma-que-udiencias-virtuais-serao-tendencias-para-o-meio-juridico-a-partir-da-pandemia>. Acesso em: 20 out. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL DO TOCANTINS. **Promotoria de Justiça da Capital dá vazão a procedimentos e acelera celebração de Acordos de Não Persecução Penal com ajuda de aplicativo de mensagem**. Ministério Público do Tocantins, 2021. Disponível em: <https://www.mpto.mp.br/portal/2021/04/27/promotoria-de-justica-da-capital-da-vazao-a-procedimentos-e-acelera-celebracao-de-acordos-de-nao-persecucao-penal-com-ajuda-de-aplicativo-de-mensagem>. Acesso em: 27 abr. 2021.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Serra Oliveira. **Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal**. São Paulo: Almedina, 2015.

SUXBERGER, Antonio. (2020). **Acordos de não persecução penal**. [Webinar]. 18 jun. 2020. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=WHK9BQO_eZw. Acesso em: 05 jan. 2021.

COMPANHEIROS COMO HERDEIROS NECESSÁRIOS: INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

MARIANA SALES BORGES:

Acadêmica do curso de Direito na Faculdade Serra do Carmo-FASEC

RENATA MALACHIAS SANTOS MADER²⁴

(orientadora)

RESUMO: Este trabalho objetiva analisar a Inconstitucionalidade do Artigo 1.790, do Código Civil Brasileiro, à luz da Cartão Cidadã de 1.988 e com base na decisão da Suprema Corte exarada no Recurso Extraordinário nº 878.694, expondo como se dará a sucessão dos companheiros após afastada a regra do excerto legal supracitado, o qual previa o tratamento desigual entre Casamento e União Estável. Pretende-se, ainda, demonstrar o direito do companheiro à figurar como herdeiro necessário, analisando os demais artigos que discorrem sobre a sucessão dos cônjuges, sob o enfoque da necessidade de inclusão dos companheiros como titulares dos mesmos Direitos Sucessórios garantidos aos cônjuges. O método de pesquisa utilizado será o hipotético-dedutivo, partindo de uma análise da Constituição Federal, do Código Civil, da jurisprudência e doutrina dominante, além de artigos científicos e outras bibliografias relacionadas ao tema. Propõe-se, assim, apresentar a reflexão sobre o histórico da sucessão, abordando o conceito de Direito Sucessório, Direito de todas as entidades familiares à proteção Estatal e análise da decisão do Recurso Extraordinário nº 878.694, que declarou inconstitucional o Artigo 1.790 do Código Civil. Posteriormente, será exposto a necessidade de o companheiro figurar como herdeiro necessário, como meio para se chegar à conclusão supramencionada.

PALAVRAS-CHAVE: Casamento; Direito Sucessório; Inconstitucionalidade da Distinção entre as famílias; União Estável.

ABSTRACT: This work aims to analyze the Unconstitutionality of Article 1.790 of the Brazilian Civil Code, in light of the 1988 Citizen Card and based on the Supreme Court decision handed down in Extraordinary Appeal No. 878,694, demonstrating how the succession of partners will occur after the rule of legal excerpt mentioned above, which

²⁴ Professora universitária da Faculdade Serra do Carmo- FASEC, Mestranda em direito constitucional econômico pela Unialfa (2021-2023). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus (2013). E-mail: prof.renatamader@fasec.edu.br

provided for the unequal treatment between Marriage and Stable Marriage. It is also intended to demonstrate the partner's right to appear as the necessary heir, analyzing the other articles that discuss the succession of spouses, focusing on the need to include partners as holders of the same Succession Rights guaranteed to spouses. The research method used will be the hypothetical-deductive one, based on an analysis of the Federal Constitution, the Civil Code, jurisprudence and dominant doctrine, as well as scientific articles and other bibliographies related to the subject. It is proposed, therefore, to present a reflection on the history of succession, addressing the concept of Succession Law, Right of all family entities to State protection and analysis of the decision of Extraordinary Appeal No. 878,694, which declared Article 1.790 of the Code unconstitutional Civil. Subsequently, the need for the partner to appear as a necessary heir will be explained, as a means to reach the aforementioned conclusion.

KEYWORDS: Marriage; Inheritance Law; Unconstitutionality of Distinction between Families; Stable union

SUMÁRIO: Introdução; 1. Direito sucessório; 1.1 Direito Sucessório do Cônjuge; 1.2 Direito Sucessório do Companheiro(a); 2. Sucessão do companheiro(a) pelo artigo 1.790 do código civil – Inconstitucionalidade; 2.1 Análise da Decisão do Recurso Extraordinário nº 878.694; 3. Direito a legítima, 3.1 Direito dos Companheiros figurarem como Herdeiros Necessários – análise do artigo 1.790 do Código Civil à luz da Constituição Federal; 4. Conclusão; 5. Referências.

INTRODUÇÃO

Ao longo da história da sociedade brasileira até nos dias atuais a família, como instituição social, tem passado por mudanças em sua estrutura e organização. Com essa transformação social nossa Constituição Federal passou a reconhecer com igualdade outros arranjos familiares para além daquelas constituídas pelo tradicional casamento entre homem e mulher.

Apesar disso, o Código Civil Brasileiro de 2.002, dispensa tratamento diferenciado ao companheiro em relação ao cônjuge, distinguindo-os. Essa discrepância trouxe grande polêmica doutrinária e jurisprudencial até ser submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal que, após diversos debates, reconheceu a inconstitucionalidade da diferenciação entre casamento e união estável (cônjuges e companheiros), através do Recurso Extraordinário nº 878.694-MG.

Todavia, em que pese a referida decisão ter posto fim à discussão acerca da referida inconstitucionalidade, inserindo os companheiros na sucessão legítima, remanesce a questão à inclusão dos companheiros nos demais Artigos do Código Civil de 2.002, que discorrem sobre os Direitos Sucessórios dos cônjuges, sem mencionar

os companheiros, principalmente no que tange ao Direito de figurar como herdeiro necessário.

Mencionada questão serviu então como justificativa para a escolha do tema em apreço, haja vista que tanto os cônjuges quanto os companheiros têm direitos e obrigações relativas a esse meio. Diante disso, o presente estudo visa contribuir com a discussão do tema, apresentando-lhe uma possível resposta para o problema proposto: como se dará a sucessão dos companheiros com o reconhecimento da inconstitucionalidade do Artigo 1.790 do Código Civil?

Deste modo, este artigo tem como objetivo demonstrar a situação da sucessão dos companheiros após a declaração da inconstitucionalidade na distinção entre casamento e união estável, visto que, apesar da decisão, não houve posicionamento a respeito do direito de o companheiro figurar como herdeiro necessário. Outrossim, caso não haja tratamento isonômico entre os regimes sucessórios de cônjuges e companheiros, o Estado estará infringindo o Artigo 226, § 3º da Constituição Federal, que garante em seu texto igual proteção à família.

A metodologia utilizada será o hipotético-dedutivo, partindo de uma análise da Constituição Federal, do Código Civil Brasileiro à luz da Carta Magna, da jurisprudência e doutrina dominante, além de artigos científicos e outras bibliografias relacionadas ao tema.

Com o intuito de clarear a compreensão do leitor acerca do problema, será exposto uma breve apresentação a respeito do conceito de Direito Sucessório, assim como dos Direitos de todas as entidades familiares à proteção Estatal. Em seguida, apresentar-se-á o histórico das Sucessões dos cônjuges e companheiros para que se compreenda a incoerente tratativa diferenciada exposta no Artigo 1.790 em comento.

Já o segundo capítulo demonstrará a análise da decisão do Recurso Extraordinário nº 878.694, apontando os argumentos utilizados pelo Ministro-Relator para justificar a decisão proferida. Ao final, será exposto a origem do questionamento que o presente estudo se propõe a responder, já que, apesar de o acórdão ter decidido pela inconstitucionalidade da distinção dos institutos do casamento e da união estável, não houve decisão atinente ao direito do companheiro em figurar como herdeiro necessário, o que em tese garantiria uma maior igualdade.

Em conclusão, o último capítulo dedicará a responder a questão supracitada, explicitando a análise do Artigo 1.790 do Código Civil à luz da Constituição Federal, haja vista a necessidade de tratamento igualitário do companheiro ao cônjuge para fins sucessórios como forma de equiparar os institutos familiares, garantindo assim

igual proteção à família, pois independentemente da forma em que se constitui a família, o objetivo será sempre garantir vida digna aos seus componentes que, por terem os mesmos propósitos, devem ter os mesmos direitos, a fim de garantir o mínimo de segurança jurídica.

1. DIREITO SUCESSÓRIO

Após a independência do Brasil, entrou em vigor, o primeiro Código Civil de 1.916, elencando como elementos fundamentais, a propriedade, o contrato e a família.

A concepção de família consagrada, era pautada por preceitos religiosos e pela preservação da família como instituto fechado, isto é, a família legítima era apenas aquela formada pelo casamento entre esposo, esposa e seus filhos legítimos, deixando à margem aquelas que não se encaixassem nesse padrão. A família padrão, portanto, era aquela hierarquizada, paternalista.

Contudo, com a publicação da Carta Magna de 1.988, inspirada pelos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana, em seu Artigo 226, § 3º e § 4º, houve grande progresso no conceito de família, ao reconhecer o afeto como forma de origem da família, estabelecendo que o conjunto de pessoas unidas pelo casamento, união estável, ou monoparental – formação por um só dos pais e seus descendentes – , também estariam classificados como entidade familiar.

A partir de então, foram várias as inovações jurídicas, ao estabelecer os elementos da instituição familiar, surgindo assim reflexos em outras áreas do Direito, sobretudo nas Sucessões, um dos segmentos do Direito Civil.

Nesse ponto, vale esclarecer que a Sucessão é um instituto jurídico que se revela com o evento morte, tendo como característica principal a transmissão, aos herdeiros, da herança, na conformidade do Artigo 1.784, do Código Civil, *in verbis*: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.” (BRASIL, 2002)

Neste caso, a transmissão pode ocorrer de forma legal ou por meio de testamento, como manifestação de última vontade. Na forma da lei, ocorre a chamada Sucessão Legítima, sendo, neste caso, a herança transmitida aos herdeiros legítimos, nos termos do Artigo 1.829, do Código Civil, seguindo a ordem da vocação hereditária: descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais.

Já a forma testamentária, o *de cuius* deixa registrado a sua manifestação de vontade, podendo o testador dispor da metade da herança, uma vez que, com fulcro no Artigo 1.789, do Código Civil: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá

dispor da metade da herança” (BRASIL, 2002), ou seja, a metade da herança é assegurada a estes.

1.1. Direito Sucessório do Cônjuge

De início, na aplicação do Código Civil de 1.916, o cônjuge sobrevivente encontrava-se na terceira classe de ordem de vocação hereditária, o qual tinha direito à herança se não existisse descendentes e ascendentes, bem como se não houvesse disposição testamentária em contrário, uma vez que não era considerado herdeiro necessário, e sim herdeiro facultativo.

A situação modificou-se com a vigência do Código Civil de 2.002, segundo o qual o cônjuge passou a ter privilégio como herdeiro necessário, independentemente do regime de bens, passando a concorrer com descendentes e ascendentes, conforme dispõe o Artigo 1.829 e 1.845, do Código Civil, *in verbis*:

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.

(...)

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.(BRASIL,1988)

Dessa forma, o cônjuge sobrevivente passou a ter proteção sobre o direito de herança transmitida, abrangendo inclusive o testamento, isto é, independentemente da manifestação de vontade do *de cuius*, o cônjuge não poderá ser afastado da sucessão, ressalvados os casos de indignidade e deserdação, sendo certo que esta última só poderá ser declarada pelo testador, tendo com fundamento uma das causas que autorizam a primeira, de acordo com o que dispõe o Artigo 1.961 do Código Civil:

“Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão” (BRASIL,2002).

Acontece que o Código Civil não deu aos companheiros, o mesmo tratamento sucessório dado aos cônjuges. Em relação aos primeiros, o Artigo 1.790 do Código Civil cuidou de disciplinar o direito sucessório, enquanto que, no que se refere aos cônjuges, os Artigos 1.829 e 1.845 do mesmo ordenamento, cuidaram da questão.

Desde então, o tratamento diferenciado dispensado passou a ser objeto de grande imbróglio, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, o que passaremos a discutir nos próximos tópicos.

1.2. Direito Sucessório do Companheiro(a)

A Constituição Federal de 1.988, que erigiu a união estável à entidade familiar, não foi por si suficiente para garantir o direito sucessório aos companheiros, o que veio a ocorrer apenas com o advento das Leis Especiais nº 8.971/9425 e nº 9.278/9626. A partir disto, os companheiros foram admitidos de fato como família, entretanto, ainda restam falhas e desigualdades no reconhecimento do direito sucessório dos companheiros.

Também foi com a promulgação do novo Código Civil, em 2.002, que alguns dos seus artigos trouxeram a previsão do direito sucessório na união estável. Dessa forma, dispõe o Artigo 1.790:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

25 Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

26 Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.(BRASIL,2002)

Verifica-se que a questão do cônjuge sobrevivente foi prestigiada pelo Código Civil, ainda assim, apresenta desvantagens em relação ao companheiro, visto que promoveu o cônjuge a herdeiro necessário, não ofertando o mesmo tratamento aos companheiros, estabelecendo disciplina própria e diferenciada para a sucessão em cada um dos casos, afastando-se, portanto, dos ditames da Constituição Federal.

Aqui, vale destacar a recente polêmica de repercussão nacional do “Caso Gugu”, no tocante ao reconhecimento da união estável, sobre o qual escreveram Machado e Andrade²⁷:

Sem entrar nos meandros da vida íntima de Gugu e Rose, o importante é compreendermos que não existe um modelo único de família e que a proteção do Direito precisa abranger todas e todos os que vivem em comunhão fática, independente do arranjo familiar. Gugu e Rose constituíram uma família em todos os sentidos. Tiveram filhos, os criavam juntos, partilhavam a companhia em datas comemorativas. Logo, formavam um núcleo familiar, vivenciando as responsabilidades e as benesses dessa relação e, conseqüentemente, protegidos pelas leis de família.

Diante da compreensão de que o conceito de família não se cinge mais a um modelo (pai, mãe e filhos residindo juntos e com vínculo matrimonial entre os pais), causa estranheza que o tensionamento pelo falecimento do apresentador, e conseqüentes repercussões patrimoniais dele decorrentes, tem se circunscrito, basicamente, pelo menos no que se refere às notícias mais comentadas, à discussão sobre os direitos da companheira tanto de receber pensão quanto de se beneficiar de parte da herança. (Conjur, 2020)

No que concerne a incoerente tratativa diferenciada que se deu entre companheiros e cônjuges, o tópico seguinte será dedicado a explicar a visão doutrinária e do Supremo Tribunal Federal sob a inconstitucionalidade do Artigo 1.790,

²⁷ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-05/machado-andrade-gugu-conceito-atual-familia>

do Código Civil de 2.002, expondo a análise da decisão do Recurso nº 878.694 e as violações constitucionais estabelecidas no artigo.

2. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO(A) PELO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL – INCONSTITUCIONALIDADE

A União estável, configurada, segundo o Código Civil, na convivência pública, contínua, duradoura e com o intuito de constituição de família, atualmente é reconhecida como entidade familiar legitimada pelo legislador, segundo o Artigo 226, § 3º da Constituição Federal, assim como no Artigo 1.723 do Código Civil, *ipsis litteris*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL,1988)

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (BRASIL,2002)

Nesse ponto, imperioso destacar, caso não sejam preenchidos os requisitos na análise do caso concreto, o reconhecimento da existência da união estável poderá não ocorrer, a exemplo do recente caso decidido em Acórdão do TJTO que determinou que o período de união estável foi, de fato, namoro qualificado, sob os seguintes argumentos:

A 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins reconheceu que o período de união estável concedido em juízo de primeiro grau, corresponderá, na verdade, a um namoro. A decisão confirmou a tese do recorrente: a existência de namoro qualificado.

O Tribunal reformou a sentença para adequar a partilha de bens quanto ao período de duração da união estável, que teria se estendido de janeiro de 2014 a novembro de 2015. No período compreendido entre 2008 e 2013, a relação entre as partes seria apenas de um namoro.

Em análise dos autos, o relator determinou que a prova produzida é incapaz de comprovar o marco inicial da união estável como em 2008. “A documentação juntada ao feito, analisada em cotejo com a prova oral produzida, não se revela coesa e segura a comprovar que o relacionamento amoroso, com contornos típicos da união estável, tenha se iniciado no ano do nascimento da filha menor do ex-casal”. (T1Notícias, 2021)

Esta tese do “namoro qualificado” já foi reconhecida pelo STJ através do REsp 1.454.643/RJ, relatado pelo Min. Marco Aurelio Bellizze, j. 03/03/2015, pelo que poderá ganhar força jurisprudencial e tornar-se um complicador no reconhecimento desse formato de arranjo de família.

RECURSO ESPECIAL E RECURSO ESPECIAL ADESIVO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, ALEGADAMENTE COMPREENDIDA NOS DOIS ANOS ANTERIORES AO CASAMENTO, C.C. PARTILHA DO IMÓVEL ADQUIRIDO NESSE PERÍODO. 1. ALEGAÇÃO DE NÃO COMPROVAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA AUTORA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. 2. UNIÃO ESTÁVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO. NAMORADOS QUE, EM VIRTUDE DE CONTINGÊNCIAS E INTERESSES PARTICULARES (TRABALHO E ESTUDO) NO EXTERIOR, PASSARAM A COABITAR. ESTREITAMENTO DO RELACIONAMENTO, CULMINANDO EM NOIVADO E, POSTERIORMENTE, EM CASAMENTO. 3. NAMORO QUALIFICADO. VERIFICAÇÃO. REPERCUSSÃO PATRIMONIAL. INEXISTÊNCIA. 4. CELEBRAÇÃO DE CASAMENTO, COM ELEIÇÃO DO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. TERMO A PARTIR DO QUAL OS ENTÃO NAMORADOS/NOIVOS, MADUROS QUE ERAM, ENTENDERAM POR BEM CONSOLIDAR, CONSCIENTE E VOLUNTARIAMENTE, A RELAÇÃO AMOROSA VIVENCIADA, PARA CONSTITUIR, EFETIVAMENTE, UM NÚCLEO FAMILIAR, BEM COMO COMUNICAR O PATRIMÔNIO HAURIDO. OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, NA PARTE CONHECIDA; E RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. 1. O conteúdo normativo constante dos arts. 332 e 333, II, da lei adjetiva civil, não foi objeto de discussão ou deliberação pela instância precedente, circunstância que enseja o não conhecimento da matéria, ante a ausência do correlato e indispensável prequestionamento. 2. Não se denota, a partir dos

fundamentos adotados, ao final, pelo Tribunal de origem (por ocasião do julgamento dos embargos infringentes), qualquer elemento que evidencie, no período anterior ao casamento, a constituição de uma família, na acepção jurídica da palavra, em que há, necessariamente, o compartilhamento de vidas e de esforços, com integral e irrestrito apoio moral e material entre os conviventes. A só projeção da formação de uma família, os relatos das expectativas da vida no exterior com o namorado, a coabitação, ocasionada, ressalta-se, pela contingência e interesses particulares de cada qual, tal como esboçado pelas instâncias ordinárias, afiguram-se insuficientes à verificação da affectio maritalis e, por conseguinte, da configuração da união estável.

2.1 O propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável - a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado "namoro qualificado" -, não consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída.

2.2. Tampouco a coabitação, por si, evidencia a constituição de uma união estável (ainda que possa vir a constituir, no mais das vezes, um relevante indício), especialmente se considerada a particularidade dos autos, em que as partes, por contingências e interesses particulares (ele, a trabalho; ela, pelo estudo) foram, em momentos distintos, para o exterior, e, como namorados que eram, não hesitaram em residir conjuntamente. Este comportamento, é certo, revela-se absolutamente usual nos tempos atuais, impondo-se ao Direito, longe das críticas e dos estigmas, adequar-se à realidade social.

3. Da análise acurada dos autos, tem-se que as partes litigantes, no período imediatamente anterior à celebração de seu matrimônio (de janeiro de 2004 a setembro de 2006), não vivenciaram uma união estável, mas sim um namoro qualificado, em que, em virtude do estreitamento do relacionamento projetaram para o futuro - e não para o presente -, o propósito de constituir uma entidade familiar, desiderato que, posteriormente, veio a ser concretizado com o casamento.

4. Afigura-se relevante anotar que as partes, embora pudessem, não se valerem, tal como sugere a demandante, em sua petição

inicial, do instituto da conversão da união estável em casamento, previsto no art. 1.726 do Código Civil. Não se trata de renúncia como, impropriamente, entendeu o voto condutor que julgou o recurso de apelação na origem. Cuida-se, na verdade, de clara manifestação de vontade das partes de, a partir do casamento, e não antes, constituir a sua própria família. A celebração do casamento, com a eleição do regime de comunhão parcial de bens, na hipótese dos autos, bem explicita o termo a partir do qual os então namorados/noivos, maduros que eram, entenderam por bem consolidar, consciente e voluntariamente, a relação amorosa vivenciada para constituir, efetivamente, um núcleo familiar, bem como comunicar o patrimônio haurido. A cronologia do relacionamento pode ser assim resumida: namoro, noivado e casamento. E, como é de sabença, não há repercussão patrimonial decorrente das duas primeiras espécies de relacionamento. **4.1 No contexto dos autos, inviável o reconhecimento da união estável compreendida, basicamente, nos dois anos anteriores ao casamento, para o único fim de comunicar o bem então adquirido exclusivamente pelo requerido. Aliás, a aquisição de apartamento, ainda que tenha se destinado à residência dos então namorados, integrou, inequivocamente, o projeto do casal de, num futuro próximo, constituir efetivamente a família por meio do casamento. Daí, entretanto, não advém à namorada/noiva direito à meação do referido bem.** 5. Recurso especial provido, na parte conhecida. Recurso especial adesivo prejudicado. (STJ - REsp: 1454643 RJ 2014/0067781-5, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 03/03/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/03/2015, **grifou-se**)

No que tange à herança, o Código Civil de 2.002 traz em seu Artigo 1.790 o regime jurídico da sucessão hereditária daquele que conviveu em união estável, prevendo que o companheiro sobrevivente somente participará da sucessão dos bens adquiridos de forma onerosa, na constância da união estável, além de estabelecer que ao companheiro apenas será devida a totalidade da herança caso não houvesse concorrente (descendentes, ascendentes e colaterais).

Logo, essa regra admitia que se um dos companheiros já possuísse patrimônio e após o início da união não mais viesse a adquirir outros bens, vindo a falecer, o companheiro sobrevivente não desfrutaria da herança, vez que não houve aquisição de bens durante a união estável, conferindo, dessa forma, direitos sucessórios menos favoráveis aos companheiros se comparado àqueles reconhecidos aos cônjuges, senão vejamos:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
(Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

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. (BRASIL, 2002)

Nesse aspecto, o Código Civil de 2.002, acabou por diferenciar a família proveniente do casamento daquela oriunda de união estável, circunstância em que permite a discussão acerca da sua constitucionalidade, uma vez que rompe com os princípios constitucionais da igualdade entre as entidades familiares e da dignidade da pessoa humana.

Diante disso, no ano de 2.017 o Supremo Tribunal Federal declarou o artigo 1.790 inconstitucional, decidindo que a sucessão do companheiro se dará às mesmas regras da sucessão do cônjuge, decisão esta que passaremos a analisar neste capítulo.

2.1 Análise da Decisão do Recurso Extraordinário nº 878.694

A manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca do referido assunto, se deu nos autos do Recurso Extraordinário nº 878.694, procedente de Minas Gerais, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso. A discussão buscava se havia legitimidade ou não na desequiparação que o Código Civil de 2.002 faz para fins sucessórios entre a união formada pelo casamento e a por união estável.

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL QUE PREVEEM DIREITOS DISTINTOS AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO. ATRIBUIÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. **1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.790 do Código Civil, que prevê ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código.** 2. Questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. 3. Repercussão geral reconhecida. (RE 878694 RG, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 18-05-2015 PUBLIC 19-05-2015, **grifou-se**)

O Relator destacou em seu voto que as constituições passadas não reconheciam diversas formas de entidade familiar, senão aquela concebida pelo casamento. Contudo, ao longo do tempo e de acordo com as evoluções da sociedade, passou-se a reconhecer expressamente as entidades formadas de outra forma, dentre as quais a união estável. E, mesmo diante da determinação constitucional de proteção estatal a todas as formas de entidades familiares, o Código Civil de 2.002 configurou verdadeiro retrocesso, revogando as Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, que já garantiam os direitos sucessórios dos companheiros, e determinando aos companheiros outros direitos menos vantajosos do que aqueles conferidos aos cônjuges.

Dessa forma, o relator entendeu haver uma hierarquização entre as modalidades de família no Código Civil, violando princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade, como vedação à proteção deficiente, e da vedação ao retrocesso. Por essa razão e por maioria dos votos, com o fim de reconhecer a inconstitucionalidade do Artigo 1.790 do Código Civil e declarar o direito do companheiro a participar da herança, acordaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em fixar tese para fins de repercussão geral, nos seguintes termos:

É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002. (RE 878694 RG, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 18-05-2015 PUBLIC 19-05-2015)

Isto posto, no que diz respeito a violação dos princípios constitucionais, o argumento utilizado pelo Relator foi de que, no que concerne a desequiparação entre os cônjuges e companheiros, o Código Civil estaria retrocedendo o avanço igualitário que havia sido produzido por lei, após a Constituição Federal de 1.988, concluindo que essa distinção é incompatível com o dever de proteção igualitária à família e com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O Ministro Luís Roberto Barroso, explica que a dignidade humana identifica o valor intrínseco e a autonomia dos indivíduos ao fazer as suas escolhas, logo quando se coloca o companheiro em posição de inferioridade em relação ao cônjuge, afirma que o companheiro tem valor intrínseco menor que o do cônjuge, e quando se limita a autonomia das pessoas de escolherem entre casamento ou união estável, restringe indevidamente o exercício dessa autonomia.

Portanto, entende-se que todos os seres humanos são iguais perante a lei, e em razão disso, merecem respeito e tratamento igualitário, sem ter em conta sua raça, sexo, ou até mesmo a sua escolha para constituição de família. Assim sendo, o Estado deve garantir igual proteção independentemente da estrutura familiar estabelecida.

3. DIREITO A LEGÍTIMA

O Código Civil em seu Artigo 1.786, expõe duas modalidades de sucessão, legítima e testamentária, sendo a sucessão legítima aquela prevista em lei e a sucessão testamentária a que decorre por disposição de última vontade. No teor do Artigo 1.788 do Código Civil, sobressai a sucessão legítima, caso o *de cujus* não deixe testamento, ou se este caducar ou ser julgado nulo, transmitindo então a herança aos herdeiros legítimos.

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.
(BRASIL,2002)

Entende-se por Herdeiros Legítimos os mencionados no Artigo 1.829 do Código Civil, quais sejam: os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e os colaterais.

Por Herdeiros Necessários, entende-se aquela classe de sucessores (descendentes, ascendentes e cônjuge) que, por força da lei, é reconhecida a metade dos bens da herança, a denominada parte legítima (50%). Por exemplo, se "Y" morre e deixa dois filhos, a parte legítima (metade da herança), tocará necessariamente a esses herdeiros,

podendo em vida, o testador, se assim for sua vontade, testamentar a outra parte disponível.

3.1 . Direito dos Companheiros figurarem como Herdeiros Necessários – análise do artigo 1.790 do Código Civil à luz da Constituição Federal

Como já dito, nossa Carta Magna ampliou a concepção de família, inserindo aquelas constituídas por união estável, além disso garantiu proteção estatal de forma extensiva para todos os gêneros de família, devendo ressaltar que tal proteção deve ser igualitária.

Observado esses pressupostos, ao interpretar o Artigo 1.790 do Código Civil à luz do Artigo 226 da Constituição Federal entende-se que não é legítimo qualquer diferenciação entre os institutos familiares, logo, não há que se falar em hierarquização, todas devem ser tratadas da mesma forma.

Assim sendo, com a decisão do Recurso Extraordinário nº 878.694 já supra analisado, chegou-se ao entendimento de que o mais correto seria igualar os regimes sucessórios dos cônjuges aos companheiros, a fim de extinguir o tratamento distinto previsto no Artigo 1.790, do Código Civil, motivo pelo qual o referido artigo foi declarado inconstitucional.

A razão é que, após a mencionada decisão do STF ficou determinado que os companheiros seriam inclusos no rol do Artigo 1.829 do Código Civil, sendo igualados ao mesmo regime dos cônjuges, entretanto, o dispositivo decisório não se manifesta a respeito dos demais artigos que regem a sucessão dos cônjuges, sendo uma delas o direito a legítima, os chamados herdeiros necessários.

Neste aspecto, é de fundamental importância que, para igualar os institutos, todas as normas que garantem proteção ao cônjuge devem ser estendidas aos companheiros, vez que, se assim não ocorrer, o companheiro ainda permanecerá em posição inferior em relação ao cônjuge.

Por isso, em concordância com os princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana, os companheiros devem estar inseridos no rol do Artigo 1.845 do Código Civil, dos Herdeiros Necessários, o que lhes assegurará o Direito à legítima, como já ocorre com os cônjuges, ou seja, o Estado estará ampliando, a proteção necessária para garantir amparo às famílias formadas pela união estável.

Todavia, enquanto tal alteração legislativa não ocorre, cumpre ao judiciário pacificar a matéria com o fito de que o companheiro não permaneça em situação de

desigualdade em relação ao cônjuge, o que poderá se dar a partir de uma ampliação da tese de repercussão geral firmada pelo Supremo Tribunal Federal no já citado Recurso Extraordinário nº 878.684, com o propósito de incluir os companheiros em todos os dispositivos legais que versem sobre a sucessão hereditária do cônjuge, sobretudo os que tratam do Direito à legítima.

CONCLUSÃO

Verifica-se a necessidade de incluir os companheiros no rol de herdeiros necessários, à luz do dever constitucional de se garantir igualdade entre ambas entidades familiares, casamento e união estável. A partir da decisão sob exame, a tese exposta no julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694 pela Suprema Corte é pela supremacia do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Note-se que na decisão, embora tenham declarado a inconstitucionalidade da distinção, incluíram os companheiros apenas no artigo que trata da Sucessão Legítima, não se manifestando acerca dos demais normas que regem a sucessão dos cônjuges.

Posto isto, tornou-se imperioso o reconhecimento dos companheiros como Herdeiros Necessários, o que lhes assegurará o Direito à legítima, ou seja, o Estado estará ampliando a proteção necessária para garantir amparo às famílias formadas pela união estável, assim como já ocorre para os cônjuges. Além disso, depreende-se que se não houver real equiparação dos regimes sucessórios entre os cônjuges e companheiros, o Estado estará afirmando que uma entidade familiar é inferior as outras.

Ademais, a união estável é forma legítima de arranjo familiar, legitimada pela Constituição Federal de 1.988, razão pela qual deve ser protegida nas mesmas condições do casamento, garantindo, então, o direito de igualdade entre as entidades familiares.

Assim sendo, entende-se como legítima e necessária a inclusão dos companheiros tanto no rol dos herdeiros necessários, quanto nos demais artigos que versem sobre o Direito Sucessório dos cônjuges, garantindo-lhes, assim, uma equiparação capaz de conceder proteção isonômica entre todas as entidades familiares, conforme estabelece a Carta Cidadã de 1.988.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[Constituição \(planalto.gov.br\)](http://Constituição.planalto.gov.br)>. Acesso 10 abril 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF. Disponível em: <[L10406compilada \(planalto.gov.br\)](http://L10406compilada(planalto.gov.br))>. Acesso 10 abril 2021.

LEI Nº 8.971, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Brasília, 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <[L8971 \(planalto.gov.br\)](http://L8971(planalto.gov.br))> Acesso 12 abril 2021.

LEI Nº 9.278, DE 10 DE MAIO DE 1996. Regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal. Brasília, 10 de maio de 1996. Disponível em: <[L9278 \(planalto.gov.br\)](http://L9278(planalto.gov.br))>. Acesso 12 abril 2021.

(Org.), TEPEDINO, G. **Fundamentos do Direito Civil - Direito das Sucessões - Vol. 7**. Grupo GEN, 2020. Acesso em: 12 abril 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 878.694**. Disponível em: <[Pesquisa de jurisprudência - STF](#)>. Acesso em: 12 abril 2021.

STOLZE, P.; FILHO, R.P. **Manual de Direito Civil - Volume Único**. Editora Saraiva, 2019. Acesso em: 12 abril 2021.

Rolf, MADALENO, **Sucessão Legítima**. Grupo GEN, 2020. Acesso em: 12 abril 2021.

DIREITONET. **A condição do cônjuge e do companheiro no direito sucessório**. Disponível em:<[A condição do cônjuge e do companheiro no direito sucessório \(Família\) - Artigo jurídico - DireitoNet](#)>. Acesso em: 14 abril 2021.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Famílias & Sucessões**. Grupo Almedina (Portugal), 2020. Acesso em: 14 abril 2021.

STOLZE, P.; FILHO, R.P. **Novo curso de Direito Civil 7 - Direito das Sucessões**. Saraiva, 2019. Acesso em: 14 abril 2021.

NORONHA, Maressa Maelly Soares. **A evolução do conceito de família**. Dissertação (Artigo Científico) – Curso de Direito da Faculdade de Ciências Contábeis de Nova Andradina- FACINAN. Disponível em: <[20170602115104.pdf \(uniesp.edu.br\)](#)>. Acesso em: 26 abril 2021.

ÂMBITO JURÍDICO. **Entidades familiares: uma análise da evolução do conceito de família no Brasil na doutrina e na jurisprudência**. Disponível em:< [Entidades familiares: uma análise da evolução do conceito de família no Brasil na doutrina e na jurisprudência - Âmbito Jurídico \(ambitojuridico.com.br\)](#)>. Acesso 26 de abril 2021

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 878.694. Disponível em: <[Pesquisa de jurisprudência - STF](#)>. Acesso em: 27 abril 2021.

T1 NOTÍCIAS. **Acórdão do TJTO determina que período de união estável foi namoro qualificado.** Disponível em: < [T1 Notícias | Cidades | Acórdão do TJTO determina que período de união estável foi namoro qualificado \(t1noticias.com.br\)](#)>. Acesso em: 16 maio 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.454.643.** Disponível em: <[Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 0023994-95.2009.8.19.0209 RJ 2014/0067781-5 \(jusbrasil.com.br\)](#)>. Acesso em: 18 maio 2021.

OPINIÃO CONJUR. **O caso Gugu e o conceito atual de família.** Disponível em: <[ConJur - Machado e Andrade: O caso Gugu e o conceito atual de família](#)>. Acesso em: 19 maio 2021.

A RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE INTERNET RELACIONADOS AOS PERFIS FAKES E A PROTEÇÃO DA HONRA

NAYARA KAROLYNE VIEIRA LEITE:
Bacharelanda em Direito pelo Centro
Universitário Santo Agostinho- UNIFSA

ELOÍSA AMORIM SAMPAIO

(coautora)

JOÃO SANTOS DA COSTA

(orientador)

RESUMO: Os avanços tecnológicos contribuíram significativamente para a disseminação de vídeos e imagens por meio da internet, essa veiculação desmesurada contém pontos positivos e negativos. Considerando os comportamentos dos indivíduos na atualidade, é observado que a divulgação de imagens vexatórias demonstra um contraponto diante de todo progresso oferecido pela nova era digital e que ferem os direitos da personalidade, garantia prevista na Constituição Federal. Apresenta-se, neste trabalho também a Lei nº 13.709/2018 que dispõe sobre a proteção de dados e imprimiu alterações na Lei do Marco Civil da Internet, que é a Lei nº 12.965/2014. Diante da análise, o tema desta pesquisa é a responsabilidade dos provedores de internet relacionados aos perfis fakes e a proteção da honra. O objetivo desta pesquisa é analisar os aspectos controversos sobre a responsabilidade civil do provedor de internet relacionado aos perfis fakes e a proteção da honra. Essa pesquisa possui um viés crítico e utiliza o método qualitativo de abordagem, com relação ao seu objetivo possui intuito exploratório, com o propósito de gerar familiaridade da pesquisadora com o tema, tendo em vista a pertinência do delineamento essencial dos objetivos de estudo. No que diz respeito aos procedimentos técnicos, trata-se de uma pesquisa bibliográfica. Assim, apresenta-se com hipótese a constatação de que a pessoa humana na atual sociedade da informação, em meio a tantos avanços tecnológicos, ainda continua legislativamente desprotegida dos danos que possam vir a sofrer em decorrência das relações informatizadas.

Palavras chave: Responsabilidade dos provedores. Internet. Perfis fakes.

1 INTRODUÇÃO

Para boa parte da população brasileira, a internet é uma fonte de inúmeras possibilidades e atualmente a temos como o segundo meio de comunicação mais utilizado no país ficando atrás, tão somente, da hegemonia estabelecida pela televisão. Através de pesquisas realizadas pelo Banco Mundial em parceria com instituições privadas, se tem que metade da população faz uso constante da rede mundial de computadores (SOUSA, 2017).

Os especialistas acerca da temática Direito Digital afirmam que atualmente o mundo se encontra em uma nova fase denominada Era da Informação, em que o conhecimento está disponível em muitos lugares e acessível a muitas pessoas, com isso, a conclusão a que se pode chegar é que a informação é detentora de valor econômico, ou seja, quem mais detém informação possui mais poder e soberania na internet, porém, tais aspectos não são indestrutíveis e imperialistas.

Evidentemente, a grande preocupação dos Estados se refere justamente à circulação de tantas informações, que quando em condição de descontrole pode gerar danos irreparáveis a instituições e/ou pessoas em decorrência de eventual má utilização. Como consequência dessa possível instabilidade, se encontram em trâmite ante ao Congresso Nacional diversos projetos de lei que visam criminalizar condutas no ambiente virtual.

Apesar da criminalização de atos praticados na internet ser uma medida polêmica, até certo ponto ela é necessária, porém, tendo em conta que a internet é um ambiente plenamente livre, muitas inovações surgem ao longo do tempo que facilitam a vida da sociedade, assim sendo, a internet, de forma análoga, possui a mesma finalidade de uma faca serrilhada, ou seja, pode ser utilizada para sua finalidade básica de cortar um alimento, como também, pode ferir alguém, então, antes que se estabeleça uma lei que acabe ceifando os direitos dos usuários da sociedade digital, necessário se faz observar o livre exercício dos direitos transindividuais.

A presente pesquisa tem como tema a responsabilidade dos provedores de internet relacionados aos perfis fakes e a proteção da honra. Tendo como questionamento: Quais os entendimentos aplicados à responsabilidade dos provedores de internet relacionados aos perfis fakes e à proteção da honra?

Diante disso, o objetivo geral da pesquisa é analisar os aspectos controversos sobre a responsabilidade civil do provedor de internet relacionado aos perfis fakes e a

proteção da honra. Com relação aos objetivos específicos, buscou-se trazer a evolução histórica dos direitos autorais no Brasil, abordando o conceito de direitos autorais e suas vertentes, como os direitos morais e patrimoniais, bem como os direitos conexos; identificar o conceito de responsabilidade civil, o seu surgimento para reparar danos causados por provedores e terceiros no chamado ciberespaço e sua aplicação no âmbito do direito; analisar o entendimento que tem prevalecido no Judiciário em torno do objeto de estudo.

Essa pesquisa possui um viés crítico e utiliza o método qualitativo de abordagem, com relação ao seu objetivo possui intuito exploratório, com o propósito de gerar familiaridade da pesquisadora com o tema, tendo em vista a pertinência do delineamento essencial dos objetivos de estudo. No que diz respeito aos procedimentos técnicos, trata-se de uma pesquisa bibliográfica.

Justifica-se a pesquisa pelo fato de que a aplicação da responsabilidade civil para suprir os danos causados a usuários da internet por meio da promulgação do chamado Marco Civil da Internet que, no entanto, não abrangeu a matéria de violação dos direitos do autor no âmbito virtual. Por conta disso, a matéria tem sido regulamentada por meio da aplicação de dispositivos do Código Civil, da Lei de Direito Autoral e em conjunto com o entendimento jurisprudencial.

Portanto, a partir do caso em tela é que se optou pela escolha do tema e seu estudo quanto aos seus pontos controvertidos por meio de análise jurisprudencial, doutrinária e normativa.

2 O MARCO REGULAMENTATÓRIO DA INTERNET

Nesse item inicial é oportuno enfatizar a história e o desenvolvimento da internet a fim de que se possa contextualizar o tema em análise. Tanto a abordagem de seu nascimento no ambiente universitário norte americano, como a ampliação de seu uso por vários outros nichos, em especial, como uma ferramenta de comunicação e de comércio virtual a distância, passando a ser mais explorada após a descoberta de sua capacidade lucrativa. Também, se faz necessária a explanação de como se deu a sua expansão no Brasil.

Em seguida, serão evidenciadas definições, tipos e exemplos de crimes cibernéticos. Logo após, será discutida a disseminação de *fake news* na internet.

2.1 Uma análise do surgimento da internet e seu desenvolvimento

Em meados de 1957, a Rússia lançou o primeiro satélite artificial da história no espaço, este emitia sinais de rádio que poderia ser ouvido por qualquer pessoa que utilizasse um rádio receptor. Esse primeiro satélite ganhou o nome de Sputnik. Em razão da inauguração desse grande avanço tecnológico da Rússia, os Estados Unidos criaram o ARPA (Advanced Research Project Agency), que era uma agência americana que trabalhava com a pesquisa e o desenvolvimento de programas referentes aos satélites e ao espaço (BARRETO, 2016).

Foi no ápice da Guerra Fria, em meio a um período de conflitos velados, que se deu o primeiro passo para o surgimento da internet. Inicialmente, a guerra passou a constituir-se por meio de espionagem, onde ambas as partes buscavam manter o equilíbrio do exército de forma a impedir ataques de uma à outra, foi nessa ocasião que a Rússia passou a ser uma grande ameaça pelo motivo de ser detentora de um exército poderoso e por este motivo os Estados Unidos passaram a investir também em tecnologia.

Dentro da ARPA, posteriormente fora desenvolvido um departamento especializado chamado de ARPANET, cuja função era o desenvolvimento da área da computação. A Arpanet não passava de um pequeno programa que surgiu de um dos departamentos da ARPA, o Information Processing Techniques Office (IPTO), fundado em 1962 com base numa unidade preexistente. O objetivo desse departamento era estimular a pesquisa em computação interativa. Como parte desse esforço, a montagem da Arpanet foi justificada como uma maneira de permitir aos vários centros de computadores e grupos de pesquisa que trabalhavam para a agência compartilhar on-line tempo de computação (CASTELLS, 2013).

A Arpanet nada mais era que um centro de pesquisa com estudos voltados para propósitos militares e indústrias bélicas para facilitar a comunicação entre os grupos naquele período de guerra. Um estudo que conectava inicialmente alguns computadores e que posteriormente se juntou a outros computadores pertencentes a outras universidades.

Com efeito, para entender uma dada tecnologia, se faz necessário o estudo sobre a sua produção histórica analisando o seu contexto, sua origem e os seus impactos na sociedade. Desta forma, cabe mencionar que em 1961 a Universidade da Califórnia (UCLA) ganhou da Força Aérea um computador IBM, Q-32, era um

computador enorme, o que porventura possibilitou a ARPA direcionar sua investigação para o campo da recente descoberta área da informática (BARRETO, 2016).

Fora contratado um psicólogo e especialista em computadores Joseph Licklider para coordenar o Command and Control Research (CCR), seu trabalho era direcionado para a comunicação e transmissão de dados. No entanto, para que houvesse uma comunicação rápida, necessário se perfazia da elaboração de uma rede, que no caso foi a NET.

Outro ponto marcante foi no ano de 1965, quando o então coordenador Joseph Licklider deixou a ARPA, seguindo a sua orientação, o sucessor Robert Taylor deu início ao financiamento inaugural da rede de computadores, momento pelo qual já existia uma rede de computadores desenvolvida por fabricantes de computadores. O problema consistia em que cada produtor tinha as suas próprias regulamentações e códigos de comunicação o que tornava inconciliáveis as comunicações de umas com as outras.

Para facilitar essa interligação entre os computadores, além do objetivo de realizar a transmissão entre o emissor e destinatário utilizou-se de computadores mediadores. Assim, as máquinas tecnológicas conectavam-se à rede por meio de um computador intermediário, que recebeu o nome de Interface Message Processor (IMP). No entanto, para a efetivação dessa interligação entre todos os computadores verificou-se a necessidade da criação de um protocolo próprio que ligasse umas às outras.

Os acadêmicos de quatro Universidades, a Universidade da Califórnia – Los Angeles, SRI - Stanford Research Institute, Universidade de Utah e Universidade da Califórnia - Santa Bárbara, instituíram a primeira rede de computadores que foi fruto de um trabalho denominado pelos estudantes de Network Working Group (NWG). Adiante, surge a ideia de uma rede que pudesse ser internacional, conectando redes regionais e nacionais, daí a origem da palavra internet, —International NetworkII (rede internacional).

Por volta de 1973 e 1978, a ARPANET criou um protocolo que garantia a interconexão de várias redes, o TCP/IP (Transmission Control Protocol e Internet Protocol). Importante destacar que, no ano de 1975, a ARPANET passou a ser controlada pela Secretaria de Estado da Defesa dos Estados Unidos, DISA (Defense

Information Systems Agency), embora não tenha sido uma missão bem-sucedida, já que em 1990 a ARPANET foi trocada por outra rede passando a chamar-se de NSFNET.

Em 1990, a ARPAnet foi transformada em NSFnet (National Science Foundation's Network), se ligando a outras redes existentes, inclusive fora dos Estados Unidos, passando a interconectar centros de pesquisa e universidades em todo o mundo. Estava formada a internet, utilizada principalmente como uma ferramenta de troca de informações entre o meio acadêmico. (MONTEIRO, 2019, p.28).

É dessa maneira que a internet se desenvolve ainda mais pelo meio acadêmico. Já proliferada pelo mundo sob a nomenclatura de "Internet" se fez determinante a criação do World Wide Web (WWW), feito que contou com dois engenheiros do Centre Européen pour la Recherche Nucléaire (CERN), o do HyperText Markup Language (HTML), além dos Browsers para a sua utilização pelo mundo todo. Após esta ampliação do uso, a internet transformou-se em um sistema global e público, considerada uma grande rede, em que qualquer pessoa em qualquer lugar do mundo pode conectar-se(MORAIS; QUEIROZ, 2012).

O uso da Internet como sistema de comunicação e forma de organização explodiu nos últimos anos do segundo milênio. No final de 1995, o primeiro ano de uso disseminado da world wide web, havia cerca de 16 milhões de usuários de redes de comunicação por computador no mundo. No início de 2001, eles eram mais de 400 milhões (CASTELLS, 2013, p. 08).

Outro marco, que merece destaque, foi a criação da RCCN (Rede da Comunidade Científica Nacional), considerada a principal responsável pelo uso da rede nas Universidades de Portugal na década de 90, passando esta década a ficar popularmente conhecida como a década da internet. Schreiber (2015) destaca que o que fora decisivo para ser denominada dessa maneira, foi a criação da web, uma ferramenta que viabilizou a explosão do uso da rede de forma globalizada. Após a realização das considerações a respeito do processo de origem da internet no mundo, passa-se à análise do impacto deste processo no Brasil.

Embora pouco se fale do surgimento da internet no Brasil, com poucos registros ao seu respeito, consoante uma data específica para a chegada dessa importante tecnologia no país, o que se pode afirmar com segurança é que a partir do ano de 1996 essa grande inovação cresceu pelo Brasil de forma impressionante e alcançou um crescimento significativo.

A internet no Brasil experimentou um crescimento espantoso, notadamente entre os anos de 1996 e 1997, quando o número de usuários aumentou quase 1000%, passando de 170 mil (janeiro/1996) para 1,3 milhão (dezembro/1997). Em janeiro de 2000, eram estimados 4,5 milhões de internautas. Três em cada quatro brasileiros acessam a internet, o que equivale a 134 milhões de pessoas (MONTEIRO, 2019, p.28).

O que se pode notar é que logo após a sua implementação pelo Brasil, a internet foi como uma explosão, ultrapassando o ambiente das universidades e passando a ser comercializada ganhando inúmeros internautas por todo o território brasileiro, a que segundo dados do IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, publicados no site de notícias da globo o G1 (2018) —O Brasil fechou 2016 com 116 milhões de pessoas conectadas à internet, o equivalente a 64,7% da população com idade acima de 10 anos. As informações são da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad C) (MORAIS; QUEIROZ, 2012).

A internet inicialmente era uma tecnologia que só havia sentido dentro do mundo isolado dos estudantes computacionais, sem funcionalidade na vida prática, porém, mais tarde revolucionou a sociedade e criou uma nova economia, formando assim uma nova sociedade, a sociedade da rede. Ocorre que a recém-criada sociedade se tornou um adequado ambiente para manifestações de pensamentos, além de veicular a informação em tempo real, o que de certo modo, pode ser considerada uma ameaça a muitos direitos e garantias protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil, como por exemplo, a proteção a honra, a privacidade e a imagem (LEONARDI, 2015).

Leva-se em conta que, por se tratar do surgimento de uma nova sociedade, também nasceram novos conflitos, como choques de interesses no ambiente virtual, onde todos possuem fácil acesso e as notícias se proliferam em tempo real. Assim como também é um ambiente propício para a realização de grandes negócios, fazendo-se necessária uma proteção jurídica para essas relações virtuais.

2.2 Os crimes cibernéticos: definições, tipos e exemplos

Os ilícitos cometidos na rede são considerados condutas ilegais ou prejudiciais à sociedade de algum modo, as quais são realizadas através de um computador, conforme conceito dado por Klaus Tiedemann, citado por Damásio; *Milagre* (2016). O

fenômeno em questão seria decorrente dos avanços tecnológicos ocorridos na sociedade, os quais teriam influência direta no Direito Penal (JESUS; *MILAGRE*, 2016).

Primeiramente, vale ressaltar o fato de que o Direito tem buscado promover a efetiva proteção dos direitos dos indivíduos, inerentes ao uso da internet, os quais podem ocorrer das mais diversas formas, não apenas por criminosos, mas também por pessoas comuns, muitas vezes de forma involuntária. Segundo Jesus; *Milagre* (2016, p.43), haveria um conjunto de princípios, normas e entendimentos jurídicos oriundos da atividade de informática, o que seria chamado de Direito Informático.

Além disso, os crimes virtuais podem ser reconhecidos como condutas previamente enquadradas no Direito Penal pátrio ou através de novos ilícitos criados em razão das atividades virtuais, ou seja, crimes praticados exclusivamente na internet. No primeiro caso, visualiza-se um delito que ocorre no mundo real sendo praticado no âmbito virtual, mediante adaptação dos meios para tanto, sendo, portanto, novas formas de realizar velhos crimes. Um exemplo disso seria o crime de estelionato, o qual é definido pelo Código Penal, no artigo 171, como o ato de "obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento". No ambiente virtual este crime é praticado frequentemente, e ocorre geralmente em relação a vendas ou alugueis de bens, dentre outros exemplos.

Para ilustrar o caso acima demonstrado, Jesus; *Milagre* (2016) menciona um caso publicado pelo portal de notícias G1, o qual já expôs diversos casos de estelionato através da internet, no qual diversos turistas foram vítimas do crime após visualização de anúncios para aluguel de imóveis para temporada no litoral de Santa Catarina, divulgados em redes sociais e sites de compra e venda. Os turistas eram atraídos por valores inferiores aos praticados no mercado, ou até mesmo compatíveis, mas quando se dirigiam ao local do imóvel eram surpreendidos com o fato de que o imóvel era alugado para mais de uma pessoa no mesmo período.

Quanto aos crimes praticados exclusivamente na rede, estes não estão previstos no Código Penal, mas considerando que a atividade virtual também é objeto de proteção por parte do Estado, alguns deles vêm sendo previstos em legislações específicas sobre crimes virtuais, a exemplo da lei nº 12.737/2012, que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos.

Levando em consideração a abordagem realizada até o momento, necessária pontuar que existe uma subdivisão relativa a aspectos como a maneira e o objeto do

crime virtual praticado, que poderá justificar os argumentos acima mencionados. Com base nisso, estes crimes podem ser classificados como próprios ou impróprios.

Os crimes virtuais próprios são aqueles em que o computador é o objeto e o meio pelo qual é cometida a infração, de modo que a conduta praticada pelo criminoso, realizada através de um computador, atinge o software ou hardware do sistema do computador da vítima. Nota-se que há uma violação a um aparato tecnológico específico, um bem material derivado do advento da expansão tecnológica (MINSKI. 2018, p. 21), de forma que não se trata da ofensa a bem-jurídico protegido pelo Código Penal.

Quanto aos crimes impróprios, o criminoso utilizaria a tecnologia para concretizar um crime que busca atingir um bem jurídico protegido específico, um bem imaterial, que em nada diz respeito ao computador em si, como ocorre nos cibercrimes próprios. Neste caso, cumpre ressaltar que dizem respeito a crimes que já existem no aparato normativo penal brasileiro, contudo, são praticados através de uma nova ferramenta. De acordo com Aragão (2015, p. 62), “é importante ressaltar que para os crimes cibernéticos impróprios é possível a aplicação da legislação penal vigente, pois, como já se disse, trata-se simplesmente de técnica nova para cometimento de delitos que já existem”.

Levando em consideração as informações acima apresentadas, segundo dado apresentado por Cassanti (2014), 95% dos crimes praticados na internet já estariam previstos no Código Penal, o que leva a conclusão de que a grande maioria dos delitos praticados na rede seriam crimes impróprios, e quanto aos outros 5% que não foram abarcados pela normal penal brasileira, diriam respeito aos delitos virtuais próprios, ou novos crimes inerentes ao uso da internet.

2.3 A disseminação de *fake news* na internet

Segundo o dicionário de Cambridge, a expressão *fake news* estaria atrelada à ideia de histórias falsas que estariam revestidas da aparência de serem notícias jornalísticas, as quais normalmente seriam lançadas através da Internet, ou por outras mídias, sendo normalmente criadas para influenciar posições políticas, ou como uma forma de fazer piadas.

A expressão em questão tem sido considerada por muitos de forma equívoca como se fosse um crime passível de punição por parte do Estado. Na realidade, não

existe no Código Penal brasileiro um dispositivo que tipifique o ato de criar ou disseminar notícias falsas como uma prática sujeita a punição pelo poder público.

Segundo informações do CanalTech, laboratório especializado em cibersegurança da PSafe, no segundo trimestre do ano de 2018 o Brasil teve 4,4 milhões de casos de fake news sendo compartilhadas no período, segundo pesquisa realizada pelo laboratório de cibersegurança da Psafe, startup brasileira que oferece soluções de segurança para computadores e smartphones. A empresa destaca o Sudeste como a região que concentra a maior parte dos casos (48,3%), seguida pelo Nordeste (27,9%) e Sul (8,9%). Ainda, menciona que assuntos que lideram o compartilhamento das notícias fraudulentas são os que tratam de como ganhar dinheiro de forma fácil e rápida, informações sobre celebridades e influenciadores e notícias sobre política.

Dessa forma, é possível observar que os indivíduos que compartilham *fake news* se utilizam de mecanismos que garantem a curiosidade ou interesse do usuário da rede, como uma forma de “isca”, que podem versar sobre as mais diversas matérias.

Neste sentido, dentre toda uma diversidade de conteúdos que podem ser objetivo de notícias falsas, os crimes contra a honra têm sido objeto de discussões no atual cenário jurídico brasileiro. Os atos de difamar, injuriar e difamar alguém através da divulgação de notícia falsa são alguns dos conteúdos publicados pela internet, e neste caso, a conduta praticada poderia ser facilmente punida mediante a utilização dos dispositivos inseridos no Código Penal, uma vez que o crime em si seria a intenção de publicar conteúdos inverídicos a respeito de uma determinada pessoa, atingindo a sua honra. Assim, poderia simplesmente ocorrer a aplicação do art. 141, III do CP, uma vez que o meio empregado, ou seja, a internet, facilita a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.

Apesar da existência de delitos do Código Penal que podem ser praticados através da disseminação de notícias falsas, o ato de tornar público ou compartilhar *fake news* não possui previsão legal, e considerando que de acordo com o art. 1º do CP não há crime sem lei anterior que o defina, e não há pena sem prévia cominação legal, observa-se que o haveria uma lacuna que o Estado não poderia suprir em relação a esta prática.

Quanto a esta temática, existem diversos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional para regulamentar estas condutas, uma vez que têm crescido de forma acelerada no mundo atual, gerando grande preocupação por parte do poder

público, como por exemplo, os projetos de lei de nº 3063/202013, 3131/202014, 1394/202015, dentre outros.

Tamanha é a atenção que tem sido dada a disseminação das *fake news*, que o Supremo Tribunal Federal instaurou inquérito para apuração desta prática, alegando que a própria corte estaria sendo vítima de notícias fraudulentas com teor de ameaça e ofensa a honra do tribunal, de seus membros, e familiares, conforme demonstrado no documento inaugural do procedimento administrativo.

Assim, fica demonstrada que a dispersão de notícias falsas é uma conduta que tem influência em diversos meios, seja no âmbito privado ou público, uma vez que qualquer indivíduo está sujeito a sua prática, de modo que o poder público tem buscado formas que coibi-la, pois é capaz de gerar prejuízos não apenas materiais, mas também à moralidade, à honra dos sujeitos atingidos.

2.4 A lei do marco civil da internet (12.965/14)

Antes inexistia uma legislação própria e específica no direito brasileiro para enquadrar as condutas danosas ocorridas no meio virtual. E atualmente, mesmo existindo normas disciplinando o uso da internet ainda persiste tal dificuldade, haja vista, a complexidade dos casos concretos apresentados ao Poder Judiciário, notadamente por envolver direitos fundamentais, onde de um lado geralmente está o direito à liberdade de expressão e do outro o direito à privacidade e/ou honra.

As manifestações de pensamento na internet, [...] encontram sua base constitucional no direito à liberdade de expressão. Frequentemente tal direito irá colidir com o direito de outros indivíduos à honra, à intimidade e à vida privada, exigindo que o intérprete utilize a técnica da ponderação para encontrar a solução adequada ao caso concreto (NASCIMENTO, 2019, p. 10).

A Constituição da República Federativa do Brasil (1988) dispõe em seu artigo 5º, inciso IV que — é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato, sendo assim considerado um dos direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna como uma de suas cláusulas pétreas.

É importante mencionar, que contrariamente aos meios convencionais de comunicação, nem sempre é possível identificar o autor da informação publicada na

internet, prejudicando dessa maneira, a identificação do responsável pelos danos causados a terceiros, vejamos o entendimento de Reinaldo Filho (2011):

A sua posição é diferente de um editor de mídia tradicional, que geralmente tem o completo controle sobre o conteúdo que divulga em seu veículo de comunicação. [...] Desse poder de controle, decorre a responsabilidade pela publicação de informações danosas. [...] Por essa razão, responde solidariamente com o fornecedor da informação, ao levá-la ao conhecimento do público.

Há uma grande dificuldade nos casos práticos para identificar o verdadeiro autor de publicações ofensivas porque o provedor de internet não disponibiliza mecanismos de segurança suficientes para identificar todos os seus usuários, deixando margens para os indivíduos que se utilizam do mundo virtual para a prática de ilicitudes.

Nessa perspectiva, eram intensos os debates antes da promulgação da Lei nº 12.965/2014 nos tribunais brasileiros quanto a responsabilidade civil por veiculação na internet de conteúdo gerado por terceiros.

Embora o quadro jurisprudencial fosse, ainda, muito diversificado e não se pudesse falar em posições unânimes ou consolidadas, o exame das decisões judiciais brasileiras revelava uma firme marcha rumo à superação da tese da irresponsabilidade das sociedades empresariais proprietárias de redes sociais e sites de relacionamento. Tais proprietárias – que, no afã de afastar sua responsabilidade, preferem se autodenominar meras —gestoras, mas que, em verdade, são juridicamente proprietárias da marca, do endereço eletrônico, do espaço publicitário e de tudo o mais que compõe a rede social [...] (SCHREIBER, 2019, p.08).

Nos tribunais brasileiros, antes do marco civil da internet era notória a tendência das decisões pela irresponsabilidade das empresas provedoras, contudo, o entendimento não era pacificado em âmbito nacional. Permanecendo o embate, onde de um lado estava as vítimas do conteúdo danoso publicado que de alguma maneira interferiam na vida pessoal e/ou profissional ansiando por reparação, e do outro lado, as sociedades empresariais donas das redes sociais argumentando não serem

responsáveis pelas publicações inseridas por terceiros, já que não existia a possibilidade de controlar todas as publicações dos usuários.

De outra banda, as cortes pátrias também pendiam pelo entendimento de que as empresas provedoras de internet, uma vez que utilizam as redes sociais com a intenção em auferir ganhos e vantagens econômicas a partir de seu uso mesmo que indiretamente deveriam de alguma maneira ser responsáveis pelos efeitos dos atos lesivos praticados na internet. Nessa direção, confira-se um acórdão proferido pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul julgado ainda no ano de 2013:

[...] UTILIZAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE FOTOGRAFIAS DO AUTOR FINALIDADE DE FAZER CHACOTA OFENSA À DIGNIDADE E MORAL DA PESSOA DANO MORAL PRESUMÍVEL IN RE IPSA RESPONSABILIDADE DA GOOGLE - OMISSÃO EM RETIRAR AS OFENSAS PROFERIDAS DA REDE SOCIAL "ORKUT" –[...]. Ainda que não seja a Google responsável pela hospedagem do site que veiculou fotos não autorizadas do autor, deve ela ser mantida no polo passivo da lide em razão da alegada omissão em retirar as fotos e comentários pejorativos da rede social que administra, denominada "Orkut". Não se configura cerceamento de defesa o fato da sentença ter condenado a ré tão somente ao pagamento de danos morais, ainda que tenha o autor requerido também indenização por danos à imagem.[...] Porém, tratando-se de atividade de risco - com a qual a ré auferia lucro, destaque-se -, em que qualquer pessoa pode facilmente criar falsos perfis e comunidades de conteúdo ofensivo, causando, assim, dano à honra e imagem de outrem, é caso de responsabilidade civil objetiva, nos termos do art. 927, parágrafo único, do CPC. Ou seja, se este risco é inevitável e a ré o assume, diante dos benefícios que obtém, responde pelos prejuízos. [...] (BRASIL, 2013).

Não era incomuns decisões nesse sentido, em que se argumentava a teoria da atividade do risco, uma vez que as empresas tinham ciência que o risco era inevitável e ainda assim optavam por assumir esse risco em razão dos benefícios e vantagens obtidos, desta maneira também deveriam arcar com os prejuízos. Já em outros

julgados mesmo quando se reconhecia a complexidade técnica das empresas provedoras fiscalizarem o conteúdo das publicações nas redes sociais, ainda assim em sua maioria não excluía por completa a responsabilidade das empresas. Sendo uma espécie de responsabilidade vinculada, que dependia da notificação do conteúdo danoso pela vítima e só após essa comunicação se a empresa não tomasse as devidas providências é que poderia ser responsabilizada por omissão.

Já na jurisprudência estrangeira ocorreu uma decisão que ficou conhecida como o caso *Cubby, Inc. vs. CompuServe, Inc*, que foi um dos primeiros julgados sobre difamação na internet, julgado pela Corte Distrital de Nova Iorque que decidiu pela inexistência de responsabilidade por parte da CompuServe, sob o fundamento de que a empresa enquanto provedora de conteúdo não teve a viabilidade de ver previamente o conteúdo da publicação antes de ser postada na rede, não podendo desta forma ser responsabilizada pela mensagem exposta.

Com a intenção de pacificar o debate, foi promulgada uma legislação própria, a Lei nº 12.965/2014, conhecida popularmente como o Marco Civil da Internet. Esta lei foi a responsável por regulamentar o uso da internet no Brasil e teve como um de seus principais objetivos o de garantir uma rede livre, além de unificar o entendimento jurisprudencial e doutrinário. Uma vez, que toda essa discussão se dava em torno da omissão de regulamentação própria, pois muitas das decisões eram fundamentadas em dispositivos esparsos, por analogia ao Código Civil ou ao Código do Consumidor combinados com disposições da Constituição Federal de 1988.

Dentre todas as suas atribuições, encontramos também a neutralidade da rede, inviolabilidade da intimidade e da vida privada, inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, não suspensão da conexão à internet, manutenção da qualidade contratada. Quando falamos de inviolabilidade da intimidade e da vida privada, quer dizer que o cidadão que contrata a internet não pode ter a sua privacidade invadida, se não por ordem judicial.

Outra garantia, dada pelo MCI, é a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet. Uma violação desse tipo seria, por exemplo, o provedor fazer acesso indevido dos e-mails de clientes ou, ainda, escutar, de alguma forma, as ligações telefônicas via VoIP (Voz sobre IP) de clientes.

Antes do MCI, em alguns casos, provedores de internet e *sites* vendiam dados de clientes para outras empresas, como por exemplo, e-mails, telefones, CPFs, fotos,

vídeos etc. Não, incomum, esses clientes recebiam SMS e ou mensagens de e-mails com spam lhes oferecendo diversos produtos ou serviços que não haviam solicitado.

Depois da lei aprovada, os dados de clientes de tornaram invioláveis, não sendo permitido seu uso para outro fim, se não, o contratado. Empresa provedoras de internet e sites não podem repassar dados de clientes e usuários para terceiros e nem os divulgar sem a devida autorização, ou seja, o usuário está resguardado por lei, conforme preceitua o Art. 21 do M.C.I:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Mais um aspecto importante da lei é a garantia da rede, no qual o provedor de internet não pode suspender a conexão com a internet de uma hora para outra, sem justificativa prévia. Tal suspensão só pode ocorrer por inadimplemento.

A lei resguarda o usuário quanto à garantia da manutenção da qualidade contratada, velocidade e a estabilidade da conexão. O contratante deve ler o contrato do fornecimento de serviços de internet antes da sua assinatura, a fim de validar se está de acordo com o que está sendo ofertado.

O MCI deixa claro a responsabilidade das empresas provedoras de internet, ainda sobre guarda de dados e prazo, a exemplo de dados pessoais, horário de entrada e saída e sites que foi navegado. O provedor é responsável pela guarda de dados do usuário, contudo para se retirar da internet algum conteúdo julgado indevido ou não autorizado, isso só poderá ser feito mediante ordem judicial. Vale salientar que o responsável pela retirada do conteúdo publicado é o site, aplicativo ou provedor detentor dos dados.

Em se tratando de registro de conexão, a primeira informação que o provedor de internet guarda é o IP do usuário. O segundo registro, data/hora do início de acesso.

Por fim, registra a data/hora do término. Em caso de necessidade de resgate dos dados, mediante ordem judicial, a partir das informações registradas pelo provedor é possível identificar o usuário que se conectou, o horário e seu local de conexão. O prazo de guarda de registro de conexão dessas informações é de um ano e o prazo de registro de acesso são de 6 meses, sendo o provedor de internet responsável por identificar os sites acessados.

Quando falamos sobre a neutralidade da rede, quer dizer que o provedor de internet contratado não pode impor qual serviço o usuário utilizará ou quais *sites* irá acessar. Exemplos podem ser: ao assinar um contrato de banda larga, a empresa não informa a velocidade de banda, entretanto nas entrelinhas do contrato há a especificação de velocidade taxada em 10Mb. Ao acessar a Netflix ou Skype, o usuário percebe o serviço lento e não condizente com a velocidade contratada. De outra forma, o provedor não pode, de forma alguma, priorizar o serviço de Netflix em detrimento do serviço de Skype ou quaisquer outros.

No entanto, o Marco Civil da Internet, que teoricamente foi criado com objetivo de estabelecer princípios e garantias, direitos e deveres para o uso adequado da internet, com essa aparente solução que foi previamente definida, ao invés de diminuir o imbróglio jurídico terminou por aumentar ainda mais os trâmites dentro dessa esfera. Assim apontaram os especialistas Peck e Rocha:

No passado, antes da vigência do Marco Civil da Internet, a remoção de qualquer conteúdo dependida apenas de mera notificação extrajudicial pelo solicitante, cabendo ao provedor de aplicação retirar ou não o conteúdo do ar. No caso de recusa, movia-se a ação judicial competente” (2018, pag. 36).

Considerando o que foi dito pelos autores, depois do Marco Civil da Internet se percebe que a retirada de algum conteúdo inapropriado ou desautorizado cujo teor, por exemplo, fosse de caráter difamatório, caluniador, onde o provedor não se propusesse a retirar do ar por uma simples notificação extrajudicial, esse conteúdo ficaria exposto até uma suposta ação judicial que fosse movida a pedido da pessoa que se sentiu ofendida.

Assim, percebe-se que houve um impacto negativo na celeridade da retirada de conteúdo indevido da internet, após a promulgação da lei do Marco Civil da Internet e isso acarretou, em alguns casos, prejuízos maiores:

Em casos analisados na prática, uma decisão relativamente rápida determinando a remoção de conteúdo do Facebook, por exemplo, exige nada menos que 4 (quatro) dias entre a distribuição de uma ação judicial e a efetiva retirada do conteúdo da plataforma. Em 96 (noventa e seis) horas o estrago já está feito, como dizem no popular. (PECK, ROCHA, 2018, pag. 34).

Diante disso, o Brasil tem logrado êxito em criar medidas alternativas à repressão penal, como o Marco Civil da Internet, e a Lei Geral de Proteção de Dados. Exemplo de avanço no combate à criminalidade virtual, a Lei Geral de Proteção de Dados entendida como Código Virtual, por conceder o direito à personalidade e o Marco Civil da internet. Ambos têm como premissa conferir direitos aos usuários, protegendo seus dados, bem como estabelecer deveres à boa utilização destes.

Portanto, também, que os provedores de Internet são os responsáveis pela intermediação e condução das relações na internet, bem como pelo fluxo das informações e pelos efeitos da rede. Dessa maneira, a atividade dos provedores não é caracterizada como uma atividade de risco. Sendo assim, não podem ser responsabilizados de forma objetiva por atos praticados por terceiros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do avanço dos recursos tecnológicos e científicos disponíveis atualmente, a sociedade de modo geral evoluiu mais rápido que o esperado. A internet trouxe uma série de benefícios a toda população, apresentando novidades jamais antes vistas. Com isto, alguns criminosos viram neste mundo virtual a possibilidade de cometer crimes, desvirtuando o fim para o qual ela foi criada.

Ao delinear os fatos antijurídicos e suas respectivas destinações no âmbito da Rede Mundial de Computadores, é possível comprovar a necessidade de uma educação que oriente ao bom uso da Internet. Oferecendo subsídios legais através da pena com objetivo de desestimular a práticas lesivas decorrentes do uso da comunicação. É fato que a internet, assim como a criminalidade, se alastra com velocidade superior às leis existentes, daí a importância em se alterar a legislação penal o quanto antes, para que se adeque aos novos tipos penais que surgem a cada dia.

É de conhecimento de todos que atuam e laboram na área do Direito, que o Código Penal Brasileiro de 1940 está parcialmente ultrapassado e necessita

urgentemente de uma reforma, afinal muitas condutas que eram reprováveis à época de sua criação já não são mais tão relevantes, bem como outros comportamentos atuais que carecem ser inseridos dentro do ordenamento jurídico.

A legislação por ser espaça e dificulta possibilitou ao trabalho se ausentar de algumas normas que não foram capazes de ser analisadas em decorrência do exíguo espaço temporal. Contudo chegou ao objetivo proposto de analisar os aspectos controversos sobre a responsabilidade civil do provedor de internet relacionado aos perfis fakes e a proteção da honra.

Os projetos de lei sobre o assunto precisam ser aprovados o quanto antes, pois só assim o Estado poderá demonstrar sua força perante os transgressores que usam a internet para satisfazer suas ilicitudes.

Ademais, o presente trabalho visou contribuir e ajudar os pesquisadores e estudiosos do direito para que o conhecimento a respeito da matéria avance cada vez mais, servindo como apoio para a realização de novos estudos acerca do tema e como fonte de informação a entusiastas que acreditam que a legislação penal brasileira necessita urgentemente de modificações no que tange ao direito informático.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Marcelo Barreto de. **Comércio Eletrônico - Marco Civil da Internet – Direito Digital**. Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo. 2017.

BRASIL, **Constituição Federal** (1988). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 13 março, 2021.

BRASIL, **Código de Processo Penal** (1941). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 9 março, 2021.

BRASIL, Lei nº 12.830 (2013). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm> Acesso em: 09 abril, 2021.

CASTELLS, Manuel. A rede é a mensagem. In: CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet: Reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro:

Zahar, 2013. Disponível em:

<https://zahar.com.br/sites/default/files/arquivos/trecho__a_galaxia_da_internet.pdf>.

Acesso em: 14 fev. 2019.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet: Reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade.** Rio de Janeiro: Zahar, 2013

CASSANTI, Moisés. **Crimes virtuais, vítimas reais.** Rio de Janeiro: Brasport, 2014.

G1. On-line, 01 abr. 2013. Disponível em:

<<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/04/lei-carolina-dieckmann-que-pune-invasao-de-pcs-passa-valer-amanha.html>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

G1. On-line, 21 fev. 2018. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/brasil-tem-116-milhoes-de-pessoas-conectadas-a-internet-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em: 16 março 2021.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet.** 2005. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, São Paulo, 2015.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. **Manual de crimes informáticos. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.**

MINSKI, Bruno Henrique Zanette. **Crimes cibernéticos e a responsabilidade dos provedores: uma análise conceitual e legislativa sob a ótica da sociedade de informação e do risco.** Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018.

MONTEIRO, Renato. **Crimes eletrônicos: uma análise econômica e constitucional.** Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2019.

MORAES, Thiago Guimarães. Responsabilidade Civil de Provedores de Conteúdo da Internet. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Brasil, v. 4, n. 2, p.81-100, jun. 2015.

NASCIMENTO, Andréa Ana. **A atividade policial nas delegacias especializadas do Rio de Janeiro: Considerações Práticas.** Segurança pública e cidadania. Brasília, 2019.

REINALDO FILHO, Demócrito. A jurisprudência brasileira sobre responsabilidade do provedor por publicações na internet: a mudança de rumo com a recente decisão do STJ e seus efeitos. **Revista Magister**, Porto Alegre, v. 7, n. 42, p.82-93, jun. 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso?:** A Responsabilidade Civil por Dano derivado do Conteúdo Gerado por Terceiro. 2018.

SOUZA, Ana Maria Pereira de; SANTOS, Kathiúscia Gil. Legislação penal simbólica e seus efeitos: uma análise jurídica e social. **Revista Integart**, Vitória da Conquista, v. 01, n. 01, p.111-124, maio 2017.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo.** Scielo. São Paulo, 2015. Disponível em:
<https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000100269> Acesso em: 20 abril, 2021.

REMIÇÃO DE PENA, PELO TRABALHO, NO ESTADO DO AMAZONAS.

WILLIAM FERREIRA COSTA:

Bacharelado do curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil campus Manaus.

INGO DIETER PIETZSCH²⁸

(orientador)

RESUMO: Este artigo teve por objetivo estudar meios pelos quais os presídios ou o sistema prisional possibilitem a reabilitação, a ressocialização e a reintegração do preso à sociedade por meio do trabalho, além de especificamente apresentar evolução histórica sobre a pena privativa de liberdade; identificar nas leis existentes os meios pelos quais seja possível a ressocialização do preso no sistema prisional; e verificar a eficácia das regras de ressocialização do preso no sistema prisional brasileiro por intermédio do trabalho. Em uma perspectiva do direito, são analisadas as implicações sociais (práticas e simbólicas) do exercício da atividade laboral na relação com o tempo das pessoas detidas. A questão da remissão da pena por dia trabalhado. O trabalho contribui para a segurança da prisão. Para os presos, é um forte recurso para reapropriação espacial e temporal em um contexto de privação de liberdade. O trabalho prisional é analisado como uma instância de socialização em uma continuidade da vida profissional passada dos presidiários. O estudo proposto refere-se a análise da ressocialização dos egressos do Sistema Prisional Brasileiro, sob os aspectos do direito, tendo como vértice, o direito penal. O trabalho foi construído por pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos que tratam do tema em um conexão ascendente dos conceitos aplicados. Durante o tempo de cumprimento da pena, o preso fica envolvido em uma sociedade fechada formada por vários aspectos negativos, sem valores e objetivos claros, tornando difícil ou quase impossível a ressocialização do indivíduo às normas da sociedade aberta.

Palavras-Chave: Sistema Prisional. Trabalho nas prisões. Ressocialização.

ABSTRACT: This article aimed to study ways in which prisons or the prison system allow the rehabilitation, resocialization and reintegration of the prisoner into society

²⁸ Graduado em Direito pelo CEULM/ULBRA (2007). Tem experiência na advocacia e na docência. Graduado, também, em Teologia - Seminário Concórdia IELB (1984). Tem experiência na área de Teologia e na docência, com especialização em Teologia Prática - EST- IECLB (2004). pietzsch.advocacia@gmail.com

through work, in addition to specifically presenting historical developments regarding the custodial sentence; identify in existing laws the means by which it is possible to re-socialize the prisoner in the prison system; and verify the effectiveness of the prisoner's re-socialization rules in the Brazilian prison system through work. From a legal perspective, the social implications (practical and symbolic) of the exercise of labor activity in relation to the time of detainees are analyzed. The issue of remission of the sentence per day worked. Work contributes to prison security. For prisoners, it is a strong resource for spatial and temporal reappropriation in a context of deprivation of liberty. Prison work is analyzed as an instance of socialization in a continuity of the past professional life of prisoners. The proposed study refers to the analysis of the resocialization of graduates of the Brazilian Prison System, under the aspects of law, having as its vertex, criminal law. The work was built by bibliographic research in books and scientific articles that deal with the theme in an upward connection of the applied concepts. During the time of serving the sentence, the prisoner is involved in a closed society formed by several negative aspects, without clear values and objectives, making it difficult or almost impossible to re-socialize the individual to the norms of the open society.

Keywords: Prison System. I work in prisons. Resocailization.

1 INTRODUÇÃO

A administração penitenciária, a quem cabe à execução da pena privativa de liberdade, é responsável por colocar em prática uma experiência social única para qualquer condenado: viver por um Tempo dado em determinado espaço e, portanto, ser privado de usufruir o tempo e da liberdade de movimento (BITENCOURT, 2016).

Entre as atividades oferecidas aos presidiários, há uma que ajuda a preencher essa lacuna no tempo: o trabalho prisional. A fim de compreender o que constitui a experiência do trabalho no contexto prisional, este artigo consiste, em primeiro lugar, em examinar o que os presos fazem com seu tempo a partir de uma perspectiva do trabalho, que também se baseia no trabalho sociológico sobre prisão (BITENCOURT, 2016).

Na relação entre tempo, trabalho e civilização, o historiador Edward Thompson em 1867 conceituou a mudança no regime de tempo entre as sociedades antigas e as sociedades industriais mecanizadas, contrastando o tempo orientado para a tarefa com a medição do tempo avaliada em unidades de tempo (CARDIA, 2014).

As normas temporais que caracterizam as sociedades mercantis estão intimamente ligadas ao sistema de organização social, ou seja, ao modo de produção

capitalista, que Marx disse: “O tempo é tudo, o homem não é não é nada, é no máximo a carcaça do tempo” (CARMINE, 2011, p. 33).

Hoje, o tempo privado é amplamente regido pela pressão do tempo de trabalho. A tendência e redução efetiva do tempo de trabalho na escala da vida humana não significa que o tempo de trabalho afrouxaria sua restrição, os novos padrões temporais tendem antes na direção da colonização do tempo (CARMINE, 2011).

O ser humano sempre foi um ser gregário, que não sabe viver sozinho, precisando de companhia, primeiro da mulher, depois da prole, formando assim, o primeiro grupo social, o da família. A reunião das famílias formou a tribo, a reunião das tribos formou a nação (GARCIA, 2015).

A raça, o meio ambiente, a linguagem, os costumes diferenciaram as nações, tornando-as, pelas lutas de interesses, inimigas entre si, mesmo porque todos os membros sempre se caracterizaram pela agressividade natural da espécie. Cada nação ou sociedade em particular precisa de cooperação entre seus membros e de ordem social para sobreviver, diante das dificuldades de segurança e de alimentação e, especialmente, de defesa diante das ameaças dos inimigos externos (GARCIA, 2015).

A convivência pacífica de cada grupo social é um imperativo da sobrevivência humana. E somente esta sobrevivência se mantém pela disciplina de seus componentes aos costumes tribais ou sociais, na antiguidade, ou às leis nacionais, na atualidade (GOFMAN, 2014).

Assim, na história do Direito Penal, a pena, a princípio, era a reparação religiosa, depois vingança pessoal do ofendido, ou de sua família, ou de sua tribo, com a possibilidade de composição, ou acordo econômico, ideia provinda dos costumes bárbaros dos visigodos (Povo habitante da Península Ibérica, atual Espanha e Portugal) (GOMES, 2007).

Mais tarde, a pena deixou de ser vingança pessoal, passando para privilégio do Estado, como vingança social. O ofendido deixou de ter o direito de fazer justiça pelas próprias mãos, ficando esse direito restrito ao poder público. A vingança social, aplicada pelo Estado, evoluiu finalmente de modo a não ser mais considerada como represália social, mas apenas como punição restritiva e meio de recuperação. Na época atual, quando a pena, já correcional, passou a ser terapêutica penal, isto é, tratamento penalógico, segundo as modernas recomendações penais (KUEHNE, 2015).

Pela Lei de Execução Penal, o condenado é bem assistido, porém, a verdade é outra. Cumprindo pena em cadeia pública, penitenciária, colônia, albergue ou hospital,

todos estruturados de forma deficiente, a possibilidade de recuperação é nula. Por exemplo, são direito dos condenados: a) material, consiste na boa alimentação, vestuário e instalações higiênicas; b) saúde, entendido o tratamento médico, farmacêutico e odontológico; c) jurídica, compreende a assistência judiciária gratuita; d) educacional, abrange a formação escolar e profissional; e) social, responsável pelo preparo do preso para o retorno à sociedade; f) religiosa, consiste na participação de atividades religiosas, como missas e cultos com o egresso, entendido como a orientação e a instalação do preso no retorno ao meio social (RIBEIRO, 2018).

Dessa forma, este trabalho concentrou seu problema na questão: a pena aplicada quanto à ressocialização do preso pode torná-lo apto a ser reintegrado na sociedade? Suas hipóteses de sustentação são: o sistema prisional brasileiro não está apto a reintegrar o preso à sociedade por fatores ligados a falta de políticas públicas sociais e criminais que visem à humanização do sistema carcerário de forma que o indivíduo não entre no sistema de prisionalização, posto que, este é um sistema onde a cultura carcerária é absorvida pelo interno; durante o tempo de cumprimento da pena, o preso fica envolvido em uma sociedade fechada, formada por vários aspectos negativos, sem valores e objetivos claros, tornando difícil ou quase impossível a ressocialização do indivíduo às normas da sociedade aberta.

Tem por objetivo geral estudar meios pelos quais os presídios ou o sistema prisional possibilitem a reabilitação, a ressocialização e a reintegração do ex-presidiário à sociedade, além de especificamente apresentar evolução histórica sobre a pena privativa de liberdade; identificar nas leis existentes os meios pelos quais seja possível a ressocialização do preso no sistema prisional; e verificar a eficácia das regras de ressocialização do preso no sistema prisional brasileiro.

Trata-se de pesquisa bibliográfica e documental. Bibliográfica e documental em função de ser um estudo sistematizado desenvolvido com base em material publicado em livros e redes eletrônicas, que estão acessíveis ao público em geral.

A prisão de um indivíduo significa levá-lo a segregação do seu meio social, levando-o a desadaptação. Assim, durante o período de cumprimento de pena o detento como meio de sobrevivência procura se adaptar ao sistema social interno, ou seja, o sistema social carcerário, onde os valores são antagônicos aos da sociedade exterior. "A sociedade carcerária demonstra que a prisão vista em sua organização social real, não contribui para a ressocialização do recluso" (BITENCOURT, 2016, p. 134).

2 A PRISÃO NO BRASIL

Segundo Gonçalves (2014, p. 1) “a prisão consiste na privação da liberdade de locomoção; é a privação ou restrição ao direito de ir e vir mediante clausura”. Pontes de Miranda *apud* Gonçalves (2014, p. 1) define prisão como sendo:

Qualquer restrição de liberdade física, por detenção, ou retenção, dentro de casa, ou de penitenciária, ou de casa fechada destinada à punição, ou à correção, ou, ainda, qualquer constrangimento à liberdade física mediante algemas, ou ligações a pesos, ameaças, ordem de ficar, de ir, ou de ir, de permanecer dentro de determinada zona etc.

Como se pode observar pelas opiniões de dois juristas, a prisão é uma exigência amarga, porém imprescindível. Foi imaginada como uma das formas de penalizar. Sua origem está diretamente ligada à questão do direito eclesiástico (penitência = pena), no final do século XVI, onde a questão era castigar que não cumpria os preceitos e dogmas determinados pela Igreja (CAMARGO, 2012).

Da forma como se conhece hoje, a prisão como punição para quem comete algum delito contra a ordem natural das coisas determinada pelo Estado, data de fins do século XVIII e início do século XIX, com o surgimento do Código Criminal de 1808 na França (CARDIA, 2014).

A prisão foi à forma encontrada de manter pessoas acusadas de atentarem contra a Lei para serem julgadas para a posterior aplicações das sanções definitivas, que quase sempre eram muito desumanas, como o açoite, o arrastamento, a morte e outras. Na sua origem mais remota a prisão tinha apenas um caráter provisório e instrumental (CARMINE, 2011).

As prisões decorrentes das condenações irrecorríveis, as prisões antecipadas, provisórias, cautelares ou prévias, como são chamadas, predominantemente, a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão decorrente de decisão de pronúncia e a prisão de sentença penal condenatória passível de recurso, continuam se justificando como imperativo social. Essas restrições antecipadas, provisórias, cautelares ou prévias da liberdade individual devem circunscrever-se, rigidamente, ao modelo jurídico-constitucional e atender a seus fins, sob pena dessa opressão contingente e temporária não se justificar (SÁ, 2016).

A Constituição Federal garante em seu artigo 5º, inciso LXI, que o cidadão somente será tolhido de seu direito de ir e vir em virtude de prisão em flagrante ou por ordem escrita de autoridade judicial (BRASIL, 1988).

Além desses casos, somente se justifica a prisão administrativa que pode vir a ser apreciada judicialmente em caso de manifesta ilegalidade, ainda que pese a impossibilidade de exame de sua conveniência ou motivação, pois foge à esfera judicial a apreciação do mérito do ato administrativo (RIBEIRO, 2018).

Assim, a prisão continua sendo uma necessidade social que encontra amparo no direito constitucional. Porém, quando tem caráter antecipado, provisório cautelar ou prévio, deve estar rigidamente enquadrado dentro da previsão legal e obediente aos princípios constitucionais e jurídicos que norteiam nosso sistema. Esse amparo tem por fundamento garantir o direito à liberdade. Essa liberdade engloba aspectos filosóficos, reportando-se as sociedades utópicas inauguradas a partir de processos que defendiam a igualdade entre os homens (KUEHNE, 2015).

O tratamento nas prisões brasileiras continua a ser desumano. Apesar da violência urbana indicar que os presos merecem o tratamento que lhes é dado, na forma do direito isto não pode acontecer. Em sua grande maioria, a população carcerária é composta de pobres que são desrespeitados pela polícia e pelo Poder Judiciário (GOMES, 2007).

Durante o cumprimento da pena são entregues a lentidão da justiça e as privações do cárcere. Quando são libertados não conseguem emprego, não recebem apoio da sociedade e do governo. Por isso, caem facilmente na reincidência. Frei Beto (2009, p. 49) destaca:

Essa situação não é apenas perversa; é também contraproducente, do ponto de vista social. Ao manter os presos em condições subumanas, o Estado está contribuindo para que eles não só não se recuperem, como se tornem mais violentos. Quando são devolvidos ao convívio social, cobram um alto preço pelos maus-tratos. A delegacia funciona como escola primária do crime; a casa de detenção, como segundo grau; a penitenciária, como universidade.

Não resta dúvida que a prisão é um instrumento necessário para sujeitos que cometeram crimes e necessitam serem afastados do convívio social para que não voltem a ameaçar a sociedade. Mas, a prisão deve ser vista, pelo Estado e a sociedade como uma forma de produzir um reflexo no sujeito sobre suas práticas e prover a cura dos males por ele causados. Quando sair da prisão o sujeito deve estar apto a reintegrar-se na sociedade. Frei Beto (2009, p. 49-50) destaca que:

Os que apoiam a agressão física contra assassinos que cometeram crimes hediondos afirmam que quem priva um ser

humano do que ele tem de mais precioso, a vida, merece um castigo à altura. Dizem que a tortura é condizente com a barbaridade do crime cometido. Estamos, sem dúvida, de acordo quanto à necessidade de frear a violência, salvaguardar a justiça, garantir a segurança da pessoa e da sociedade, e punir adequadamente os que desrespeitam a vida. No entanto, a tortura não é a solução. Por que agredir fisicamente alguém que agrediu a outro, se queremos ensinar que é errado agir assim? A tortura oficializa a violência e ensina à sociedade que a brutalidade física é uma prática aceitável. A tortura exacerba o desejo de vingança e a vontade de fazer justiça com as próprias mãos. A violência, como forma de castigo, é incompatível com a santidade da vida.

O que autor se refere ao fato de que a prisão tem a função de regenerar e, da forma como funciona no Brasil esta função está totalmente desprovida de mecanismos que podem reinserir o sujeito apenado na sociedade. Além do problema estrutural dos presídios, uma gama significativa de fatores que poderiam ser amenizados não o são (FREI BETO, 2009).

A violação dos direitos previstos por lei, seja pela administração central – Secretárias de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, pelos funcionários ou pelo ambiente insalubre da prisão, que em muitos casos desconsideram os direitos dos presos (GOMES, 2007).

Ocorre, entretanto, demora nos benefícios, castigos corporais, confinamento em celas de segurança ou isolamento, acompanhamento inadequado da execução por parte de advogados do Estado, deficiência no atendimento médico e inexistência de cuidados odontológicos (GOFMAN, 2014).

Desses problemas, se destaca a situação da saúde. A precariedade desse item resulta, muitas vezes, das condições precárias da edificação, das celas úmidas, mal ventiladas, escuras, próprias para o desenvolvimento de doenças. Também não se prioriza a prevenção que é fundamental. A displicência com a saúde dos detentos é sentida logo que eles entram no estabelecimento. Segundo depoimento de um preso do Sistema Prisional Brasileiro, contido no Livro “Carandiru” (VARELLA, 1999, p. 112):

Antes do senhor, doutor, médico aqui só vem uma vez por semana, olhava pra gente, fazia perguntas e ia embora, não servia pra nada. Nunca fizemos exame, aqui na tranca. O barraco (nome dado à cela), só não é mais sujo porque a gente não deixa ficar

sujo. Se nós quer um pouco de limpeza, nós tem que fazer, né doutor.

A descrição mais detalhada sobre as normas prisionais brasileiras ou pelo menos suas aspirações para o sistema prisional, pode ser encontrada na Lei de Execução Penal (LEP). Adotada em 1984, a LEP é uma Lei extremamente moderna que reconhece um respeito saudável aos direitos humanos dos presos e contém várias provisões ordenando tratamento individualizado, protegendo os direitos substantivos, constantes na constituição federal e os direitos processuais que são direitos ligados à parte penal dos presos e garantido assistência médica, jurídica, educacional, social, religiosa e material. O foco dessa lei não é a punição, mas, ao invés disso, a reinserção, ou seja, a educação dos internos. Além de sua preocupação com a humanização do sistema prisional, também motiva juízes a fazerem uso de penas alternativas como fianças, serviços comunitários e suspensão condicional (GARCIA, 2015).

Estas penas alternativas são aplicadas em réus primários cujo potencial de recuperação é muito grande na avaliação do órgão competente. Neste sentido, os condenados na pena alternativa, acabam por prestar serviços em instituições públicas ou entidades sociais, como a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais – APAE (GARCIA, 2015).

Na opinião geral, o enclausuramento significa não só a privação do direito de ir e vir como forma de cumprimento de ordem legal, mas também todos os direitos de cidadania. Neste sentido, com base nos direitos, deveres e responsabilidades dos presos e na ideia de humanização da pena, a lei de Execução Penal nº 7.210 de 11.07.1984, salienta:

Art. 41 Constituem direitos do preso:

I- Alimentação suficiente e vestuário;

II- Atribuição de trabalho e sua remuneração;

III- Previdência social;

IV- Constituição de pecúlio;

V- Proporcionalidade na distribuição do tempo de trabalho, o descanso e a recreação;

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

VII- Assistência materiais, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

VIII- Proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX- Entrevista pessoal e reservada com o advogado;

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

XI- Chamamento nominal;

XII- Igualdade de tratamento, salvo quanto à exigência da individualização da pena;

XIII- Audiência especial com o diretor do estabelecimento;

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

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

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

A população carcerária do Brasil está distribuída em vários estabelecimentos de diferentes categorias, incluindo penitenciárias, presídios, cadeias públicas, cadeiões, casa de detenção e distritos ou delegacias policiais. A LEP estabelece que várias categorias de estabelecimento sejam identificáveis por características específicas e que sirvam a tipos específicos de presos. Na prática, no entanto, essas categorias são muito mais maleáveis e a troca de presos das várias classificações entre os diversos estabelecimentos, muito maiores do que a lei sugere, ou seja, em Cadeias, por exemplo, lugar reservado a presos provisórios, se presos condenados. Direitos como a prisão semiaberta são dados há bandidos perigosos. (ABRAHÃO, 2014).

A solução para os problemas que atingem o sistema penitenciário, só será alcançada a partir da convicção de que esta não é uma causa isolada. Ao contrário necessita ser compreendida como um verdadeiro sistema de vasos comunicantes, ou seja, caminhos interligados, fundamentado em quatro pontos: a justiça social; o

sistema policial; o sistema judiciário e o sistema penitenciário. Além disso, exige uma ampla discussão envolvendo todos os segmentos sociais, cujos componentes não devem permanecer contaminados pelo preconceito e pela indiferença. (ABRAHÃO, 2014).

3 O TRABALHO NAS PRISÕES

Dentre as atividades oferecidas na prisão, geralmente é o trabalho que ocupa as sequências mais longas (tempo quantitativo); ao fazê-lo, introduz uma modulação relativa do tempo (tempo qualitativo) que muito raramente é oferecida por outras formas de atividade (WAUTERS, 2013).

Além disso, os presidiários empregados em oficinas penitenciárias se enquadram na divisão de trabalho das empresas comerciais. Separados da vida social por decisão judicial, eles estão ligados organicamente à sociedade por meio de sua contribuição produtiva. Os presos podem trabalhar para a administração penitenciária (seja servindo diretamente a prisão pelo trabalho relacionado ao seu funcionamento, seja pelas outras formas que produz e vende bens) ou por empresas no âmbito da concessão de trabalho (ABRAHÃO, 2014).

O trabalho, portanto, contribui para a abertura das prisões para o mundo econômico ao solicitar empregadores. No entanto, os sociólogos do mundo prisional frequentemente apresentam a prisão como um microcosmo, um mundo fechado, talvez caindo na armadilha de uma forma de centrismo carcerário (NOGUEIRA, 2000).

Emblemáticos são os estudos que, favorecendo as interações entre os atores, têm prestado pouca atenção ao que conecta as prisões ao mundo exterior. Tanto a sociologia como do direito há muito veem a prisão como uma sociedade, o que explica em parte a ocultação da questão do trabalho. O problema da relação com o tempo que o exercício de uma atividade de trabalho produz nos presos - ou seja, dos efeitos do trabalho sobre suas percepções do tempo, bem como sobre suas práticas ocupacionais espaciais e temporais - revela os limites das abordagens. Centrado na prisão (BEGUIN, 2011).

A produção de uma análise do trabalho prisional permite contestar em parte a divisão entre vida reclusa e vida normal que Goffman (2014) observa que operava ali há mais de quarenta anos. Da mesma forma, tal análise mostra os limites do conceito de subcultura da prisão (utilizado em numerosos estudos da sociologia e do direito nas prisões, que seria caracterizado por uma solidariedade e lealdade infalível entre os presos e hostilidade contínua aos carcereiros e seus aliados).

Dias (2011) observa que depois de muitos estudos sobre o assunto, duas conclusões emergem das análises. Por um lado, na medida em que existe, essa cultura é tanto o produto das privações da prisão como da importação do meio social de origem. Por outro lado, a própria existência de tal cultura está em dúvida.

O espaço do trabalho tem se mostrado um local de neutralização parcial e efêmera do antagonismo entre guardas e presidiários. Além disso, as hierarquias específicas do grupo de presos existem no espaço de detenção, mas atuam pouco no espaço de trabalho, sejam em oficinas, sejam em hortas (EVANGELISTA, 2013).

Nesses lugares as relações sociais são construídas a partir de outros valores. Por exemplo, os ritos de sociabilidade e as atitudes uns dos outros podem variar; assim, apertar as mãos ou falar se torna possível no estúdio, mas não em outro lugar. Isso está ligado ao princípio da compartimentalização, do qual resulta uma infinidade de mundos sociais distintos quase impermeáveis uns aos outros (MOREIRA, 2013).

Segundo Foucault (1997, p. 269): “a recodificação da existência da prisão pode ser explicada a partir de três técnicas que agem na transformação do sistema carcerário – o isolamento do condenado em relação ao mundo exterior, a tudo o que o motiva à infração; a técnica da modernização da existência da prisão é o trabalho; e, a função da administração da privação da liberdade”.

O trabalho em prisões gerou muitas controvérsias quanto começou a ser instituído na França no século XIX, pois a classe operária identificava nele mais uma tentativa do Estado em buscar alternativas para diminuir os custos dos capitalistas por meio da redução salarial. Mas Foucault (1997) informa que esta visão, da classe trabalhadora, é distorcida em função de não aferir crescimento produtivo e tão pouco crescimento econômico.

Na realidade os objetivos do governo francês indicavam na busca de estabelecer mecanismos de controle da prisão por meio da manutenção da ordem, da regularidade de procedimentos para atingir diretamente a agitação e a ociosidade, que dominavam as prisões francesas. (CARMINE, 2011).

Foucault (1997, p. 271) observa que: “o trabalho nas prisões não se torna simplesmente uma forma lucrativa de desenvolvimento do capital, mas se constitui numa relação de poder onde a submissão individual leva ao ajustamento do homem a um sistema de produção”.

Dessa forma, o trabalho nas prisões começou a ser institucionalizado, principalmente em função das teorias sociológicas, antropológicas, filosóficas e

psicológicas como fundamentos de ressocialização dos egressos no sistema prisional. Em alguns países, principalmente da Europa e dos Estados Unidos-Canadá, algumas prisões são verdadeiras empresas produtivas. (CARMINE, 2011).

No Brasil, a prisão sempre funcionou como cárcere destinado à custódia de acusados aguardando a condenação ou a execução da pena. Na Colônia e no Império, essa espera, geralmente era pela condenação a morte. Essa legislação durou até cerca de 1830. Em 1850, começaram a aparecer os primeiros modelos em que, o trabalho diurno eram aceitos nas prisões, mas estas iniciativas eram incipientes (FRAZÃO, 2019).

Foucault (1997, p. 270), diz que, "em sua concepção primitiva, o trabalho dentro dos presídios não objetivava profissionalizar o indivíduo, mas sim ensinar a própria virtude do trabalho". Ou seja, é o passo decisivo para a ressocialização do preso, pois a "utilidade do trabalho penal não era o lucro, nem a profissionalização, mas a constituição de uma relação de poder de uma forma econômica vazia". Completa o autor:

A ordem que deve reinar nas cadeias pode contribuir fortemente para regenerar os condenados, os vícios da educação, o contágio dos maus exemplos, a ociosidade que originaram crimes, hábito, o gosto e a necessidade da ocupação, que se deem respectivamente o exemplo de uma vida laboriosa; ela logo se tornara uma vida pura, logo começarão a lamentar o passado, primeiro sinal avançado de amor pelo dever.

Diante das observações de Foucault (1997), se estabelece uma regra clara. O trabalho nas prisões não tinha objetivo de ressocialização, mas apenas garantir o sucesso dos sistemas de controle, pois para eles a introdução do trabalho daria paz e tranquilidade para elementos que não podem ficar ociosos pois se transformam em elementos perigosos, mesmo dentro das prisões. O caso brasileiro é exemplo claro.

As prisões no Brasil, em sua grande maioria são ociosas, não possuem sistemas de trabalho e acabam por se tornar violentas em todas as formas. Lá o crime organizado acaba por se sobrepor ao Estado e, ganha patamares de "donos da cadeia" (LEAL, 2011, p. 56).

A ausência do Estado é substancial. Sem dúvida que o trabalho tem uma importância significativa na vida das pessoas, pois acaba por funcionar como atestado de idoneidade daqueles que tiram a sobrevivência de suas labutas diárias (ABRAHÃO, 2014).

Para Marx apud Carmine (2011), o trabalho é visto como a essência do homem. O indivíduo educa-se, faz-se homem, na produção e nas relações de produção, por meio de um processo contraditório em que estão sempre presentes, e em confronto, momentos de educação e de deseducação e, portanto, de humanização e de desumanização.

Apesar de apresentar o trabalho como algo contraditório que dignifica e aliena o homem, Marx, destaca que o trabalho é fundamental para o homem. Dessa forma é o trabalho que constrói o homem. É através dele que o homem se olha no espelho e se reconhece. É algo muito prazeroso e, quando não é, alguma coisa está errada (CARMINE, 2011).

Diante dessa observação, fica claro que o trabalho é fundamental para que o homem se reconheça como homem e, nas prisões pode ser tornar elemento balizador de todo o processo de ressocialização de presos. Embora legislação penal tenha evoluído bastante ela ainda é incipiente no sentido de suplantar o domínio exercido pela sociedade dominante de que as penas devem ser todas os mais duras, principalmente no Brasil, que está instituindo prisões de segurança máxima, com a de Presidente Bernardes, em São Paulo, onde os presos passam 22 horas trancados e ociosos (EVANGELISTA, 201).

Faz-se necessário o desenvolvimento de ações voltadas para a geração de empregos e melhoria nos salários, bem como efetivas medidas para a absorção pelo mercado de trabalho dos egressos do Sistema Penitenciário, seja ela através de uma lei de incentivo fiscal, a exemplo do que foi feito com o menor aprendiz, ou até mesmo a instituição de um sistema de cotas. (CARMINE, 2011).

Assim, o trabalho na prisão funciona não só para ocupar o tempo do interno, como também para proporcionar uma forma de ressocialização. Os reclusos (individual ou coletivamente) são privados da sua capacidade de agir sobre as condições de produção e troca da sua força de trabalho, cujos termos de utilização são definidos pela Lei de Execuções Penais – LEP, não se aplicando a legislação trabalhista, embora muitos termos destas tenham que ser respeitados. Apenas o trabalho nas prisões, não se regem pelo CLT, mas pela LEP (WAUTERS, 2013).

Duas regras estabelecem um bloqueio duplo. Em primeiro lugar, as relações de trabalho dos reclusos não são objeto de contrato de trabalho: o estatuto significa a negação do indivíduo como sujeito legal como um contratante. Em segundo lugar, na prisão nenhuma forma de ação coletiva é tolerada (WAUTERS, 2013).

Os trabalhadores detidos estão de fato excluídos da esfera do direito do trabalho e de um de seus pilares, o direito de sindicalização. Nesse sentido, a pena de prisão é política, na medida em que priva os indivíduos de sua capacidade de agir - eles não têm acesso à saúde como alternativa para sair. Em si, isso é violência, uma manifestação daquele despotismo ordinário que caracteriza a prisão (FRAZÃO, 2019).

No Brasil, o trabalho prisional abrange diferentes tipos de trabalho para detidos. No ano de 2019, segundo dados do *site* G1 a população carcerária brasileira era composta de 737.892 presos (incluindo os em regime aberto), dentre as quais apenas 139.511 exerciam atividade laboral, o que corresponde a 18,9%. No Estado do Amazonas, a população carcerária era em 2019 de 8.306 presos com 729 trabalhando, ou seja, cerca de 7,5%.

No Brasil, segundo o *site* G1 menos de 2,0% exercem algum tipo de atividade remunerada. No Amazonas, esse percentual é menor do que 1,0%. A maioria dos presos conhece, em um momento ou outro de seu curso penal, uma experiência de trabalho.

Os diferentes tipos de trabalho prisional não se aplicam em todas as prisões brasileiras, o que representa um contrassenso a LEP. Mas em todas as prisões brasileiras, os presos exercem algum tipo de atividade laboral, nem que seja, de manutenção das instalações. Uma das diferenças marcantes no trabalho nas prisões do Estado do Amazonas está no fato de que a Colônia Agrícola Anísio Jobim produz hortaliças para o consumo da própria prisão e das outras unidades prisionais, também existe uma oficina de recuperação de cadeiras estudentis (WAUTERS, 2013).

Mas é uma iniciativa muito pouco utilizada, já que os presos poderiam ser utilizados, com remissão de pena, em manutenção de estradas, recuperação de ruas e calçadas, pintura de prédios públicos, manutenção elétrica e hidráulica de prédios públicos, etc. (CAMARGO, 2012).

O modelo americano poderia ser aplicado aqui no Estado do Amazonas, seguindo a lógica da LEP, ou seja, para cada 3 dias trabalhado, redução de 1 dia na pena. (WAUTERS, 2013).

Nos Estados Unidos os programas de trabalho na prisão se enquadram em três categorias principais: empregos no ambiente prisional, treinamento vocacional de curta duração na prisão e assistência de curta duração no processo de busca de emprego após a libertação (WAUTERS, 2013).

Além dessas três categorias, muitas prisões americanas possuem convênio com prefeituras de cidades e governo estaduais americanos para manutenção do aparelho

público, além da possibilidade de firmar contratos com empresas privadas para contratação de mão de obra prisional para realização de serviços, como manutenção de estradas rodoviárias e ferroviárias ou outros tipos de contratação (WAUTERS, 2013).

Existem também alguns exemplos de programas que abrangem várias categorias, na maioria das vezes fornecendo treinamento dentro da prisão junto com assistência na busca de emprego fora da prisão. A resposta curta para a questão de saber se algum deles reduzirá a reincidência (WAUTERS, 2013).

No Amazonas, o programa de trabalho na prisão tem por objetivo oferecer ao apenado a possibilidade de redução da sua pena como um programa de remissão de pena (para cada dia trabalhado; 1 dia de remissão), além de oferecer a oportunidade do preso desenvolver um profissão que o impeça de reincidir no crime quando deixar o sistema prisional. (ABRAHÃO, 2014).

Do ponto de vista dos planejadores de políticas de políticas públicas, esses programas de trabalho na prisão ocupam física e mentalmente os presos já que oferecem a oportunidade de eles ocuparem os seus tempos, além de ajudar na gestão do presídio, estabelecer uma forma de receita, além de abrir a possibilidade de o preso reduzir sua pena e pagá-la com a sociedade através de um programa de remissão de pena. (ABRAHÃO, 2014).

Antigamente, os presos preparavam o seu próprio almoço, o que dava um grande poder à pessoa da Cozinha segundo Varela (1999). Com o passar do tempo à governança pública resolveu comprar comida pronta, tirando dos presos a produção da alimentação. Evidentemente que os custos cresceram, por que antigamente, a mão de obra não era paga.

Assim analisando os documentos da Secretaria de Administração Penitenciária do Amazonas com relação ao trabalho, percebe-se que realmente menos de 800 presos trabalham do total de quase 9.000 presos em todo o Estado. Mas, não há dados disponíveis sobre a reincidência. Alguns deles já conseguiram mais de 300 dias de remissão de pena, o que representa que já exercem atividades laborais na prisão há mais de 3 anos.

Os dados também apontam que pouco menos da metade tinha um emprego, antes de entrar no mundo do crime. Alguns trabalhavam no mercado informal e outros no mercado formal, mas o envolvimento com drogas os afastou do emprego e, tiveram que se sustentar de alguma maneira. Primeiro começaram a trabalhar no mundo das drogas para pagar suas próprias dívidas; depois resolveram seguir no mundo do crime pelos ganhos serem maiores do que no ambiente laboral comum.

As variáveis pessoais e familiares sempre têm níveis significativos de associação, mas geralmente são moderados em relação ao emprego, com exceção da idade de entrada no mundo do crime, quem em média ocorreu aos 20 anos de idade.

Os dados da Secretária apontam que as mulheres são mais propensas ao trabalho na prisão e que tem mais possibilidade de não reincidirem, principalmente por conta dos filhos, talvez entre a população feminina os fatores culturais desempenhem um papel mais importante em mantê-las dentro de um programa de trabalho.

Os níveis de educação e formação da população carcerária no Amazonas são geralmente muito baixos, mas os níveis de emprego mais elevados e consolidados são alcançados por aqueles que têm educação e, especialmente, pelos poucos que iniciaram ou concluíram o ensino superior. A situação e os laços familiares (estado civil e filhos) mostram alguma associação entre ser casado e tentar não reincidir e procurar um programa de remissão, conforme Sampson e Laub (2015), mas esses fatores não afetam muito a possibilidade de encontrar um programa deste na prisão; pessoas solteiras têm maior probabilidade de reincidir e estão mais distantes da integração no mercado de trabalho, segundo Sampson e Laub (2015).

Ter filhos não é um fator determinante para explicar a procura por um programa de remissão de pena. Uma hipótese inicial sugeriria que a grande maioria dos presidiários são homens, que geralmente têm laços fracos com seus filhos. Observa-se que as mulheres com filhos alcançam inserção nos programas de trabalho do que as que não o fazem; as mães podem exercer funções não cadastradas e a base de dados utilizada não permite a análise dessas funções.

Em linha com a literatura (por exemplo, Wauters (2013)), análise da documentação da Secretaria de Administração Penitenciária do Amazonas também mostra que a idade é um fator importante associado à participação em programa de trabalho nas prisões no Amazonas. Os indivíduos abaixo de 30 anos são os mais reticentes a participarem de programas de trabalho, no caso dos presos do sexo masculino. No caso das presas do sexo feminino, isso não ocorre. A reticência delas se dá na relação tem filhos x não tem filhos. Também, os indivíduos com mais de 50 anos e que vão cumprir penas muito longas são aqueles que procuram em demasia os programas de remissão de pena. Assim evidencia-se que quanto mais jovens forem os infratores ao entrarem na prisão, menor será sua participação em programas de remissão de pena e maior será a probabilidade de reincidência. Aqueles que ingressam na idade intermediária têm melhor desempenho nos programas de trabalho na prisão, segundo a documentação da Secretaria de Administração Penitenciária do Amazonas.

CONCLUSÃO

Os programas de trabalho são comuns na prisão conforme determina a LEP, mas não são necessariamente projetados para reduzir a reincidência no Brasil, já que o principal pressuposto é a redução da pena (para cada 3 trabalhados, 1 dia de redução da pena).

Neste ponto de aprendizado, não se sabe quais programas de trabalho terão sucesso na redução da reincidência. Neste artigo, foi construído uma visão da importância dos programas de trabalho se desvia um pouco de uma estrutura econômica simples que sugere que o aumento dos retornos legais levará à redução do crime. É improvável que qualquer habilidade aprendida na prisão durante programas de treinamento profissional relativamente curtos altere fundamentalmente o cálculo de custo-benefício que levou ao período de encarceramento em primeiro lugar para mais do que um pequeno número de infratores.

Qualquer programa que espera causar uma mudança em grande escala deve se concentrar em mudar as preferências de um indivíduo ou mudanças de orientação fundamental. Essa mudança na orientação fundamental é o que os criminologistas discutem em sua descrição do processo de desistência. Todas as evidências disponíveis sugerem que essa mudança não é fácil de instigar de fora, embora muitas pessoas aparentemente cheguem a esse estágio por conta própria à medida que envelhecem. A literatura informa que geralmente os presidiários sugerem que a maioria espera pelo menos em algum nível evitar o crime ao sair da prisão.

A chave é se eles podem tomar as medidas necessárias para ter sucesso no mundo real sem crime, especialmente se o crime ainda parecer mais atraente para o trabalho no curto prazo. O treinamento profissional e os programas de trabalho na prisão podem fornecer uma maneira de começar a construir e manter uma nova identidade na prisão antes de enfrentar os desafios da libertação.

Nesse contexto, administrar a transição para fora da prisão é claramente um estágio crucial no processo de permanecer em linha reta. No momento da liberação, o crime ainda pode ser uma opção atraente, dada a luta para "se tornar legítimo". Essa luta para ficar em linha reta continuará por um longo período de tempo, embora possa ficar mais fácil com o tempo. Com o tempo, estranhos, como empregadores, começarão a confiar nesta transição e as oportunidades de emprego irão melhorar.

Mas a mudança fundamental deve começar no indivíduo, não no mercado de trabalho. Neste ponto, precisa-se aprender muito mais sobre maneiras eficazes de encorajar os infratores a manter a postura correta no contexto dos programas de trabalho. Infelizmente, esse processo, por definição, ocorrerá em grande parte fora da prisão. Como resultado, pode haver limitações inerentes ao quanto pode-se esperar

que os administradores penitenciários façam além da cooperação nas tentativas de suavizar o processo de reentrada.

REFERÊNCIAS

ABRAHÃO, G. **Sistema carcerário e sua metamorfose humana**: antropologia das Sociedades Complexas. 2 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2014.

AMAZONAS. **Estatuto Penitenciário do Estado do Amazonas**. Manaus: Governo do Amazonas, 2001. Versão digitalizada.

BEGUIN, K. **Como recuperar presos**. Artigo. 2011. Disponível em www.pastoralcarceraria.gov.br. Acesso em 17 de out de 2020.

BETO, F. **Sistema prisional no Brasil**: análise situacional das cadeias de São Paulo. Artigo. Original 1999. Republicado e atualizado em 2009. Disponível em www.pastoralcarceraria.gov.br Acesso em 17 de out de 2020.

BITENCOURT, H. **O sistema penitenciário**: a contradição da recuperação. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em <http://congressonacionla.gov.br> Acesso em 17 de out de 2020.

BRASIL. **Estatísticas do sistema prisional**. Brasília: Ministério da Justiça, 2017. Disponível em <http://www.mj.gov.br> Acesso em 16 de out de 2020.

BRASIL. **Lei de Execuções Penais - Lei Nº 7.210 – 11 de julho de 1984**. Brasília: Congresso Nacional, 1984. Disponível em <http://www.congressonacional.gov.br> Acesso em 16 de out de 2020.

CAMARGO, M. D. **Prisão aberta – À volta à sociedade**. 3 ed. São Paulo: Cortez., 2012.

CARDIA, P. **A responsabilidade civil do Estado**. 2 ed. São Paulo: RT, 2014.

CARMINE, R. **Processos de discriminação**. São Paulo: RT, 2011.

DIAS, C. C. N. **Da pulverização ao monopólio da violência**: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital no sistema carcerário paulista. 2011. 386f. Tese (Doutorado em Sociologia). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2011.

DUARTE, Ivo Carlos. **O papel da religião, da educação, da família e do trabalho no processo de reintegração do preso à sociedade**. Curitiba: Universidade Federal do

Paraná, 2012 (Monografia). Disponível em <http://www.pr.go.br>. Acesso em 15 de out de 2020.

EVANGELISTA, S. **O sistema prisional brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FOUCAUT, Michel. **Vigiar e Punir**. 8 ed. São Paulo: Summus: 1997.

FRAZÃO, J. A. da S. **Direito humanos: construção da cidadania**. São Paulo: Rodrigues Alves, 2019.

GARCIA, P. L. **Trabalho no sistema prisional: conceitos e preconceitos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GARCIA, V. R. **Criminologia Integrada**. 2. ed. rev., atual., e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GOFMAN, B. **Doutrinas do sistema penitenciário brasileiro**. São Paulo: RT, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia – introdução a seus fundamentos teóricos**. São Paulo: RT, 2007.

GONÇALVES, D. C. R. **Prisão em Flagrante**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KAPLAN, N. P. **O sistema penitenciário brasileiro: leis da vida**. 12 ed. São Paulo: RT, 1997.

KUEHNE, P. **O sistema penitenciário brasileiro**. São Paulo: Lherht Editora, 2015.

LEAL, P. **O trabalho no sistema prisional no mundo: evolução e contradições**. São Paulo: Summus, 2011.

MOREIRA, M. **Ressocialização de presos: falácia do Estado**. São Paulo: USP, 2013 (Tese de Doutorado). Disponível em <http://www.usp.com.br>. Acesso em 15 de out de 2020.

NOGUEIRA, H. **As prisões criminais**. Artigo. 2000. Disponível em <http://www.pastoralcarceraria.gov.br>. Acesso em 15 de out de 2020.

RIBEIRO, K. G. **Penitenciárias: o que fazer?**. São Paulo: Lima Editora, 2018.

SÁ, Augusto A. **O trabalho na prisão no Brasil**. Artigo. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Distrito Federal, Vol. 01. Nº 08, dezembro de 2016.

SAMPSON, R. J.; LAUB, J. H. Crime em formação: caminhos e momentos decisivos na vida. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015.

VARELLA, D. **Carandiru**. São Paulo: Scipione, 1999.

WAUTERS, Edna. **A reinserção social pelo trabalho**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná. 2013. (Monografia). Disponível em <http://www.ufpr.gov.br>. Acesso em 16 de out de 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO: ATUAÇÃO E LEGITIMIDADE PARA CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL X DOUTRINA MAJORITÁRIA

TALITA ARAUJO ZUCATELLI: Bacharel em Enfermagem pelo Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná – CEULJI/ULBRA (2016) e acadêmica do 8º período do curso de Direito no Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná – UniSL.

DAYANI DARMIELI PEREIRA²⁹

(coautora)

RESUMO: **Objetivo:** estabelecer uma discussão em torno da legitimidade do Ministério Público, ao oferecer ao acusado um sistema de justiça negocial, menos rigoroso e severo, desde que preenchidos os requisitos para o acordo de não persecução penal e trazendo maior celeridade aos casos menos graves, visando a proteção dos direitos fundamentais. **Problema:** Diante desse cenário, questiona-se: existe a constitucionalidade do Ministério Público atuar como legitimado à celebrar por meio de um negócio jurídico o Acordo de Não Persecução Penal, em razão de uma política criminal? **Justificativa:** As motivações para a escolha deste tema se vislumbram a possibilidade da adoção de uma política criminal voltada para o consenso ao invés do encarceramento, em casos de indivíduos condenados à crimes de médio potencial ofensivo. **Metodologia:** Adotou-se como método a pesquisa qualitativa, a ser desenvolvida através de revisão de literatura, com busca em doutrinas, jurisprudências e artigos, a qual ajudará entender quais os efeitos para o acordo de não persecução penal. **Hipótese:** A legislação brasileira, especificamente em seu pacote anticrime (Lei 13.964/2019), aprecia a celebração do acordo de não persecução penal pelos membros do Ministério Público, por considerá-lo um agente político e órgão de acusação eficaz na diminuição de incontáveis problemas sociais.

Palavras-chave: Ministério Público. Acordo. Legitimidade. Justiça negocial. Acusação.

1. INTRODUÇÃO

²⁹ Bacharel em Farmácia pela Universidade Paranaense – Unipar (2011) e acadêmica do 8º período do curso de Direito no Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná – UniSL. E-mail: dayanedarmieli@hotmail.com

A resolução nº 183/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público como ato normativo primário, estreou o instituto despenalizador do “Acordo de Não Persecução Penal (ANPP)” como mecanismo de justiça negocial visando trazer celeridade processual, postulação e aplicabilidade de penas mais amenas ao infrator bem como redução de custos de maneira direta e eficiente. Da mesma forma, a Lei nº 13.964/2019, por meio do pacote anticrime, introduziu o art. 28-A no Código de Processo Penal e trouxe à baila a matéria objeto de estudos deste trabalho.

Iremos abordar os diversos requisitos para a aplicabilidade ou não do ANPP na prática, bem como tratar sobre a obrigatoriedade e legitimidade do Ministério Público em oferecer o acordo e a constitucionalidade e/ou inconstitucionalidade do tema em questão, levando-se em consideração os princípios da eficiência, da celeridade processual e da liberdade de locomoção.

Utilizou-se neste artigo o método teórico e através de pesquisas bibliográficas e análise legal das diversas divergências doutrinárias a respeito da questão, na qual se pretende trazer breves reflexões sobre a legitimidade do *Parquet* Federal para tratar do assunto de maneira simples e com base em decisões jurisprudenciais, doutrinas e artigos.

Seria, o Ministério Público competente como órgão de acusação para implementar esse tipo de acordo? Quais as suas competências? É constitucional a atuação deste Órgão Ministerial em elaborar acordos com o acusado? O que diz as diversas divergências doutrinárias a respeito do assunto?

Este trabalho será estruturado de forma a trazer maior clareza das atribuições do Ministério Público como órgão competente para tratar da matéria, objetivando a possibilidade da adoção de uma política criminal voltada para o consenso ao invés da instauração de uma ação penal por meio de penas privativas de liberdade, ou seja, penas mais rigorosas ao infrator.

2. DESENVOLVIMENTO

Em 07 de agosto de 2017 o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), publicou a Resolução nº 181 dispendo sobre a instauração de procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público com o objetivo de tornar as investigações mais céleres, eficientes, e respeitando os direitos fundamentais do investigado e da vítima. Além disso, introduziu em seu artigo 18 o Acordo de não Persecução Penal, exemplo de justiça negocial, instituto celebrado entre o Ministério Público, o investigado e seu defensor e que uma vez cumprida as condições para o acordo, ensejará na promoção de arquivamento, sem prejuízo de futuramente o

Parquet federal oferecer a denúncia em caso de descumprimentos dos requisitos (Resolução nº 181, 2017, págs. 17/20).

Assim, caso o investigado preencha as condições estabelecidas no artigo 28-A do Código de Processo Penal (incluído pelo pacote anticrime, Lei nº 13.964, de 2019) e esteja devidamente acompanhado de seu defensor, poderá o Ministério Público firmar o acordo de não-persecução penal.

A justiça penal consensual foi definida como um

[...] modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes (VASCONCELLOS, 2014, p. 322).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, fixou, em tema de Repercussão Geral a tese de que o

Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, (BRASIL. STF, 2015, Disponível em: <http://redir.stf.jus.br> . Acesso em: 21 de março de 2021).

Ademais, salientou a maior instância do Poder Judiciário que o Ministério Público detém o poder de realizar diligências investigatórias em procedimentos administrativos de âmbito criminal, não sendo exclusividade das autoridades policiais, conforme o art. 26, inciso I, da Lei nº 8.625/9360 e artigos 7º, 38, inciso I e 150, inciso I, da LC nº 75/9361 (MIETLICKI, 2018, P. 28).

O artigo 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964/2019, por meio do pacote anticrime, elenca os requisitos para o oferecimento do acordo, sendo eles que: não seja caso de arquivamento da investigação; o agente confesse formal e circunstancialmente a infração penal; a pena em abstrato seja inferior a 4 anos;

não seja crime praticado com violência ou grave ameaça contra pessoa (doloso); não seja crime de violência doméstica, familiar ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino; não seja o agente reincidente; não seja cabível a transação penal nem a Suspensão Condicional do Processo; o agente não possua antecedentes que denotem conduta criminosa habitual e não ter sido beneficiado nos últimos 5 anos com ANPP, transação ou sursis processual.

Preenchidas tais condições, deverá o infrator se submeter à condições que deverão ser ajustadas pelo *Parquet*, podendo ser alternadas e cumulativas, tais como: reparar o dano ou restituir a coisa à vítima; renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução; pagar prestação pecuniária, e cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Insta salientar que, o magistrado poderá homologar ou não esse acordo. Caso considere inadequado ou insuficiente, devolverá os autos ao Ministério Público para que a proposta seja reformada e/ou reformulada. Caso seja deferida, homologado judicialmente, os autos serão devolvidos ao Ministério Público para dar início a sua execução perante o Juízo da execução. E se for recusada a sua homologação, o juiz devolverá ao Ministério Público para complementação das investigações ou oferecimento da denúncia. Uma vez homologado esse acordo, em caso de descumprimento de alguns dos requisitos impostos pelo infrator, o Ministério Público oferecerá a denúncia.

Cumprido integralmente o acordo o magistrado decretará a extinção da punibilidade, bem como não constará da certidão de antecedentes criminais do acusado.

Em relação ao requisito da confissão do delito como imprescindível para a formalização do acordo, é importante expor que não estamos falando de ação penal, pois não houve denúncia e, nesse caso,

Apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal, (SANCHES, 2020, p.129).

No que diz respeito a obrigatoriedade do Ministério Público em oferecer o ANPP, caso preenchido todos os requisitos impostos, o STJ tem decidido que

a suspensão condicional do processo **não é direito subjetivo do acusado**, mas sim um **poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal**, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada (BRASIL. STJ, 2017, Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 27 de março de 2021). (Grifo nosso).

Por conseguinte, o mesmo se aplica aos Acordos de Não Persecução Penal (ANPP), vez que se trata do mesmo sistema de justiça negocial, tendo o Ministério Público a obrigatoriedade de fundamentar sua decisão.

O Supremo Tribunal Federal também fixou entendimento de que

é imprescindível o assentimento do Ministério Público para a sua concessão e da transação penal, não podendo o Poder Judiciário conceder tais benefícios à revelia do titular da ação penal, **não se revelando, portanto, direitos subjetivos do acusado** (BRASIL, STF, 2015, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br>. Acesso em: 12 de maio de 2021). (Grifo nosso).

Além do mais, aduz Resende (2020, p. 18) que o “Acordo de Não Persecução Penal” é um instituto que, como já antes ressaltado, insere-se no âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção, de modo que é defeso ao Ministério Público, enquanto órgão do Estado, promover restrições arbitrárias e subjetivas ao gozo do direito.

Sendo assim o papel dos direitos fundamentais, nessa condição, é a de assegurar ao indivíduo a possibilidade de realizar ou não uma ação de acordo com sua vontade, respeitados os limites legais e constitucionais (CARA, 2010, p.17).

Cria-se, assim, uma esfera de proteção à liberdade pessoal imune à atividade estatal abusiva, isto é, contrária à Constituição (SARLET, 201, p. 175).

Em se tratando das mais diversas divergências doutrinárias a respeito da legitimidade dos membros do Ministério Público em propor esse tipo de acordo, a constituição federal dispõe em seu artigo 124 que, “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da

ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Nesse sentido, o artigo 129, inciso I, do mesmo código confere ao Ministério Público como função institucional, a titularidade para promover a ação penal pública.

Parte da doutrina considera que a competência para a apuração de infrações penais tende a ser da polícia judiciária, sendo ela referente à polícia federal, a polícia rodoviária federal, polícias civis, polícias militares, corpo de bombeiros militar e polícias penais federal, estaduais e distrital (artigo 144, §4º da CF/88).

No entanto, sendo o Ministério Público o titular privativo da ação penal pública, é seu, exclusivamente, o ônus da prova no Processo Penal, e deve oferecer denúncia com arrimo em prova segura e idônea colhida em total respeito aos direitos e garantias individuais dispensando, se for o caso, a instauração de inquérito policial. Nessa hipótese, deverá ter em mãos elementos necessários que o habilitem a promover a competente ação penal, podendo tratar-se de representação do ofendido, de notícia-crime (qualquer do povo) ou de requerimento de instauração de inquérito policial (RANGEL, 2016, P. 206).

Atualmente o Ministério Público está legitimado por lei a investigar em âmbito criminal, satisfazendo, assim, a exigência do parágrafo único do art. 4º do CPP, ainda que a referida legitimidade investigatória esteja restrita aos casos previstos em leis especiais (ANDRADE, 2006, p. 203).

Nesta seara, o art. 4º e o §único do CPP aduz que:

a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo Único.
A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função (grifo nosso).

Além do mais, dispõe em sua redação a Súmula 234 do STJ que “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal **não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia**” (Grifo nosso).

A questão aqui está em compreender a atribuição constitucional do Ministério Público para, sozinho, realizar atos de investigação criminal. No HC nº 91.613, de 15 de maio de 2012, o Ministro Gilmar Mendes fez o seguinte pronunciamento:

Em decisões mais recentes, todavia, é possível encontrar posicionamento diverso, permitindo ao Ministério Público promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal. **Em processo de relatoria da Min. Ellen Gracie (HC 91.661/PE), a Segunda Turma, à unanimidade, asseverou que o 'art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao Parquet a privatividade na promoção da ação penal pública.** Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, **já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia.** Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos 'poderes implícitos', segundo o qual, **quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao Parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que 'peças de informação' embasem a denúncia'.** Posteriormente, no julgamento do HC 89.837/DF, a Segunda Turma voltou a reafirmar essa orientação. Por oportuno, transcrevo trecho do voto proferido pelo relator, Min. Celso de Mello: **'O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de 'dominus litis' e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a 'opinio delicti', em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública'.** (BRASIL. STF, 2012, disponível em <https://redir.stf.jus.br> . Acesso em: 10 de maio de 2021). (Grifo nosso).

Portanto, ainda sobre o assunto, o Ministro Celso de Mello pontuou no HC 89.837/DF o seguinte:

Também entendo, Senhores Ministros, na linha do parecer da douta Procuradoria Geral da República, que se revela

constitucionalmente lícito, ao Ministério Público, promover, por autoridade própria, atos de investigação penal, respeitadas – não obstante a unilateralidade desse procedimento investigatório – as limitações que incidem sobre o Estado em tema de persecução penal (grifo nosso).

[...]

Note-se, portanto, analisando-se a questão sob tal aspecto, que **o procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público não interfere, nem afeta o exercício, pela autoridade policial, de sua irrecusável condição de presidente do inquérito policial,** de responsável pela condução das investigações penais na fase pré-processual da "*persecutio criminis*" e do desempenho dos encargos típicos inerentes à função de Polícia Judiciária" – (BRASIL. STF, 2009, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br>. Acesso em: 10 de maio de 2021). (Grifo nosso).

Embora ainda exista inúmeras divergências doutrinárias sobre o tema em questão é importante esclarecer que o Ministério Público encaminha os termos do acordo para homologação e em havendo qualquer negação por parte do órgão julgador na análise do acordo, este o devolverá para o Órgão Ministerial para que o reformule ou ofereça a denúncia se for o caso.

Entre os vários requisitos do acordo disciplinado no art. 28-A do Código de Processo Penal e artigo 18 da Resolução nº 183/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) está a observância da pena mínima em abstrato a qual será inferior à 4 anos para que o agente faça jus ao acordo, bem como o §2º do art. 28-A do CPP traz a seguinte redação em que NÃO se aplica o ANPP:

I - Se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - Se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - Nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Assim, para que o infrator faça jus ao acordo este precisa se encaixar nos diversos requisitos elencados e citados acima, bem como, deve haver uma análise do cabimento e cumprimento desses requisitos em conjunto com o poder judiciário que pode exercer o controle de legalidade desse ato e que em havendo recusa devolverá o ANPP ao Ministério Público que reformulará ou então oferecerá a denúncia dando início à ação penal.

Cabral (2018, p. 02) menciona que

Uma das alternativas mais promissoras para tornar o sistema mais eficiente e adequado repousa na implementação de um modelo de acordo no âmbito criminal. Com isso, seria estabelecido um sistema com a eleição inteligente de prioridades, levando para julgamento plenário (é dizer, processo penal com instrução e julgamento perante o Juiz) somente aqueles casos mais graves. **Para os demais casos, de pequena e média gravidade, restaria a possibilidade da celebração de acordos que evitariam o *full trial*, economizando-se tempo e recursos públicos e lançando mão de uma intervenção menos traumática para esses tipos de delitos.** (Grifo nosso).

Os juristas desatualizados insistem em excluir os institutos da Justiça Negociada do ambiente processual brasileiro, lutando por manter a ilha moderna do processo penal e o fetiche pela decisão penal de mérito como o único mecanismo de descoberta e de produção de sanções estatais (MORAIS DA ROSA e LOPES JUNIOR, 2017).

De tal maneira pode-se concluir que o acordo de não persecução penal, trata-se de uma medida de justiça negocial célere, eficiente e direta que foi introduzida em nosso ordenamento jurídico brasileiro para com o intuito de descarregar o judiciário de processos, amenizar as penalidades impostas ao infrator como medida mais amena e não menos eficaz, bem como, diminuir custos, abrindo mão da ação penal nos delitos de pequena e média gravidade.

Importante mencionar que uma vez presentes os requisitos para a propositura do ANPP, o ministério Público não poderá deixar de propor, sendo-lhe vedado criar obstáculos arbitrários para a sua execução.

Resende (2020, p. 19-20), menciona que a negativa do “Acordo de Não Persecução Penal”, quando atendidos seus pressupostos legais, caracteriza clara atividade erosiva do Estado ao direito de liberdade do investigado, que ficará sujeito à imposição de pena privativa de liberdade ao final da ação penal.

3. CONCLUSÃO

Pôde-se perceber que a atuação do Ministério Público no acordo de não persecução penal contribui para a mitigação do sistema jurisdicional em casos menos graves, pois este órgão tem competência legal para tal ato, uma vez que atua na manutenção da ordem jurídica.

Ademais, a legislação brasileira, especificamente em seu pacote anticrime (Lei 13.964/2019), aprecia a celebração do acordo de não persecução penal pelos membros do Ministério Público, por considerá-lo um agente político e órgão de acusação eficaz na diminuição de incontáveis problemas sociais.

Sendo assim, esta pesquisa poderá contribuir para uma diminuição de inúmeros problemas sociais, econômicos, estruturais e educacionais causados pelo sistema prisional. Sendo perfeitamente possível que os membros do Ministério Público, tendo legitimidade para celebrar acordos de não persecução penal, traria mais lisura e celeridade ao processo, desde que, cumpridos os requisitos estabelecidos pela nossa ordem constitucional, proporcionando ao acusado tanto uma medida eficaz para a reparação do delito quanto uma pena mais branda e em consonância com a prática delitiva cometida.

4. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua investigação criminal**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2006, p. 203.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf> . Acesso em: 27 de março de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental No Recurso Ordinário Em Habeas Corpus: RHC nº 74.464/PR**. Relator: Exmo. Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, Presidente da Sessão Exmo. Sr. Ministro Nefi Cordeiro. DJ: 02/02/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433511251/agravo-regimental-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-agrg-no-rhc-74464-pr-2016-0208584-1/certidao-de-julgamento-433511272> . Acesso em: 27 de março de 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 91.613/MG**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe 17/09/2012. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2765764>.
Acesso em: 10 de maio de 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 89.837/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. DJe-218. Divulg 19-11-2009. Public 20-11-2009. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605906>.
Acesso em: 10 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 3.438/SP**. Rel.: Min. Rosa Weber, DJe 10.02.2015. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7709011>.
Acesso em: 12 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado De Segurança. MS 27621/DF**. Relator(a) Ministra Cármen Lúcia e Redator Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. DJ 07/12/2011. Acórdão eletrônico DJe-092. Divulg 10-05-2012. Public 11-05-2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21585021/mandado-de-seguranca-ms-27621-df-stf/inteiro-teor-110379898> . Acesso em: 27 de março de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário. REX 593727/MG**. Redator: Ministro Gilmar mendes e Cezar Peluso. DJ: 14/05/2015. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233> .
Acesso em: 21 março de 2021.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Um Panorama sobre o Acordo de Não Persecução Penal (Art. 18 da Resolução n. 181/17 – CNMP, com as alterações da Resolução n. 183/18 – CNMP)**. 2018, p. 02. Disponível em:
<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/2a36cfc8306908148b233995a76a4532.pdf> . Acesso em: 11 de maio de 2021.

CARA, Juan Carlos Gavara de. **La dimensión objetiva de los derechos sociales**. Barcelona: Bosch Editor, 2010, p. 17.

CUNHA, Rogerio Sanches. **Pacote anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: Juspodivm, 2020. Pags. 127 e 129.

HELENO, Patrícia da Silva e ALMEIDA, Marco Antônio Delfino De. **O poder investigatório criminal do ministério público: acordo de não persecução penal da resolução n. 181 de 2017 do CNMP.** Dourados: Unigran, 2019. Pag. 207.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado: Lei 13.964 de 24.12.2019.** Rio de Janeiro: Forense, 2020. Pag. 60.

MIETLICKI, Paulla Paim. **O Acordo de Não Persecução Penal e sua inserção no direito brasileiro.** Porto Alegre, 2018, p.28.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; LOPES JUNIOR, Aury. **Saldão penal e a popularização da lógica da colaboração premiada pelo CNMP.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-set-22/limite-penal-saldao-penal-popularizacao-logica-colaboracao-premiada-cnmp> . Acesso em: 11 de maio de 2021.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica** / Paulo Rangel. – 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 206.

RESENDE, Augusto César Leite de. **Direito (subjeto) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões à Luz da Teoria dos Direitos Fundamentais.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Porto Alegre, v. 6, n.3, p. 18, 19-20, set-dez. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 175.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014, p. 322.

O RECONHECIMENTO DO DANO MORAL AMBIENTAL COLETIVO NO BRASIL

JANAÍNA DE SANTIAGO LIMA:

Bacharel em Direito e Analista de Documentos em Cartório de Registro de Imóveis da 4ª Zona de Fortaleza-CE

ANA CARLA PINHEIRO FREITAS

(Orientadora)

RESUMO: Trata-se de pesquisa sobre a admissibilidade do dano moral ambiental, principalmente em seu caráter coletivo. Como ponto de partida, faz-se a análise da responsabilidade civil por danos ecológicos. Em atenção ao princípio ambiental do poluidor-pagador, impera, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade objetiva em casos de danos ao meio ambiente. E mais, não bastasse a objetivação da responsabilidade, adota-se a teoria do risco integral, que não admite excludentes. Quanto ao dano moral ambiental coletivo, o mesmo é regulado na Lei de Ação Civil Pública. Não se deve comparar o dano moral individual com o dano moral coletivo. Este último prescinde dos sentimentos de dor, sofrimento e angústia. Há certa resistência por parte dos operadores do direito no reconhecimento do dano moral ambiental coletivo em casos concretos, em razão da novidade da tutela coletiva e da abstração dos direitos difusos. Necessidade de mudança de mentalidade em razão das transformações e complexidades enfrentadas pela sociedade.

Palavras-chave: Danos ecológicos. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco integral. Dano moral ambiental coletivo. Lei de Ação Civil Pública. Direitos difusos.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva discorrer sobre a possibilidade de indenização por dano moral ao meio ambiente, principalmente dano moral coletivo.

A primeira vista, é impossível imaginar que o bem ambiental possa sofrer dano moral, uma vez que as características e os pressupostos do dano moral individual são incompatíveis com as noções de direitos difusos, dos quais é exemplo o meio ambiente.

Inicialmente, cumpre afirmar que a destruição e a degradação enfrentada pelo meio ambiente não é um fato novo, pois já vem ocorrendo há um longo tempo, e mais intensamente após a Revolução Industrial, no século XVIII.

Entretanto, as consequências geradas com a exploração desmedida do meio ambiente, preocupada apenas com o auferimento de lucros, movimentaram vários setores da sociedade global, entre os quais os operadores do direito, para a necessidade de proteção do bem ambiental.

No Brasil, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto nos arts. 129, III, e 225, *caput*, da Constituição Federal, passou a ser regulamentado pela Lei nº 7.347/1985 – Lei de Ação Civil Pública, posteriormente aperfeiçoada com a Lei nº 8.884/1994.

Aquela lei, em seu art. 1º, inciso I, passou a admitir expressamente a responsabilidade por danos morais praticados contra o meio ambiente. Em que pese a previsão legislativa, a verdade é que a mesma tem se mostrado insuficiente para a aplicação da reparação por dano moral ambiental coletivo em casos concretos, enquanto a jurisprudência tem variado bastante seu posicionamento.

A doutrina, por sua vez, também tem negado a possibilidade de ressarcimento do dano extrapatrimonial ambiental difuso, com exceção de alguns doutrinadores vanguardistas, tais como José Rubens Morato Leite e Carlos Alberto Bittar Filho, entre outros.

O fato é que a aceitabilidade do dano moral ambiental coletivo enfrenta grandes dificuldades, tal como ocorreu para o reconhecimento do dano moral individual na esfera privada há tempos atrás.

Em verdade, a mentalidade da sociedade e dos operadores do direito ainda permanece tão restrita aos valores individuais, que, muitas vezes, torna-se incompreensível a ideia de conflitos transindividuais, como aqueles tratados no Direito Ambiental.

O dano extrapatrimonial ambiental coletivo, portanto, deve ser desvinculado das noções de direito moral individual, sob pena de não ser possível reconhecer que, da mesma forma que o indivíduo isoladamente considerado, a coletividade também tem valores morais merecedores de reparação.

Ora, como já se pronunciou Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, “Se o dano individual ocupou tanto e tão profundamente o Direito, o que dizer do dano que atinge um número considerável de pessoas?”. Em outras palavras, o autor defende a necessidade de se tutelar também os direitos pertencentes à coletividade, a fim de que se possa garantir a ampla proteção do ser humano.

Ao longo deste trabalho será demonstrado que o meio ambiente sadio é um direito materialmente fundamental, porquanto imprescindível para o

desenvolvimento da pessoa humana, e, desta forma, a lesão provocada contra o bem ambiental acarreta a diminuição da qualidade de vida de toda a coletividade.

A presente pesquisa divide-se em três capítulos. Em breve síntese, o Capítulo I trata das noções de responsabilidade civil em seu aspecto geral, para, então, falar sobre as peculiaridades deste instituto sob o enfoque do Direito Ambiental.

No Capítulo II, busca-se demonstrar o conceito de dano moral, sua incidência sob a perspectiva ambiental, e analisar alguns julgados relativos ao tema.

No Capítulo III, por fim, examinam-se as novas tendências jurídicas capazes de justificar a admissibilidade do dano extrapatrimonial ambiental coletivo.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO NO ÂMBITO DO DIREITO AMBIENTAL

2.1 Conceito clássico de responsabilidade civil

A palavra “responsabilidade” deriva do vocábulo latino “respondere”, constituída da raiz “spondeo”, sendo utilizada de forma solene no direito romano nos contratos verbais celebrados entre estes povos.

Diniz suscita que a noção de responsabilidade, em seu sentido genérico, consiste em atribuir a alguém a autoria de algum feito, mas que tal ideia é insuficiente para o Direito Civil, uma vez que a ciência jurídica não se contenta apenas em reconhecer o responsável.

Assim, a autora supramencionada conclui que, para estar configurada a responsabilidade civil, é necessário que aquele responsável tenha agido de tal maneira (dolosa ou culposamente) que acabe por resultar no descumprimento de norma ou de obrigação, surgindo, a partir daí, o dever de reparação do prejuízo causado. Esta reparação consiste, na maioria das vezes, em indenização patrimonial.

Desta forma, só se cogita da responsabilidade civil quando a conduta de determinado sujeito ocasiona dano a outrem ou à coletividade. Neste caso, o autor da lesão será obrigado a recompor o dano ocasionado.

O instituto da responsabilidade civil clássica, portanto, concentra-se na busca de restaurar o equilíbrio rompido em razão de alguém ter descumprido obrigação imposta por lei, ou, por contrato entre as partes, obrigando o autor do dano a desembolsar quantia monetária capaz de compensar o prejuízo sofrido.

2.2 Pressupostos da Responsabilidade civil

Segundo Diniz, é bastante difícil indicar quais são os requisitos necessários para a caracterização da responsabilidade civil, isto porque a noção de responsabilidade evoluiu em concomitância com as modificações observadas na sociedade, repercutindo de maneira diferente nos diversos campos de atuação do Direito. Entretanto, apesar das divergências encontradas, três requisitos têm se mostrado presentes em todos os ramos do Direito referente à responsabilidade civil, são eles:

a) Existência de uma ação

Para se falar em responsabilidade civil, antes de qualquer coisa, é necessário que um determinado sujeito (responsável) pratique uma determinada ação, que poderá ser comissiva ou omissiva, resultante de um ato lícito ou ilícito, e apoiado na culpa em sentido amplo ou no risco.

Teremos ato ilícito sempre que a ação praticada contrariar o disposto no ordenamento jurídico, nos termos formulados no art. 186 do Novo Código Civil, em se tratando de responsabilidade extracontratual ou aquiliana, ou quando referida ação descumprir alguma obrigação assumida mediante contrato, conforme previsão do art. 389 do mesmo diploma legal, no caso de responsabilidade contratual.

Por sua vez, o ato lícito, apesar de estar em consonância com as disposições legais, pode ocasionar responsabilidade de determinado sujeito quando estiver fundamentado no risco da atividade desenvolvida por este. Neste caso, a responsabilidade se desvincula da ideia de culpa e, portanto, da prática de ato ilícito, e recai unicamente sobre o risco da atividade, que apresenta resultado ilícito, conforme dispõe o parágrafo único, do art. 927, do Código Civil, podendo, em alguns casos, permitir a adoção de excludentes de responsabilidade, como, por exemplo, o caso fortuito ou a força maior, entre outros.

b) Ocorrência de um dano

Nos requisitos que compõe a responsabilidade civil, é de vital importância a ocorrência de dano a um bem ou interesse jurídico de outrem. Em outras palavras, é imprescindível que o ato comissivo ou omissivo praticado pelo agente ou por terceiro por quem este responda cause inequívoco prejuízo patrimonial e/ou moral ao lesado, sendo que o reconhecimento do dano patrimonial não exclui o reconhecimento do dano moral e vice-versa, de acordo com entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça (súmula 37).

c) Nexa de causalidade entre o dano e a ação praticada

Não teria sentido em se falar em responsabilidade civil se os dois requisitos mencionados anteriormente se apresentassem de maneira isolada, sem qualquer relação com o outro. Portanto, para estar configurada a responsabilidade civil é mister que a ação praticada pelo agente e o dano constatado estejam interligados em uma relação de “causa e efeito”, de modo que a inexistência de um resultaria na inocorrência do outro. Como bem observa Karine Damian:

O conceito de nexo de causalidade, portanto, não é jurídico, mas natural. Determina se o resultado surge como consequência natural da conduta perpetrada pelo agente. Além de pressuposto da responsabilidade civil, tal é indispensável, haja vista ser impossível termos responsabilidade sem nexo causal, seja qual for o sistema adotado no caso concreto, subjetivo (da culpa) ou objetivo (do risco).

Ressalte-se que, conforme Diniz, para se verificar o nexo causal, o ato lesivo não deverá resultar imediatamente na causa do dano, podendo constituir tão somente uma condição para a produção da lesão, que surgirá como consequência inevitável.

Não podemos esquecer ainda que alguns autores ao tratarem do nexo de causalidade fazem referência à *teoria das concausas* ou *concausalidade*, observada nas situações em que o evento danoso é resultado de um conjunto de causas, que, nos ensinamentos de Senise Lisboa, classificam-se em concausalidade ordinária, concausalidade acumulativa e concausalidade alternativa.

Em síntese, para o referido doutrinador, enquanto na concausalidade ordinária as condutas lesivas seriam coordenadas e dependentes uma da outra para a configuração do dano, na concausalidade acumulativa as condutas seriam totalmente independentes, mas proporcionalmente responsáveis pelo evento danoso, ambas diferentes da concausalidade alternativa, em que, apesar da existência de mais de uma conduta, apenas uma delas acaba por influenciar sobremaneira a ocorrência da lesão.

Por fim, cumpre destacar que, em alguns casos, embora o ato comissivo ou omissivo do agente esteja direta ou indiretamente ligado ao dano, não restará configurado o nexo de causalidade existente entre eles, em decorrência de situações previstas em lei que obstam a ocorrência do nexo causal e, portanto, descaracterizam a responsabilidade imputada ao agente. Trata-se das excludentes de responsabilidade, como, por exemplo, a culpa exclusiva da vítima, a culpa exclusiva de terceiro, o caso fortuito e a força maior.

Por outro lado, ressalte-se que haverá situações em estas mesmas excludentes não poderão ser reconhecidas, dadas as circunstâncias e peculiaridades do bem ou interesse jurídico tutelado, como no caso da ocorrência de dano ambiental, ensejando, por consequência, a responsabilidade civil do agente causador do evento danoso.

2.3 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva

No tópico anterior mencionou-se superficialmente a divisão da responsabilidade em responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual (ou aquiliana) no sistema jurídico brasileiro. Tendo em vista que a responsabilidade contratual, como o próprio nome indica, deriva de um contrato estabelecido entre os contraentes, originando entre estes um dever de co-obrigação mútua, que, se descumprida, ensejará a responsabilidade do sujeito inadimplente, temos que, em se tratando de um estudo sobre a responsabilidade civil nos danos causados ao meio ambiente, não há razões para se estender sobre a responsabilidade contratual, pois os danos ambientais decorrem da inobservância da lei, ou, em outras palavras, da responsabilidade extracontratual.

A responsabilidade extracontratual é também chamada de responsabilidade delitual ou aquiliana, sendo esta última denominação derivada do direito romano, especificamente da *Lex Aquilia de Damno*, do século III a. C., responsável por introduzir no direito a ideia de responsabilidade por culpa (subjetiva). Sobre a *Lex Aquilia de Damno*, sabemos que a mesma se originou por imposição do Estado romano, através de um tribuno do povo, chamado Lúcio Aquílio, e, segundo Venosa (2005, p. 27), conferia “à vítima de um dano injusto o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro do seu causador [...], independentemente de relação obrigacional preexistente”. Ressalte-se que esta penalidade em dinheiro era devida por aquele que tivesse destruído ou deteriorado bem de outrem, isentando-se de qualquer responsabilidade acaso provasse que não agiu com culpa.

Convém destacar que anteriormente à *Lex Aquilia*, a legislação romana aplicava a regra da responsabilidade sem culpa, segundo a pena de Talião, estabelecida na Lei das XII Tábuas, regida pelo jargão “olho por olho, dente por dente”, ou seja, a retribuição do mal causado nas mesmas proporções, inclusive em penas de caráter físico. Desta forma, como salientado por Tartuce (2010, p. 306), “a experiência romana demonstrou que a responsabilidade sem culpa poderia trazer situações injustas, surgindo a necessidade de comprovação desta como uma questão social evolutiva.” E foi neste contexto que surgiu a *Lex Aquilia*, que influenciou todas as legislações posteriores do Direito Comparado a médio e longo prazo, como, por exemplo, o Código Civil Francês, de 1804, prevendo a regra da responsabilidade por culpa ou responsabilidade subjetiva.

Após estas considerações, pode-se afirmar que a responsabilidade subjetiva se caracteriza pela presença dos pressupostos mencionados no tópico anterior sem prejuízo do requisito da culpa genérica.

Em outras palavras, a responsabilidade subjetiva está atrelada à prática de algum ato ilícito, ou seja, é necessário que determinado sujeito aja com dolo, ou, no mínimo, com negligência, imprudência ou imperícia, em relação às normas estabelecidas em nosso ordenamento jurídico, para que venha a ser responsabilizado civilmente e, por consequência, seja obrigado a indenizar aquele que foi lesado. Do contrário, ou seja, caso comprove inequivocamente a ausência de culpa, o agente deixará de ser responsável pelo fato que lhe está sendo imputado. É o que ensina Sílvio Rodrigues (2002, p. 11):

[...] se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na ideia de culpa e que de acordo com o entendimento clássico a 'concepção tradicional da responsabilidade do agente causador do dano só se configura se agiu culposa ou dolosamente'. De modo que a prova da culpa do agente causador do dano é indispensável para que surja o dever de indenizar. A responsabilidade, no caso, é subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito.

Tartuce (2010, p.306), entretanto, observa que "o Direito Comparado – principalmente o direito francês, precursor da maior parte das ideias socializantes – passou a admitir uma outra modalidade de responsabilidade civil, aquela sem culpa".

Como destaca Diniz, muitas vezes a adoção exclusiva da responsabilidade por culpa não era plenamente satisfatória, tendo se tornado obsoleta com os progressos técnicos verificados ao longo dos anos, motivo pelo qual surgiu a necessidade jurídica de utilização de uma nova teoria da responsabilidade que viesse complementar a responsabilidade subjetiva.

Assim, por exemplo, a entrada em vigor do Novo Código Civil de 2002, diferentemente do Código Civil de 1916, passou a prever também a responsabilidade fundamentada no risco da atividade desenvolvida. É a chamada responsabilidade objetiva, para a qual não interessa a discussão da culpa, além de o ônus da prova ser do demandado.

Nesta hipótese, são requisitos da responsabilidade apenas a atuação do agente, o dano provocado, e o nexo de causalidade entre um e outro, excluindo-se totalmente a culpa. Portanto, a responsabilidade objetiva deriva de situações previstas

em lei, independentemente da prática de conduta irregular, bastando a caracterização de risco inerente na atividade desenvolvida pelo agente.

Nas palavras de Diniz (2011, p. 55):

Na responsabilidade objetiva, a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que a exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexu causal.

Desta forma, surgiram inúmeras situações previstas no Novo Código Civil que passaram a utilizar a responsabilidade objetiva, como, por exemplo, no caso de danos causados por animal, em que o responsável é o dono ou o seu detentor (art. 936, CC), ou no caso de danos que resultam da ruína de prédio ou construção, proveniente da falta de reparos, em que o responsável é o dono do prédio ou da construção (art. 937, CC), entre outros exemplos.

Todavia, a responsabilidade objetiva também está prevista em nossa Carta Magna em relação à atividade desenvolvida pelo Estado, conforme dispõe seu art. 37, § 6º, além da previsão em outros diplomas normativos, como o Código de Defesa do Consumidor, (excetuando-se a responsabilidade do profissional liberal, que é subjetiva) e a Lei de Política Nacional sobre o Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), que será o assunto do próximo tópico.

Ressalte-se que, como já falou-se anteriormente, a responsabilidade objetiva admite excludentes, tais como o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima, que, todavia, não se aplicam aos danos causados ao meio ambiente, como se verá a seguir.

2.4 Responsabilidade civil nos danos ambientais

No âmbito do Direito Ambiental a responsabilidade objetiva foi inserida já em 1981, antes mesmo de sua previsão no Código Civil, com a instituição da Lei nº 6.938/81 - Lei da Política Nacional do Meio Ambiente - mais especificamente em seu art. 14, § 1º. Desta forma, para que estivesse configurada a responsabilidade do agente, bastava a prova da ocorrência do dano ecológico e do vínculo causal deste com a atividade desenvolvida pelo poluidor.

Destaque-se que a Constituição Federal de 1988 também consagrou a utilização da responsabilidade objetiva no Direito Ambiental ao referir-se às atividades nucleares (art. 21, XXIII, d, da CF/88) e minerárias (art. 225, §2º, da CF/88).

Importante salientar que a reparação no Direito Ambiental deve estar relacionada principalmente à ideia de prevenção, com o fito de coibir a prática de condutas lesivas ao ambiente. Mesmo porque, nesta seara do direito, interessa muito mais a preservação do meio ambiente do que a ressarcibilidade do dano, tendo em vista a impossibilidade de retorno ao *status quo* anterior, o que torna o pagamento de indenização improfícuo.

Neste sentido, afirma Machado (2010, p.365):

Os danos causados ao meio ambiente encontram grande dificuldade de serem reparados. É a saúde do homem e a sobrevivência das espécies da fauna e da flora que indicam a necessidade de prevenir e evitar o dano.

Deste ponto de vista, a responsabilidade civil ambiental diz respeito não só aos danos materiais provocados ao meio ambiente, mas engloba também todos aqueles que de uma forma ou de outra foram prejudicados pela atividade danosa.

De nada adiantaria a utilização de tal responsabilidade se a mesma admitisse as excludentes de responsabilidade antes mencionadas, isto porque a grande maioria dos casos de danos ambientais tem por trás uma situação imprevisível, inesperada, inimaginável, fatos que, se admitidos como excludentes, tornariam a tutela ambiental insatisfatória e, por consequência, o *habitat* natural da espécie humana estaria desprotegido.

Desta forma, vincula-se a responsabilidade objetiva à teoria do risco integral da atividade desenvolvida. Para esta teoria não há qualquer excludente de responsabilidade do poluidor, bastando que este cause um dano e que, como já mencionado, haja um nexo de causalidade entre este dano e a atividade praticada pelo agente.

Entende de forma contrária Baracho Júnior (2000, p. 322), para quem é inconcebível a ideia de não admitir excludentes de responsabilidade, ferindo, inclusive, os direitos fundamentais, conforme dispõe:

Admitir as excludentes de responsabilidade seria fundamental. Isso porque o instituto da responsabilidade civil por dano ao meio ambiente não pode pretender absorver *o mundo da vida*, dinâmico e sempre mais rico do que o mundo do discurso por definição.

E ainda acrescenta (2000, p. 322/323):

A responsabilidade civil por dano ao meio ambiente não pode pretender alcançar todas as formas de interação social, partindo do princípio de que existe uma 'grande cadeia dos seres'[...].

Efetivamente seria difícil, à luz dos direitos fundamentais, aceitar uma concepção de responsabilidade civil tão abrangente, que pudesse absorver o exercício de vários outros direitos e garantias.

Há precedentes no STJ que dispensam a prova do nexo de causalidade entre o dano e a atividade desenvolvida pelo agente quando este é adquirente de imóvel com desastre ambiental. Neste caso, independentemente de o causador dos estragos ter sido o adquirente ou o dono anterior do imóvel, a responsabilidade pelos danos é sempre atribuída ao novo proprietário (STJ – REsp 1056540 GO 2008/0102625-1, Relatora: Min. Eliana Calmon, DJ 14 set. 2009).

É o que podemos verificar também na seguinte ementa:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL - PROPRIEDADE RURAL - ÁREA DEGRADADA - OBRIGAÇÃO 'PROPTER REM' - RESPONSABILIDADE DO ADQUIRENTE - SENTENÇA MANTIDA. 1- A responsabilidade civil por dano ambiental é objetiva, bastando que se prove o dano e o nexo deste com a conduta ilícita, consoante a legislação pátria. 2- A preservação do meio ambiente é obrigação 'propter rem', de sorte que sua conservação ou reparação transfere-se ao adquirente do imóvel, independente de não ter sido o autor do dano (TJMG - ApCiv 1.0508.06.001370-5/001 – 6ª Câm. Civ., j. 11.03.2008, Relator: Des. Maurício Barros.).

Ressalte-se que a legislação pátria não define o que pode ser entendido como atividade de risco. Assim, caberá ao julgador analisar, em cada caso concreto, a dimensão do dano provocado e o nexo causal, interpretados conforme os princípios constitucionais e ambientais.

Para Milaré, a utilização da teoria do risco integral na responsabilidade civil traz consequências relevantes aos danos ambientais ocasionados, tais como:

a) Prescindibilidade de investigação de culpa

A primeira consequência é que, como já foi possível perceber, a regra da objetivação da responsabilidade prescinde de investigação e de discussão da culpa do

poluidor, sendo necessário, repita-se, tão somente a existência da atividade e a demonstração do nexo causal entre o dano ocasionado e a conduta praticada.

b) Irrelevância da licitude da atividade

A segunda consequência, menos óbvia que a anterior, diz respeito à irrelevância da licitude ou legalidade da atividade desenvolvida. Isto implica que, mesmo que comprovado que o dano provocado foi resultante de atividade lícita, por exemplo, uma atividade que estava dentro dos padrões de emissão regulados pela autoridade administrativa ou, ainda, uma atividade desenvolvida mediante autorização ou licença, ainda assim tais fatos não irão elidir a responsabilidade do agente.

c) Inaplicabilidade de excludentes

Uma terceira consequência está relacionada à impossibilidade de invocar-se o enquadramento do dano como sendo caso fortuito ou força maior. Apesar de não existir um consenso na doutrina da diferença existente entre estes dois conceitos, o certo é que, não importa se o evento danoso foi decorrente de falha técnica ou humana, de obra do acaso ou da natureza, pois, da mesma forma, restará configurada a responsabilidade do agente, cabendo a este, quando muito, interpor ação de regresso contra aquele que acredita ser o verdadeiro poluidor.

Por fim, deve-se destacar ainda o caráter solidário da responsabilidade por dano ao meio ambiente. Ressalte-se que não interessa se a intenção danosa foi compartilhada por mais de um agente, mas tão somente que se possa buscar e exigir dos envolvidos direta ou indiretamente o dever de reparação. É o que pode-se extrair da seguinte jurisprudência:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Ambiental - Área de preservação - Edificação - Reparação de danos - Responsabilidade objetiva - Solidariedade - Omissão - Polícia do meio ambiente - Sentença de procedência - Recursos não providos. Omitindo ou retardando o cumprimento de seu dever de impedir e desfazer edificação não licenciada, em área de preservação ambiental, tem o município responsabilidade objetiva e solidária na reparação dos danos causados ao meio ambiente. (ApCiv 161.691-5 - São José dos Campos - 8ª Câmara de Direito Público - Relator: Teresa Ramos Marques - 08.08.01 - V.U.)

Perceba-se que, na situação apresentada, a responsabilização solidária do município representa, na verdade, uma oneração para a sociedade, tendo em vista que

os recursos daquele ente são públicos. Desta forma, nestas hipóteses, deve-se buscar o ressarcimento, em primeiro plano, do responsável direto, sob pena de injusta penalização da própria coletividade.

3 O DANO MORAL NO DIREITO AMBIENTAL

3.1 O conceito e o histórico de dano moral

A história do reconhecimento do dano moral remete-nos há muitos milênios atrás. Com efeito, os estudiosos afirmam que o Código de Hamurabi, da Babilônia, elaborado, segundo estimativas, em 1.700 a. C., já acolhia o dano moral em alguns de seus dispositivos, como, por exemplo, em seu parágrafo 127, constante dos capítulos IX e X, conforme se depreende de sua redação: “Se um homem livre estendeu o dedo contra uma sacerdotisa, ou contra a esposa do outro e não comprovou, arrastarão ele diante do juiz e raspar-lhe-ão a metade do seu cabelo.”

Importante notar que referido código só admitia a ideia de reparação moral mediante a prática de lesão idêntica, daí a famosa referência atribuída à Lei de Talião, como também é conhecida: “Olho por olho, dente por dente.”

Theodoro Júnior (2000, p. 3) também faz remissão ao Código de Manu, da Índia, como precursor do dano moral, uma vez que o mesmo previa a pena pecuniária para condenações criminais injustas.

Sobre este código, Florindo (2002, p. 36) teceu uma interessante observação: “o Código de Manu demonstrou profundo e indiscutível avanço, em relação ao de Hamurabi, visto que tratava a reparabilidade do dano em pecúnia, muito diferente deste que ainda trazia a lesão reparada por outra lesão de igual valor.”

Mas, afirma Theodoro Júnior, foi o Direito Romano que, sem qualquer sombra de dúvidas, ampliou significativamente o leque de possibilidades de lesão a interesses não patrimoniais passíveis de reparação pecuniária, podendo-se citar como exemplo a já mencionada Lei das XII Tábuas. Segundo os historiadores, a compilação original desta lei se perdeu em razão do incêndio em Roma, em 390 a.C., mas muitos de seus dispositivos foram reproduzidos por outros autores.

O fato é que, destaca Theodoro Júnior, o reconhecimento do dano moral na esfera jurídica revelou-se um percurso longo e penoso, na medida em que predominava a ideia de impossibilidade de se atribuir um preço à dor. Tal teoria, entretanto, foi derrubada com o surgimento dos chamados direitos da personalidade.

Nas palavras de Bittar (1995, p. 3), os direitos da personalidade são:

[...] direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

Assim, o dano moral começa a ser identificado como a lesão perpetrada contra prerrogativas inerentes à própria condição humana, motivo pelo qual se tornou necessária a sua efetiva reparação, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Como afirma Ibrahin, no Brasil Colonial não havia nenhuma regra sobre a reparabilidade do dano moral. Cogita-se que tal instituto surgiu pela primeira vez na legislação brasileira com a edição do Decreto 2.681, de 07/12/1912, que regulava a responsabilidade civil nas estradas de ferro, e, em seu art. 21, estabelecia que, diante de uma lesão corporal ou deformidade, seria cabível uma indenização a ser arbitrada pelo juiz. Note-se, contudo, que referido dispositivo não trazia expressamente o termo dano moral, senão vejamos:

Art. 21 No caso de lesão corpórea ou deformidade, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidez para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com o tratamento e os lucros cessantes, deverá pelo juiz ser arbitrada uma indenização conveniente.

Cumprido destacar que, antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a incidência do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a sua reparabilidade, era demasiadamente vaga. O Código Civil de 1916, por exemplo, em seu art. 76, mencionava a necessidade de um “legítimo interesse moral” para a propositura de eventual ação, acrescentando, em seu parágrafo único, que tal interesse deveria estar diretamente associado ao autor ou à sua família.

A partir daí, surgiram diversos questionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o acolhimento, ou não, do dano moral no diploma legal supracitado.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, antes da Constituição Federal de 1988, adotava o reconhecimento do dano moral extrapatrimonial de maneira restrita, ou seja, não admitia a sua ocorrência de maneira isolada. Desta forma, o Egrégio Tribunal negava, por exemplo, ser indenizável o valor exclusivamente afetivo decorrente de morte de filho menor que não contribuía para o sustento da casa,

conforme RE 12.039/AL. Relator: Lafayette de Andrada. Data do julgamento: 6.8.1948. RT 244/629.

Tal posicionamento só iria se modificar muito tempo depois, após a emissão de vários precedentes contrários ao entendimento de que o dano moral necessariamente deveria estar atrelado a um dano de valor econômico. Assim, o STF editou a súmula 491, estabelecendo que: "É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado".

Mesmo depois da edição de referida súmula, destaca Morato Leite (2011, p. 271), ainda reinava entre os operadores do Direito uma grande dúvida no que diz respeito ao fato de tal súmula estar reconhecendo a indenização por dano moral ou apenas por mera expectativa de dano patrimonial.

Ocorre que, somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e, mais especificamente, com a redação disposta no art. 5º, incisos V e X, que menciona expressamente o dano moral, afastou-se, definitivamente, qualquer dúvida sobre o reconhecimento e ressarcimento de referido dano no ordenamento pátrio.

Destaque-se que, de acordo com Gonçalves (p. 394, 1994), os dispositivos constitucionais supramencionados são meramente exemplificativos, tendo em vista que podem ser inseridas outras hipóteses de ocorrência de dano moral no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se depreende da leitura do art. 5º, §2º, da Carta Magna.

Após sua previsão constitucional, fez-se necessário definir exatamente o que seria dano moral, o que não era tarefa fácil, levando alguns doutrinadores a adotarem o conceito por exclusão. Assim, por exemplo, Silva (1993, p.13), resume a questão: "dano moral é o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico." Trata-se, claramente, de conceituação negativa.

Sobre este modo de definir dano moral, assim se posicionou Stiglitz e Echevesti (1993, p. 243):

Diz-se que dano moral é o prejuízo que não atinge de modo algum o patrimônio e causa tão somente uma dor moral à vítima. Esta é uma idéia negativa (ao referir por exclusão que os danos morais são os que não podem considerar-se patrimoniais) e tautológica, pois ao afirmar que dano moral é o que causa tão somente uma dor moral, repete a ideia com uma troca de palavras.

Os doutrinadores que conceituaram dano moral levando em consideração o seu conteúdo, por sua vez, manifestaram-se no sentido de que referido dano se referia a um abalo ao estado anímico ou psicológico do indivíduo.

Assim, segundo Cahali (1998, p. 20), dano moral é:

[...] a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.).

Bittar (1994, p. 31), por seu turno, afirma que os danos morais “se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado”.

Como se vê, o conceito de dano moral no ordenamento jurídico brasileiro está tradicionalmente relacionado a uma lesão a um direito subjetivo, que provoca sentimentos de dor, sofrimento e angústia em determinado indivíduo ou em seus familiares.

Diniz (p. 94, 2010) ainda acrescenta que o dano moral pode ser classificado em duas espécies: *dano moral direto* e *dano moral indireto*. O primeiro decorre de uma ofensa direta a um bem jurídico extrapatrimonial, envolvendo os direitos da personalidade, os atributos da pessoa ou a dignidade da pessoa humana. Por sua vez, o dano moral indireto deriva de uma lesão a um bem jurídico patrimonial que, indiretamente, também provoca prejuízo em um bem jurídico não patrimonial. A autora menciona, como exemplo deste último, a perda de um anel de noivado.

Após estas considerações, podemos afirmar que o dano moral dá-se pela simples violação dos direitos da personalidade, tais como a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, a intimidade, a imagem, etc.

Entretanto, como destaca Miguel Reale, em artigo intitulado *Os direitos da personalidade*, “a cada civilização corresponde um quadro dos direitos da

personalidade, enriquecida esta com novas conquistas no plano da sensibilidade e do pensamento.”

Assim, o ilustre doutrinador ressalta que o último valor adquirido pela espécie humana foi o ecológico, valor este que já pode ser visto como um novo direito da personalidade.

O dano ao meio ambiente, entretanto, não atinge somente determinado indivíduo, mas toda a coletividade. Trata-se, em verdade, de uma nova categoria de direitos, classificada pela doutrina como direitos difusos. Nas palavras de Sirvinskas (2011, p. 647), estes direitos situam-se “numa zona nebulosa entre o interesse particular e o geral”.

O mencionado professor ainda (p. 645, 2011) destaca que foi a partir dos estudos desenvolvidos por Mauro Cappelletti que se começou a falar no acesso ao Poder Judiciário para a proteção de interesses da coletividade, não limitados à esfera pública ou à esfera privada. Em verdade, afirma que Mauro Cappelletti foi o precursor da ação civil pública, que, atualmente, é o meio processual mais relevante para a tutela do meio ambiente.

3.2 Breve conceito de dano ambiental

Não é qualquer alteração no meio ambiente que pode ser considerada dano ambiental, mas somente aquela fora dos limites de tolerabilidade. Caso contrário, como afirmou Machado (2010, p. 359), estar-se-ia “entendendo que o estado adequado do meio ambiente é o imobilismo, o que é irreal.” Em outras palavras, para configurar dano ecológico, a alteração ambiental deve ser maléfica.

Assim, o dano ambiental, em síntese, nada mais é do que a lesão provocada contra o meio ambiente.

Segundo o art. 3º, I, da Lei nº 6.938/81, meio ambiente é “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.”

Assim, constituem exemplos de dano ambiental a devastação das florestas, a poluição do ar, dos rios e dos mares, o aquecimento global, a matança da fauna e da flora, etc.

Segundo Morato Leite, o conceito de meio ambiente envolve ainda uma subdivisão em duas espécies: meio ambiente como macrobem e meio ambiente como microbem.

No primeiro caso, afirma o autor, o bem ambiental é tratado como um bem incorpóreo e imaterial, não se confundindo, portanto, com os seus elementos, tais como a água, o ar, a terra, a fauna, a flora, etc. Nas palavras de Morato Leite (2011, p. 85) “quando se fala, assim, na proteção da fauna, do ar, da água e do solo, por exemplo, não se busca propriamente a proteção desses elementos em si, mas deles como elementos indispensáveis à proteção do meio ambiente como bem imaterial...”

Neste mesmo sentido, o legislador constituinte estabelece no art. 225, *caput*, da Constituição, que o meio ambiente é “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Assim, conclui-se que o legislador brasileiro, ao conceituar meio ambiente, optou por tratá-lo enquanto macrobem, tendo em vista que expõe um conceito genérico de bem ambiental, a fim de tutelar todos os danos que, por ventura, possam ofender o equilíbrio ecológico. Nesta acepção, a tutela do meio ambiente é tida como um direito difuso.

Por outro lado, é fácil concluir que o microbem ambiental consiste exatamente naqueles elementos corpóreos do meio ambiente.

Estas noções são importantes para classificar-se o dano ao meio ambiente em dano coletivo ou dano individual.

Em artigo intitulado *A proteção jurisdicional do meio ambiente – uma relação jurídica comunitária*, Delton Winter de Carvalho afirmou que os danos ecológicos coletivos

[...] dizem respeito aos sinistros causados ao meio ambiente *lato sensu*, repercutindo em interesses difusos, pois lesam diretamente uma coletividade indeterminada ou indeterminável de titulares. [...] caracterizam-se pela inexistência de uma relação jurídica base, no aspecto subjetivo e, pela indivisibilidade (ao contrário dos danos ambientais pessoais) do bem jurídico, diante do aspecto objetivo.

Sobre o dano ambiental individual, Milaré (2009, p. 869) assim se pronunciou: “essa é a modalidade de dano ambiental que, afeta desfavoravelmente a quantidade do meio, repercute de forma reflexa sobre a esfera de interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais de outrem.”

Por este motivo, o dano ambiental individual também é chamado de dano reflexo ou ricochete. Significa dizer que a lesão perpetrada contra o meio ambiente, além de atingir os interesses da coletividade, acaba por prejudicar um indivíduo em sua esfera material ou moral.

Por fim, cumpre afirmar que o dano material ambiental consiste na degradação física provocada no meio ambiente. O dano moral ambiental, por sua vez, é decorrente do dano material, e restará configurado quando atingir o sentimento da coletividade.

3.3 Abrangência do dano moral ambiental

Inicialmente, convém destacar que o conceito de dano moral ambiental tem caráter duplo, ou seja, é possível dividi-lo em duas espécies distintas, quais sejam: o dano moral ambiental individual e o dano moral ambiental coletivo.

O primeiro decorre de lesão provocada contra o microbem ou contra o macrobem ambiental. Em relação ao dano moral ambiental individual decorrente de lesão contra o microbem ambiental, cumpre afirmar que referido dano não apresenta grandes diferenças em relação às demandas envolvendo o dano moral em seu sentido tradicional. Com efeito, nestas situações, o objetivo primordial não é proteger o meio ambiente, mas reparar a lesão extrapatrimonial provocada contra determinado indivíduo.

Assim, pode-se dizer que há dano moral ambiental individual decorrente de lesão contra o microbem ambiental sempre que a esfera íntima de determinado indivíduo é violada. Desta forma, este indivíduo é titular para ingressar no Poder Judiciário e exigir a ressarcibilidade do dano ocasionado.

A título de exemplo do dano supramencionado, cita-se a doença pulmonar que determinado indivíduo contrai em razão da poluição atmosférica ocasionada por uma determinada fábrica.

É importante destacar ainda que as ações envolvendo dano moral individual decorrente de lesão ao microbem ambiental, apesar de pretenderem tutelar principalmente interesse individual, acabam por repercutir também sobre a defesa do meio ambiente.

Assim, o indivíduo lesado poderá se valer da legislação ambiental específica para apoiar o seu pedido de reparação, inclusive alegando responsabilidade objetiva do agente causador do dano, nos moldes do art. 14, §1º, da Lei 6.938/81.

Todavia, determinado indivíduo também pode pleitear reparação quando houver dano moral ambiental decorrente de lesão ao macrobem, como, por exemplo, propondo ação popular em defesa do meio ambiente, conforme estatuído no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal.

Sobre a propositura daquela ação pelo cidadão para a tutela ambiental, assim se pronunciou Morato Leite (2011, p. 154):

Verifica-se claramente que o legislador constituinte, ao assim agir, legitimando o cidadão à proteção jurisdicional do meio ambiente, privilegiou a existência de uma democracia social, em que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, possa ser exigido via acesso à justiça, fazendo com que os cidadãos venham a contribuir e intervir, com vistas a corrigir as disfunções ambientais existentes.

Quanto ao dano moral ambiental coletivo, ressalte-se que os primeiros doutrinadores a defenderem o seu reconhecimento, a partir das modificações introduzidas pela Lei nº 8.884/94, no art. 1º da Lei nº 7.347/85 – Lei de Ação Civil Pública, foram José Rubens Morato Leite e Carlos Alberto Bittar Filho, dentre outros.

Inicialmente, convém afirmar que o dano moral ambiental coletivo não está restrito à degradação física provocada no meio ambiente. A simples degradação consiste, na verdade, em dano material ecológico.

Entretanto, a lesão ao equilíbrio ecológico acarreta, também, danos ao sentimento moral da coletividade, quando, por exemplo, determinado dano consegue afetar a qualidade de vida e o bem estar da coletividade. Nestes casos, diz-se que houve dano moral ambiental coletivo.

Paccagnella (2003, p. 15) assim coloca a questão:

Exemplificando, se o dano a uma paisagem causar impacto no sentimento da comunidade daquela região, haverá dano moral ambiental. O mesmo se diga da supressão de certas árvores na zona urbana, ou de uma mata próxima ao perímetro urbano, quando tais áreas foram objeto de especial apreço pela coletividade. Entendo, assim, que o reconhecimento do dano moral ambiental não está ligado, diretamente, à repercussão física no meio ambiente. Está, ao contrário, relacionado com a violação do sentimento coletivo, com o

sofrimento da comunidade ou grupo social, em vista de certa lesão ambiental.

Portanto, o dano moral ambiental coletivo consiste na lesão material do meio ambiente que resulta na deterioração da qualidade de vida e da saúde da coletividade. Trata-se, portanto, de lesão aos direitos difusos, uma vez que as vítimas são pessoas indeterminadas, ou seja, não é possível individualizá-las.

Contrário a todos os ensinamentos acima espostos, Stocco (2004, p.8) afirma que reconhecer a existência do dano moral ambiental:

É desvirtuar o objetivo da Carta Magna e tangenciar os princípios que informam a responsabilidade civil, pois o que se resguarda é o meio ambiente e não o dano causado à pessoa, individual ou coletivamente. Estes, caso sofram prejuízos, por danos pessoais (físicos) ou materiais (em seus bens), terão direito de ação para obter a reparação por direito próprio, mas não podem beneficiar-se do resultado alcançado pelo Ministério Público ou pelas entidades legitimadas a ingressar com ações civis públicas para a proteção, salvo quando a ação tenha natureza diversa, como a proteção do consumidor ou qualquer outro interesse difuso ou coletivo que cause dano de per se e possa ser individualizado e quantificado posteriormente.

Ora, resguardar o meio ambiente significa também resguardar a vida humana, não apenas de determinado indivíduo, mas de toda a coletividade. Afinal, a qualidade de vida e a saúde da população dependem, necessariamente, de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desta forma, *concessa venia*, não é possível admitir os fundamentos do supramencionado doutrinador.

3.4 Análise de julgados envolvendo o dano moral ambiental coletivo no Brasil

Morato Leite (2011, p. 296) suscita que um dos primeiros julgados a tratar sobre o dano moral ambiental coletivo no Brasil, ocorreu na jurisdição de Santa Catarina. Era uma ação civil pública, sob o nº 2397255394-8, intentada pela Fundação Municipal do Meio Ambiente de Florianópolis – FLORAM, representada pelo Dr. Marcelo Buzaglo Dantas, em face de Arabutan Rabelo Avila, alegando que a extração de saibro em determinada região do Município de Florianópolis, promovida pelo Requerido, muito embora estivesse devidamente licenciada, estava ocorrendo de forma desmedida e sem que houvesse a necessária recuperação da área degradada. Tal conduta, segundo a Requerente, teria ocasionado notável dano moral ambiental à coletividade, e, em especial, aos habitantes daquela região.

O juiz *a quo*, o Dr. Volnei Ivo Carlin, julgou procedente a presente ação, reconhecendo a ocorrência de dano moral ambiental, e, por conseguinte, determinando o *quantum* indenizatório devido no caso em comento, a ser revertido ao Fundo para Recuperação de Bens Lesados, previsto no art. 13, da Lei nº 7.347/85.

Entretanto, o Requerido apresentou Recurso de Apelação, sob o nº 2000.025366-9, contra a supracitada decisão. Tal recurso, por sua vez, foi julgado parcialmente procedente, uma vez que a 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, apesar de reconhecer a existência do dano moral ambiental, entendeu que o mesmo não estava configurado na situação apresentada, por ser inexistente a violação de sentimento coletivo, e, ainda, em virtude da exploração de saibro ter ocorrido com a autorização do Poder Público, além do fato de que aquele terreno, segundo uma moradora da região, já apresentava sinais de degradação.

Apesar do regresso ocorrido no juízo *ad quem*, é inegável a importância da sentença proferida pelo Dr. Volnei Carlin como precedente no reconhecimento do dano moral ambiental coletivo brasileiro.

Todavia, a primeira decisão mais significativa no reconhecimento e aplicação deste instituto jurídico e que influenciou o julgamento de processos semelhantes no futuro, ocorreu na jurisdição do Rio de Janeiro. Tratava-se de ação civil pública, sob o nº 0140043-19.1999.8.19.0001, intentada pelo Município do Rio de Janeiro em face de Artur da Rocha Mendes Neto, objetivando a reparação dos danos morais e patrimoniais causados à coletividade daquela municipalidade pela destruição de seu ecossistema, ocasionada pelo Requerido, provocada pelo corte de árvores, supressão do sub-bosque e início de construção não licenciada em terreno próximo ao Parque Estadual de Pedra Branca.

O juiz de primeira instância julgou o pedido parcialmente procedente, reconhecendo apenas o dano de natureza material. Com efeito, a sentença condenou a parte ré a desfazer as obras executadas irregularmente, remover o entulho e plantar 2.800 espécies de plantas nativas daquela região.

Inconformado com a decisão acima referida, o Município do Rio de Janeiro interpôs Recurso de Apelação, sob o nº 2001.001.14586, para que também fosse reconhecida a ocorrência de dano moral ambiental.

Desta feita, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro julgou o recurso totalmente procedente, admitindo a ocorrência de dano moral ambiental e condenando o apelado a pagar o equivalente a 200 salários-mínimos.

Observa-se, com esse acórdão, que o dano ambiental material é perfeitamente cumulável com o dano ambiental moral, e, a respeito desta cumulatividade, o STJ editou a súmula nº 37, já mencionada anteriormente, que estabelece: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.” No caso de danos ao meio ambiente, portanto, a condenação que impõe o dever de reparação patrimonial, também pode reconhecer a ocorrência de dano moral.

Ainda sobre o acórdão acima referido, comentou Carlos Alberto Bittar Filho, em brilhante artigo intitulado “A consagração da noção de dano moral ambiental coletivo no direito brasileiro”: “Absolutamente escorreito o respeitável acórdão, pois o dano ambiental não consiste apenas e tão-somente na lesão ao equilíbrio ecológico, afetando igualmente outros valores precípuos da coletividade a ele ligados, a saber: a qualidade de vida e a saúde (grifo nosso). É que esses valores estão intimamente inter-relacionados, de modo que a agressão ao ambiente afeta diretamente a saúde e a qualidade de vida da comunidade (CF, art. 225).”

É importante ainda considerar que, enquanto a reparação dos danos ambientais materiais objetiva, principalmente, o retorno ao *status quo ante*, tendo em vista que a reparação em pecúnia não está em conformidade com os princípios basilares do Direito Ambiental, sendo utilizada apenas quando for impossível a recuperação da área degradada, a reparação do dano ambiental moral dá-se, por óbvio, através de indenização. Tal indenização, com valor arbitrado pelo livre convencimento do juiz, tem caráter sancionatório e educativo, objetivando reprimir a ocorrência de danos semelhantes no futuro.

Entretanto, a jurisprudência até então formada a respeito da ocorrência de dano ambiental moral não era uniforme, pois, por vezes, admitia a prática de referido dano, e, em outras, negava a sua ocorrência.

As decisões que negavam a prática de dano moral ambiental coletivo fundamentavam-se, principalmente, na impossibilidade da ocorrência de dano moral contra a coletividade, tendo em vista que tal dano teria caráter tipicamente individual, em razão dos sentimentos de dor e angústia serem sentidos somente pelo indivíduo, além do fato de o dano moral ser incompatível com a ideia de indivisibilidade do dano e de indeterminação das vítimas.

Como exemplo, podemos citar a ApCiv nº 1.0702.96.019524-7/001, interposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no Tribunal de Justiça daquela circunscrição, em face de Bar Restaurante Tribuna Livre Ltda. No caso, a sentença prolatada nos autos do processo nº 070296019524-7, denegou a ocorrência de dano moral ambiental coletivo aos habitantes de Uberlândia, dano este que,

segundo o Apelante, decorreu da poluição sonora praticada pela Apelada e suportada durante anos a fio pelos moradores daquela região.

No acórdão proferido pela 2ª Câmara Cível daquele tribunal, o relator do processo, o Des. Francisco Figueiredo, afirmou que, de fato, a poluição sonora causou grandes transtornos aos habitantes das localidades próximas ao referido bar, entretanto, tais transtornos não poderiam configurar dano moral ambiental, pois “a eventual afetação ambiental não tem como importar em ofensa moral a ser indenizável e muito menos restaria evidenciada uma dor suportada pela comunidade e que pudesse ser traduzida em reparação pecuniária”.

Também julgando improcedente o pedido formulado pelo Apelante, mas por razões diversas daquelas proferidas pelo relator, o voto do Des. Nilson Reis, por sua vez, admitiu a ocorrência de dano moral ambiental contra a coletividade, em especial os moradores nas proximidades vizinhas à Apelada, tendo em vista que a perturbação do bar tirava-lhes o sossego e a tranquilidade do lar. Entretanto, como a inicial do referido processo requeria que o valor a título de indenização por tais danos fosse revertido aos cofres públicos do Município de Uberlândia, não havia como julgar este pedido procedente. Isto porque o dano foi provocado contra os habitantes de Uberlândia, e não contra o referido Município. Neste sentido, assim se pronunciou o Des. Nilson Reis:

[...] porque direito personalíssimo, impossível, concessa vênia, a postulação recursal do ilustre representante do Ministério Público, que não é, no caso dos autos, substituto processual ou detentor de legitimidade para reclamar indenização por danos morais ao Município, invocando, para tanto, o art. 1º da Lei 7.347/85, inaplicável, portanto.

Inteira razão assiste ao voto acima citado, considerando que o bem ambiental brasileiro não é considerado um bem público, nem privado, mas um bem de interesse público. Assim, a lesão perpetrada contra o bem ambiental que, por consequência, provoque dano moral à coletividade, há de ser reparada mediante a fixação de *quantum* indenizatório a ser revertido ao Fundo para Recuperação dos Bens Lesados, conforme prevê o art. 13 da Lei nº 7.347/1985.

Interessante observar que, na legislação italiana (Lei 349/86), por exemplo, o bem ambiental é considerado bem público e, desta forma, somente o estado tem legitimidade ativa para propor ações relativas ao meio ambiente. Em consequência disso, Morato Leite destaca que a classificação do bem ambiental como bem público

pela legislação italiana dificulta ainda mais as formas de reparação do meio ambiente e do exercício da cidadania ambiental.

O fato é que, somente no ano de 2006, o Superior Tribunal de Justiça pôde analisar concretamente, pela primeira vez, a ocorrência de dano moral ambiental. A expectativa era de que o Egrégio Tribunal, finalmente, consolidasse esta modalidade de dano e finalizasse as divergências jurisprudenciais entre os tribunais de todos os estados do país.

Ocorre, entretanto, que o STJ não se posicionou favoravelmente à ocorrência de dano moral ambiental, como será adiante demonstrado.

Tratava-se de ação civil pública intentada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra o Município de Uberlândia e a empresa Empreendimentos Imobiliários Canaã Ltda., objetivando a suspensão das atividades de loteamento nos bairros Jardim Canaã I e II, atividades pelas quais os Requeridos eram responsáveis, e que, segundo laudos técnicos, estavam provocando a degradação da área loteada, motivo pelo qual o Autor requeria a condenação dos réus à reparação dos danos materiais e morais provocados.

A sentença proferida pelo juiz *a quo* julgou procedente o pedido formulado pelo Autor, condenando os réus a adotarem medidas mitigadoras capazes de cessar a erosão do solo, que contribuía para a destruição de matas e de nascentes de água, além da condenação pelos danos morais coletivos decorrentes do descaso e da ilicitude da conduta dos requeridos, fixados no montante indenizatório de R\$ 50.000,00, para cada um dos réus.

Todavia, referida sentença foi apreciada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em obediência à regra do duplo grau de jurisdição obrigatório, e o acórdão proferido por aquele tribunal reformou a mencionada decisão para excluir a condenação por danos morais, pronunciando-se da seguinte forma:

A condenação dos apelantes em danos morais é indevida, posto que dano moral é todo o sofrimento causado ao indivíduo em decorrência de qualquer agressão aos atributos da personalidade ou aos seus valores pessoais, portanto de caráter individual, inexistindo qualquer previsão de que a coletividade possa ser sujeito passivo do dano moral.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, então, interpôs Recurso Especial contra o acórdão acima referido e, por três votos a dois, o tal recurso foi improvido.

O relator do processo, o Min. Luiz Fux, defendeu brilhantemente a ocorrência de dano moral ambiental coletivo no caso em comento, assim como o Min. José Delgado, sendo vencidos pelos votos proferidos pelos ministros Teori Zavascky, Francisco Falcão e Denise Arruda.

O Min. Teori Zavascky fundamentou seu voto-vista na necessária vinculação do dano moral com o indivíduo, na medida em que somente este é capaz de ter sentimentos de dor e angústia, impossíveis de serem sentidos pela coletividade e, apesar de alegar que o dano ecológico pode, em tese, ocasionar também dano moral, entendeu que, no caso em comento, bastava a determinação de medidas reparatórias do dano ocasionado, sem que fosse necessário se falar em dano moral, mesmo porque o Autor da ação ora analisada não havia especificado em que exatamente consistiria este dano moral.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, o Min. Francisco Falcão também não reconheceu a inexistência de dano moral.

A Min. Denise Arruda, por sua vez, reconheceu ser plenamente possível a ocorrência de dano moral ecológico. Este, entretanto, não estava evidenciado nos autos, ou seja, o dano moral não estava efetivamente comprovado.

4 A PROBLEMÁTICA DO RECONHECIMENTO LEGAL, DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL DO DANO MORAL AMBIENTAL

4.1 A resistência e a adaptação aos novos institutos jurídicos

Já se disse que a previsão do dano moral coletivo em nossa legislação é bastante recente, introduzida com a Lei nº 8.884/94, que modificou a redação do art. 1º da Lei de Ação Civil Pública – Lei 7.347/85.

Impende destacar que tal previsão legislativa surgiu para atender às constantes transformações e crescentes complexidades ocorridas na sociedade. Assim, se durante muito tempo ignorou-se a tutela jurídica do meio ambiente, o mesmo não poderia mais continuar ocorrendo, uma vez que os danos provocados contra a natureza acabaram sendo revertidos contra a própria sociedade.

Todavia, a previsão legislativa pura e simples do dano moral ambiental difuso mostra-se insuficiente para aplicação em casos concretos, na medida em que a evolução legislativa não foi acompanhada pelo pensamento dos operadores do direito.

Neste sentido, manifesta-se Alexandre Amaral Gravovsky, em seu artigo intitulado “A tutela coletiva do século XXI e sua inserção no paradigma jurídico

emergente”, afirmando que “alterações legislativas desacompanhadas de mudança de mentalidade de seus aplicadores ou dissociadas do paradigma jurídico dominante, acabam por ter comprometida sua eficácia”.

É o que ocorre, por exemplo, com a previsão legislativa do dano moral ambiental coletivo, tendo em vista que inúmeros julgados negaram a sua ocorrência em virtude de entendimentos jurídicos obsoletos.

Assim, torna-se necessário, diante da novidade da tutela coletiva, promover a revisão de princípios e regras que norteiam a atividade jurisdicional no que diz respeito à reparabilidade do dano moral ecológico, considerando que referido dano não tem sido reconhecido em casos concretos por entender-se que o dano moral se aplica tão somente ao indivíduo, além de não ser possível harmonizar tal dano com a noção de indeterminação das vítimas.

4.1.1 O reconhecimento do dano moral praticado contra as pessoas jurídicas

Ocorre, entretanto, que já faz algum tempo que o entendimento do dano moral como atributo exclusivo do indivíduo não tem mais razão de ser, isto porque, dentre outros motivos, o próprio Superior Tribunal de Justiça, após uma série de controvérsias, se manifestou favoravelmente ao reconhecimento do dano moral às pessoas jurídicas, editando a súmula nº 227.

Na época das discussões, formaram-se duas correntes doutrinárias: uma que defendia veementemente a existência do dano moral às pessoas jurídicas e outra que negava ferrenhamente o reconhecimento de referido dano a tais pessoas.

A parcela da doutrina que entendia que o dano moral não se aplicava às pessoas jurídicas defendia que tal dano somente se configurava quando desrespeitado o princípio da dignidade da pessoa humana, que, como o próprio nome sugere, somente pode ser aplicado às pessoas naturais, e não às pessoas jurídicas.

Em outras palavras, essa teoria estabelecia que somente o indivíduo poderia pleitear dano moral, em razão de que somente a pessoa física era capaz de sofrer abalo psicológico, ocasionado por ofensa a um ou mais direitos da personalidade, não podendo, desta forma, ser sentido pela pessoa jurídica, ente fictício e representativo das pessoas físicas.

Nesta linha de raciocínio, Frota (2008, p. 244/245) afirmou que equiparar as pessoas jurídicas

[...] para fins de reparação por danos não-materiais é comprometer a efetividade do princípio da dignidade da pessoa

humana alinhado na Constituição Federal de 1988, o que acarreta a redução e o descompromisso do discurso do direito com os valores e princípios constitucionais, a ceder às tentações neoliberais de flexibilidade e desregulamentação.

Os juristas que negavam o reconhecimento do dano moral às pessoas jurídicas acrescentavam ainda que a ofensa à reputação ou à honra da pessoa jurídica configurava, na realidade, um dano econômico, na medida em que acabava por refletir nos rendimentos e lucros percebidos por aquele ente fictício.

Por outro lado, aqueles que entendiam que o dano moral se estendia às pessoas jurídicas dividiam o conceito de honra em dois aspectos: subjetivo e objetivo.

A honra subjetiva dizia respeito à imagem que cada indivíduo tinha de si próprio, e a lesão a esta imagem configurava, notadamente, dano moral, por ofensa aos direitos intrínsecos da personalidade humana, conhecidos como direitos da personalidade.

Por outro lado, a honra objetiva referia-se à imagem que a sociedade formava sobre determinada pessoa, e, desta forma, poderia também ser aplicada às pessoas jurídicas, tendo em vista que o dano à reputação de tais entes prejudicava severamente o desempenho de suas atividades no mercado.

Assim, o dano à boa imagem de determinada pessoa jurídica poderia perfeitamente ser considerado dano moral, uma vez que a estas pessoas se estendiam, no que coubesse, os direitos da personalidade, nos termos da redação do art. 52 do Código Civil.

E mais, o dano moral às pessoas jurídicas depreendia-se do próprio texto constitucional, conforme asseverou Cavalieri Filho (2008, p.97), nos seguintes termos:

Ademais, após a Constituição de 1988 a noção de dano moral não mais se restringe à dor, sofrimento, tristeza etc., como se depreende do seu art. 5º, X, ao estender a sua abrangência a qualquer ataque ao nome ou imagem da pessoa física ou jurídica, com vistas a resguardar a sua credibilidade e respeitabilidade. Pode-se, então, dizer que, em sua concepção atual, honra é o conjunto de predicados e condições de uma pessoa, física ou jurídica, que lhe conferem consideração e credibilidade social; é o valor moral e social da pessoa que a lei protege ameaçando de sanção penal e civil a quem ofende por palavras ou atos.

O STJ pacificou este entendimento ao editar a súmula nº 227. Na ocasião, o Egrégio Tribunal julgava o Recurso Especial nº 60033-22, de Minas Gerais, e o eminente Min. Ruy Rosado de Aguiar, relator do processo, assim se pronunciou:

Quando se trata de pessoa jurídica, o tema da ofensa à honra propõe uma distinção inicial: a honra subjetiva, inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, auto-estima, etc., causadores de dor, humilhação, vexame; a honra objetiva, externa ao sujeito, que consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa. Por isso se diz ser a injúria um ataque à honra subjetiva, à dignidade da pessoa, enquanto a difamação é ofensa à reputação que o ofendido goza no âmbito social onde vive. A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua.

Desta forma, uma das características tradicionais do dano moral, notadamente a de que o mesmo só poderia atingir pessoa física, sofria considerável flexibilização para incluir também as pessoas jurídicas como titulares do direito à reparação por dano moral, uma vez que estas mereciam semelhante proteção a que é dada aos indivíduos no que diz respeito à sua reputação, nos moldes formulados no próprio texto constitucional.

Por fim, cumpre registrar o seguinte comentário extraído do artigo “Possibilidade de cumulação de obrigação de fazer ou não fazer com indenização nas ações civis públicas para reparação de danos ambientais”, de Ana Maria Marchesan, Annelise Monteiro Steigleder e Silvia Cappelli:

Com a aceitação de que a proteção dos valores morais não está restrita aos valores morais individuais da pessoa física, tem-se o primeiro passo para que se admita a reparabilidade do dano moral em face da coletividade que, apesar de ente despersonalizado, possui valores morais e um patrimônio ideal que merece proteção.

4.1.2 O dano moral ecológico e sua conexão com os direitos da personalidade

Em momento anterior, mencionou-se que o surgimento dos direitos da personalidade possibilitou a ressarcibilidade por danos morais.

Por serem intrínsecos à pessoa humana, e em atendimento ao princípio da dignidade humana, constituem características dos direitos da personalidade: a inalienabilidade, a indisponibilidade e a imprescritibilidade.

Também já se disse que os direitos da personalidade não são estáveis, pelo contrário, passam por contínuas transformações a fim de satisfazer as novas exigências da sociedade.

Em nosso ordenamento jurídico, os direitos da personalidade estão, exemplificativamente, previstos no art. 5º da Constituição Federal, elencados como direitos e garantias fundamentais.

Entretanto, o legislador constituinte também estabeleceu, no art. 225, *caput*, da Constituição, que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, o que, na visão de alguns doutrinadores, constitui, além de um direito difuso, mais um exemplo de direito da personalidade, e mais, um direito da personalidade de índole coletiva.

Explica-se: o art. 5º, *caput*, da Constituição, prevê que cada indivíduo tem garantido o direito à vida. Entretanto, para que esta garantia possibilite a realização plena da personalidade humana, não basta simplesmente o direito à vida. Este deve ser complementado pelo direito à qualidade de vida, ou, nos termos do art. 225, da Constituição, pelo direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Segundo expõe Milaré, em seu artigo intitulado “Meio Ambiente e os Direitos da Personalidade”:

[...] não existe qualidade de vida sem qualidade ambiental e é exatamente esse liame indissociável entre os dois conceitos que erige o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a direito humano fundamental e, mais que isso, a uma das espécies dos chamados direitos personalíssimos.

Assim, o indivíduo é titular do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto direito personalíssimo. Todavia, o direito à sadia qualidade de vida também pode ser exercido pela coletividade.

Neste sentido, leciona Morato Leite (2011, p. 281):

No que tange à equiparação do direito ao ambiente sobre interesses que dizem respeito à pessoa, entende-se que, no sistema brasileiro, esta hipótese transcende a pessoa

singularmente considerada e dirige-se a uma personalidade coletiva ou difusa, considerando que a finalidade de proteção diz respeito a todos.

O autor supracitado ainda acrescenta:

Desta forma, ao lesar o meio ambiente, ofende-se a um direito ou interesse dúplice e concomitante, isto é, da pessoa singular indeterminada e de toda a coletividade. Com efeito, trata-se de um direito da personalidade de dimensão coletiva e que, em sua cota parte, pertence singularmente ao indivíduo, mas de forma indeterminada.

Desta forma, mais uma vez, o Direito Ambiental exige a adaptação de institutos jurídicos clássicos para a efetiva tutela do meio ambiente. Assim, possibilitou-se a extensão dos direitos da personalidade, antes restritos ao indivíduo, também à coletividade, nos casos de dano extrapatrimonial ao meio ambiente.

Em outras palavras, a proteção da personalidade humana está intimamente ligada à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez que a qualidade de vida e a saúde configuram elementos imprescindíveis para o desenvolvimento da personalidade humana. Portanto, o indivíduo é titular do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como a coletividade, em razão de tal direito ser também um direito difuso.

4.2 A necessidade de comprovação do dano ambiental

Ainda existe grande controvérsia no Superior Tribunal de Justiça a respeito da necessidade ou não de se comprovar o dano moral ambiental coletivo. A título de exemplificação, cita-se as ementas de alguns julgados daquele tribunal:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE EM LICITAÇÃO REALIZADA PELA MUNICIPALIDADE. ANULAÇÃO DO CERTAME. APLICAÇÃO DA PENALIDADE CONSTANTE DO ART. 87 DA LEI 8.666/93. DANO MORAL COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO NÃO DEBATIDO NA INSTÂNCIA "A QUO".

1. A simples indicação dos dispositivos tidos por violados (art. 1º, IV, da Lei 7347/85 e arts. 186 e 927 do Código Civil de 1916), sem referência com o disposto no acórdão confrontado, obsta o conhecimento do recurso especial. Incidência dos verbetes das Súmula 282 e 356 do STF.

2. *Ad argumentandum tantum*, ainda que ultrapassado o óbice erigido pelas Súmulas 282 e 356 do STF, melhor sorte não socorre ao recorrente, máxime porque a incompatibilidade entre o dano moral, qualificado pela noção de dor e sofrimento psíquico, e a transindividualidade, evidenciada pela indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa objeto de reparação, conduz à não indenizabilidade do dano moral coletivo, salvo comprovação de efetivo prejuízo dano.

3. Sob esse enfoque decidiu a 1ª Turma desta Corte, no julgamento de hipótese análoga, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO." (Resp 598.281/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.05.2006, DJ 01.06.2006)

4. Nada obstante, e apenas obiter dictum, há de se considerar que, no caso concreto, o autor não demonstra de forma clara e irrefutável o efetivo dano moral sofrido pela categoria social titular do interesse coletivo ou difuso, consoante assentado pelo acórdão recorrido: "...Entretanto, como já dito, por não se tratar de situação típica da existência de dano moral puro, não há como simplesmente presumi-la. Seria necessária prova no sentido de que a Municipalidade, de alguma forma, tenha perdido a consideração e a respeitabilidade e que a sociedade uruguaiese efetivamente tenha se sentido lesada e abalada moralmente, em decorrência do ilícito praticado, razão pela qual vai indeferido o pedido de indenização por dano moral". (Resp 821.891 – RS, Rel. Min. Luiz Fuz, disponibilizado no DJE em 09/05/2008).

ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE - PASSE LIVRE - IDOSOS - DANO MORAL COLETIVO - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO - APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL - CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO - ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE - ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO - LEI 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO.

1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.
2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.
3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade.
4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo.
5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatória e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão.
6. Recurso especial parcialmente provido.

Note-se que os julgados acima indicados não se referem especificamente ao dano moral ambiental coletivo, em virtude de o mesmo, até o momento, só ter sido analisado no REsp. 598.281/MG. Entretanto, as ementas apresentadas tratam da necessidade ou não de comprovação do dano moral coletivo em sentido amplo. No

primeiro caso, exige-se a comprovação do efetivo dano. No segundo, o mesmo é dispensado.

Inicialmente, cumpre afirmar que tal divergência remete-nos às discussões relativas à própria consecução do dano moral no seu aspecto individual. Sendo assim, deve-se destacar que é comum nos casos envolvendo dano moral individual fazer a distinção entre este e o que seriam “meros aborrecimentos”. Neste último caso, o agente estaria desobrigado de indenizar em razão de tais aborrecimentos fazerem parte da vida cotidiana em sociedade.

Neste sentido, vale a pena citar os ensinamentos de Cavalieri Filho (2008, p.83-84):

Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. [...] Dor, vexame, sofrimento e humilhação são conseqüência, e não causa. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quanto tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém.

Em que pese a veracidade das afirmações do mencionado autor, tornou-se comum nas ações envolvendo danos morais a alegativa de que o suposto dano ocasionado configuraria meras chateações. E mais, também se passou a questionar a ausência de provas nos autos que demonstrassem a dor, o vexame, o sofrimento ou a humilhação, suportados pela vítima.

A questão é bastante complexa. Ora, como comprovar materialmente algo que é por essência imaterial, intangível? Desta forma, construiu-se a noção do dano moral *in re ipsa* para alguns casos específicos.

O dano moral *in re ipsa* é aquele que independe de comprovação, pois decorre do próprio fato, ou seja, o dano ocasionado é presumido. Assim, constitui exemplo de dano moral *in re ipsa* a inscrição indevida do consumidor nos órgãos de restrição ao crédito.

Após estas breves considerações, cumpre afirmar que para a reparação do dano moral ambiental coletivo também se mostra razoável a desnecessidade de sua comprovação, afinal, o que poderia ser utilizado concretamente para comprovar que a degradação de determinado bem ambiental trouxe prejuízo à saúde e à qualidade de vida de toda a coletividade?

Em outras palavras, a adoção do dano moral *in re ipsa* nos casos envolvendo danos extrapatrimoniais ambientais garante maior efetividade à proteção do meio ambiente, pois os casos que envolvem dano moral decorrente de degradação dos bens ambientais, muitas vezes, são difíceis de serem comprovados, apesar de o dano ser evidente e inconteste.

O certo é que o dano moral coletivo prescinde da comprovação de dor e de sofrimento, tendo em vista que estes só podem ser apurados na esfera subjetiva, e, em alguns casos, mesmo quando se trata de dano moral individual, a comprovação do dano é dispensada, pois presumida. Portanto, exigir que o dano moral ambiental coletivo seja comprovado torna quase impossível a ressarcibilidade de referido dano, indo contra os princípios norteadores do Direito Ambiental.

Vale a pena citar um trecho da obra de Morato Leite (2011, p. 294):

[...] há que se considerar como suficiente para a comprovação do dano extrapatrimonial a prova do fato lesivo – e intolerável – ao meio ambiente. Assim, diante das próprias evidências fáticas da degradação ambiental intolerável, deve-se presumir a violação ao ideal coletivo relacionado à proteção ambiental e, logo, o desrespeito ao direito humano fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

É interessante notar que o supramencionado autor destacou que a ação contra o meio ambiente deve ser intolerável, ou seja, deve causar desequilíbrio ecológico, pois para que a interferência humana na natureza seja considerada lesiva, deve ultrapassar o limite de tolerabilidade.

Entretanto, a ideia de descabimento de comprovação do dano moral ambiental coletivo ainda sofre forte resistência entre os aplicadores do direito, e, por

isso, a maioria das ações buscando a ressarcibilidade de referido dano têm sido declaradas improcedentes, inclusive pelo STJ.

Ademais, o próprio dano patrimonial ambiental é de difícil comprovação. Já se mencionou que a responsabilidade objetiva necessita tão somente de três elementos: a atuação do agente causador do dano, o próprio dano, obviamente, e o nexo de causalidade entre um e outro, abdicando-se da comprovação de culpa. Apesar de adotar-se a responsabilidade objetiva para a apuração de danos ambientais, muitas vezes esta prática se torna insuficiente, na medida em que existem entraves procedimentais para o reconhecimento da presença daqueles elementos.

Assim, em relação ao agente causador do dano ambiental, cumpre destacar que este quase nunca é perfeitamente identificado, isto porque, na maioria das vezes, o dano ambiental decorre de atividades desenvolvidas por variados agentes, de forma sucessiva, ou, até mesmo, de maneira cumulativa. Morato Leite (2011, p. 178) assim coloca a questão: “Levando em conta que o dano ambiental é de difícil individualização, torna-se árduo constatar a parte de cada um, em consequência de uma lesão conjuntamente provocada”.

O autor supramencionado assevera que, nestas situações, mostra-se adequada a adoção da teoria da causalidade alternativa do dano, segundo a qual todos os envolvidos direta ou indiretamente na prática do ato lesivo serão considerados solidariamente responsáveis, conforme previsão do art. 942, “in fine”, do Código Civil, formando-se, desta forma, um litisconsórcio facultativo, ressalvando-se, ainda, a possibilidade de eventual ação de regresso de um dos demandados em face de outro agente.

No mesmo sentido tem se posicionado a jurisprudência brasileira, inclusive com precedentes do próprio Superior Tribunal de Justiça, que publicou seu entendimento no Informativo de Jurisprudência nº 388 (referente ao período de 23 a 27 de março de 2009), com a seguinte redação:

A questão em causa diz respeito à responsabilização do Estado por danos ambientais causados pela invasão e construção, por particular, em unidade de conservação (parque estadual). A Turma entendeu haver responsabilidade solidária do Estado quando, devendo agir para evitar o dano ambiental, mantém-se inerte ou atua de forma deficiente. (...) Assim, sem prejuízo da responsabilidade solidária, deve o Estado – que não provocou diretamente o nem obteve proveito com sua omissão – buscar o

ressarcimento dos valores despendidos do responsável direto, evitando, com isso, injusta oneração da sociedade.

Superada a questão relativa à multiplicidade de agentes causadores do dano ambiental, surge outro obstáculo referente à comprovação do nexo de causalidade, isto porque, além de os agentes serem diversos, também pode haver um lapso temporal muito grande entre o dano provocado e a sua manifestação.

Por este motivo, Morato Leite (2011, p. 180) defende que a certeza da causalidade é incompatível com a apuração do dano ambiental, ressaltando a necessidade de abrandar-se o nexo de causalidade por meio da utilização da probabilidade de ocorrência do dano, a fim de evitar prejuízos irreparáveis.

Em que pese o fato de a jurisprudência brasileira ainda se mostrar relutante em adotar a ideia do autor acima indicado, alguns julgados têm se destacado por afastarem a necessidade de comprovação da lesividade concreta por restar configurada a sua possibilidade, como, por exemplo, no julgamento da Apelação Cível n. 99.013600-0 - Des. Luiz César Medeiros, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, senão vejamos:

Presta-se a ação civil pública para defesa do meio-ambiente e para obrigar o proprietário a demolir construção erguida em área não edificável, destinada por lei federal e municipal à preservação permanente, não sendo exigível para a sua propositura a prova de dano efetivo, mas apenas sua probabilidade; suficiente a ameaça de dano para justificar a via processual.

Cumprir mencionar ainda que a jurisprudência brasileira, inclusive o STJ, tem interpretado que a inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, também se aplica em casos que envolvem danos ambientais, com fundamento no princípio da precaução, conforme Informativo de Jurisprudência nº 404, que assim dispõe:

Trata-se da inversão do ônus probatório em ação civil pública (ACP) que objetiva a reparação de dano ambiental. A Turma entendeu que, nas ações civis ambientais, o caráter público e coletivo do bem jurídico tutelado – e não eventual hipossuficiência do autor da demanda em relação ao réu – conduz à conclusão de que alguns direitos do consumidor também devem ser estendidos ao autor daquelas ações, pois essas buscam resguardar (e muitas vezes reparar) o patrimônio público coletivo

consubstanciado no meio ambiente. A essas regras, soma-se o princípio da precaução.

Pelo exposto, pode-se concluir que se, por vezes, é difícil apurar a responsabilidade pelo dano ambiental material, mais difícil ainda é comprovar o dano ambiental moral, daí a necessidade de abdicar-se de sua comprovação.

Por fim, conforme afirmado por José Rubens Morato Leite e Pery Saraiva Neto, em artigo intitulado *A prova judicial do nexo de causalidade do dano ambiental: prova indiciária e sua valoração em um contexto de incertezas*

[...] se a realidade ambiental assenta-se em um contexto de incertezas, descabido que se prossiga tratando a prova judiciária como um mecanismo de construção de supostas certezas. A lógica ambiental funda-se na imprecisão, de modo que, para impor responsabilidades, descabido exigir verdades absolutas, [...] no mais das vezes inatingíveis.

5 CONCLUSÃO

Pelo exposto, pode-se afirmar que enquanto prevalecer a ideia de que o dano moral exige necessariamente a presença dos sentimentos de dor, sofrimento e angústia para estar configurado, não será possível reparar os danos extrapatrimoniais ambientais coletivos.

No REsp 598.281/MG, já analisado em momento anterior, o Min. Teori Albino Zavascky assim se pronunciou: "O dano ambiental ou ecológico pode, em tese, acarretar também dano moral – como, por exemplo, na hipótese de destruição de árvore plantada por antepassado de determinado indivíduo, para quem a planta teria, por essa razão, grande valor afetivo".

Ora, em seu voto vista referido ministro foi extremamente simplista diante da complexidade do dano moral ambiental coletivo. Não se trata de comparar a natureza com os objetos que atribuímos valor afetivo, como, por exemplo, o anel de noivado, mas de reconhecer que a lesão ao bem ambiental provoca a diminuição da qualidade de vida, da saúde e do bem-estar da coletividade.

Desta forma, a admissibilidade do dano moral coletivo ambiental trata de reconhecer que os valores imateriais da coletividade são profundamente abalados em casos de degradação ambiental, porquanto o meio ambiente é o *habitat* de todas as

formas de vida, inclusive, a humana, e a destruição do bem ambiental põe em risco a própria sobrevivência da humanidade.

Assim, a responsabilização civil por danos extrapatrimoniais ambientais é mais uma das formas encontradas para reprimir a devastação ambiental. E mais, o montante fixado a título indenizatório deve ter caráter sancionatório e pedagógico, visando impedir a ocorrência de danos no futuro, sem falar no caráter compensatório, uma vez que a indenização se destina a um fundo para recuperação do ambiente local.

Deve-se atentar para o fato de que essa nova percepção de responsabilidade civil decorre dos novos conflitos enfrentados pela sociedade contemporânea, que ultrapassam os interesses individuais.

Neste sentido, cabe destacar que a ofensa ao meio ambiente atinge um número indeterminado de pessoas, inclusive as gerações vindouras. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado insere-se, pois, na categoria dos chamados direitos difusos, transindividuais ou metaindividuais.

Assim, surgiu a tutela coletiva processual brasileira, desenvolvida com a Lei de Ação Civil Pública, com o objetivo de adequar-se às concepções fáticas e jurídicas da atualidade, mas que, dada a sua recente criação, ainda encontra entraves para sua aplicação em casos concretos.

Ademais, seria uma enorme contradição jurídica permitir que os danos à coletividade, morais ou materiais, ficassem sem reparação, e até mesmo fossem estimulados, diante da inexistência de meios que coibissem sua prática, enquanto o dano na esfera individual é considerado perfeitamente indenizável.

Infere-se, então, que a responsabilização civil por dano moral ambiental coletivo visa a ampla proteção do ser humano, porquanto o meio ambiente caracteriza-se por ser um direito fundamental e intercomunitário.

Como derradeira observação sobre o tema, importa destacar a necessidade de diferenciação dos pressupostos do dano moral individual e do dano moral coletivo. O primeiro já é amplamente aceito e integra a tutela individual. O segundo, por sua vez, tem pouco mais de um quarto de século de existência e enfrenta grandes controvérsias.

REFERÊNCIAS

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: DelRey, 2000.

- BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por Danos Morais**. 2.ed. São Paulo: RT, 1994.
- CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2.ed. São Paulo: RT, 1998.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Danos morais e a pessoa jurídica**. São Paulo: Método, 2008.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 6.ed. São Paulo: RT, 2009.
- MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo Ayala. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 4.ed. São Paulo: RT, 2011.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.4.
- SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 3.ed. São Paulo: RT, 2004. v.2.
- SILVA, Wilson de Melo. **O dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STIGLITZ, Gabriel A; ECHEVESTI, Carlos A. **Responsabilidade civil**, 1993, *apud* Antonio Jeová Santos. Dano moral indenizável. São Paulo: Lejus, 1997.
- STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: RT, 2004.
- TARTUCE, Flávio. **Direito civil. direito das obrigações e responsabilidade civil**. 5.ed. São Paulo: Método, 2010. v.2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 3.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. v.4.

CARVALHO, Delton Winter de. **A proteção jurisdicional do meio ambiente: uma relação jurídica comunitária**. RDA24/197. São Paulo: Ed. RT. 2001.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Responsabilidade por dano não patrimonial a interesse difuso: dano moral coletivo. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v.3, n.9, p.21-42, jan./mar. 2000.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. A tutela coletiva do século XXI e sua inserção no paradigma jurídico emergente. In: A ação civil pública após 25 anos. São Paulo: RT, 2010. p.15-35.

PACCAGNELLA, Luis Henrique. Dano moral ambiental. **Revista Direito Ambiental**, São Paulo, n.13, 1999.

BITTAR, Carlos Eduardo. **A consagração da noção de dano moral ambiental no direito brasileiro**. Disponível em:
<http://www.diritto.it/articoli/transnazionale/filho23.html>. Acesso em: 13 mar. 2012.

DAMIAN, Karine. **Responsabilidade civil: nexos de causalidade e excludentes**. Disponível em:
http://www.uj.com.br/publicacoes/6414/Responsabilidade_Civil_Nexo_de_Causalidade_e_Excludentes. Acesso em: 23 out. 2011.

REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. Disponível em:
<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dipers.htm>. Acesso em: 24 fev. 2012.

O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL ETÁRIO

MANOEL ASAFE RIBEIRO FRUTUOSO:
Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário Santo Agostinho-UNIFSA

JUAN LUCAS CARDOSO SILVA³⁰

(coautor)

ROGÉRIO SARAIVA XEREZ³¹

RESUMO: O crime de estupro de vulnerável introduzido no nosso Código Penal pela Lei número 12.015/2009 reconheceu como vulnerável as pessoas menores de 14 anos de idade, vedando a prática de conjunção carnal ou ato libidinoso com as mesmas. Todavia, a literatura e a jurisprudência vêm debatendo sobre a importância ou relevância do consentimento dos adolescentes na ocorrência de crime sexual diante das alterações legislativas sobre a matéria. Assim o objetivo geral deste artigo é a análise do crime de estupro de vulnerável no tocante a validade do consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos e maior de 12 (doze) anos. Desta forma, será verificado se há possibilidade deste consentimento afastar a antijuricidade da prática do autor, avaliando uma possível relativização deste assentimento. Neste sentido, para obter a resposta dessa análise, o presente estudo teve como fundamento as divergências existentes entre doutrina e jurisprudência a respeito do tema. Cumpre observar que no presente estudo foi adotado, como metodologia, a pesquisa bibliográfica, por meio do método de abordagem dialético. Por fim, concluiu-se que em decorrência do surgimento da súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça e do acréscimo do parágrafo 5º no artigo 217-A do Código Penal, a anuência da vítima em conjunção carnal ou ato libidinoso é inválida na atual legislação brasileira, fazendo com que o agente que pratique ato sexual com a vítima incorra no crime em questão como autor.

³⁰Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

³¹Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS.

Palavras-chave: estupro de vulnerável, consentimento, validade.

ABSTRACT: The crime of rape of vulnerable introduced in our Penal Code by Law number 12.015/2009 recognized as vulnerable people under 14 years of age, prohibiting the practice of carnal conjunction or libidinous act with them. However, literature and jurisprudence have debated the importance or relevance of consent by adolescents in the occurrence of a sexual crime, in view of the legislative changes on the matter. Thus, the general objective of this article is the analysis of the crime of rape of a vulnerable person regarding the validity of the consent of the victim under 14 (fourteen) years old and over 12 (twelve) years old. In this way, it will be verified if there is a possibility of this consent removing the anti-legality of the author's practice, evaluating a possible relativization of this consent. In this sense, to obtain the answer to this analysis, the present study was based on the existing divergences between doctrine and jurisprudence on the subject. It should be noted that in the present study, bibliographic research was adopted as a methodology, using the dialectical approach method. Finally, it was concluded that as a result of the appearance of summary 593 of the Superior Court of Justice and the addition of paragraph 5 in article 217-A of the Penal Code, the consent of the victim in carnal conjunction or libidinous act is invalid in current Brazilian legislation, causing the agent who engages in a sexual act with the victim to incur the crime in question as the perpetrator.

Keywords: vulnerable rape, consent, validity.

Sumário: 1. Introdução – 2. Proteção do Menor de 14 (quatorze) Anos no Código Penal – 3. Estupro de Vulnerável – 4. Consentimento da Vítima no Estupro de Vulnerável – 4.1 Presunção de Violência nos Crimes Sexuais – 4.2. Presunção de Vulnerabilidade – 4.3. Vulnerabilidade e Estatuto da Criança e do Adolescente – 4.4. Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça e Parágrafo 5º do Artigo 217-A do Código Penal Brasileiro – 5. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto o vulnerável menor de 14 (quatorze) anos no estupro de vulnerável. Assim, será abordado o estupro de vulnerável etário, previsto no caput do artigo 217-A do Código Penal.

Neste cenário, a primeira seção deste estudo tratará do contexto histórico de proteção dos menores de idade (maiores de 12 anos e menores de 14 anos) em crimes sexuais. Desta forma, destaca-se a proteção em crimes sexuais desde os indivíduos

com idade inferior a 17 (dezessete) anos no código criminal do império até a tutela dos considerados vulneráveis previstos no artigo 217-A do Código Penal.

Ademais, na segunda seção foi caracterizado o crime de estupro de vulnerável, tipificado no Código Penal, como já dito, no artigo 217-A. Neste sentido, ocorreu a análise das elementares do tipo do crime em questão, dos sujeitos, das formas qualificadas e por fim, da consumação e tentativa.

Na sequência, a terceira seção abordará em seu primeiro subtópico o mecanismo de defesa dos adolescentes e das crianças em crimes sexuais antes da lei 12.015/2009. Em seguida, o segundo subtópico da terceira seção do presente estudo, discorrerá sobre a criação de tipos penais autônomos, nova forma de proteção de vulneráveis em crimes sexuais pós-lei 12.015/2009.

Além disso, no subtópico vulnerabilidade e Estatuto da Criança e do Adolescente será verificada a diferença entre criança e adolescente, ou seja, qual parâmetro é adotado pelo estatuto para diferenciá-los. Também, ocorrerá a análise da controvérsia existente entre estatuto e código penal, no que diz respeito às práticas sexuais e a realização de atos infracionais.

Por fim, no subtópico súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça e parágrafo 5º do artigo 217-A do Código Penal brasileiro, observar-se-á a sinalização da atual legislação brasileira para uma vulnerabilidade absoluta, notadamente dos menores de 14 (quatorze) anos, em práticas sexuais.

Assinale, ainda, que o presente estudo levantou a seguinte questão norteadora: "o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos e maior de 12 (doze) anos afasta o crime de estupro de vulnerável considerando o ordenamento jurídico brasileiro?". Para fundamentar tal questionamento, no decorrer da pesquisa foram citados e discutidos os conteúdos de jurisprudências que auxiliariam no entendimento de uma possível resposta.

Em suma, o presente estudo analisou as evidências científicas acerca do crime de estupro de vulnerável etário, tendo como relevâncias: a proteção da vítima do crime de estupro de vulnerável no âmbito social e propositura de novos questionamentos a respeito do tema em âmbito acadêmico.

2 PROTEÇÃO DO MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS NO CÓDIGO PENAL

Nos crimes sexuais, a proteção das pessoas consideradas menores de idade, notadamente dos adolescentes e das crianças, iniciou na legislação brasileira no código criminal do império. Neste sentido, deve-se dizer que este código, mais precisamente em seu artigo 219, especificava o menor como o indivíduo com idade inferior a 17 (dezessete) anos.

Em seguida, de maneira semelhante, os menores de idade também foram tutelados no código criminal de 1890. Assim sendo, as disposições do artigo 272 do código de 1890 protegiam os indivíduos menores de 16 (dezesseis) anos.

Na sequência, um importante dispositivo penal de proteção aos adolescentes e às crianças, foi o artigo 224 do Código Penal de 1940. Este artigo protegia indivíduos revestidos de certas características quanto a crimes sexuais, a saber: pessoas com idade não superior a 14 (quatorze) anos; alienadas ou débeis mentais; que não podiam oferecer resistência.

Desta forma, protegiam-se as pessoas com idade não superior a 14 (quatorze) anos, devido à precocidade para entenderem os atos sexuais. Em outras palavras, é adotado um critério etário como proteção de pessoas que ainda não possuem plena capacidade de demonstrar vontade em uma relação sexual.

Em relação a esses indivíduos com idade não superior a 14 (quatorze) anos, afirmou Hungria que:

No tocante à idade de especial proteção, o texto legal usa da expressão “não maior de 14 anos”, isto é, a proteção amplia-se até o dia em que o menor completa 14 anos. Evitou, assim, a ambiguidade da expressão “menor de 14 anos”, que, comumente, tanto se aplica aos que ainda não completaram essa idade como aos que ainda não atingiram 15 anos [...]. (HUNGRIA, 1981, p.229).

Ademais, quanto aos alienados ou débeis mentais, tutela-se estas pessoas devido à impossibilidade em discernir o que ofendem negativamente suas liberdades sexuais. Ou seja, as pessoas elencadas pela alínea b do artigo 224 do Código Penal não possuem pleno desenvolvimento psicológico para consentir nas relações sexuais.

Sobre os alienados ou débeis mentais, é válido destacar, mais uma vez, os ensinamentos de Nelson Hungria, que diz:

Na presunção da letra b, deve entender-se que a condição psíquica da vítima é idêntica à dos "irresponsáveis", a que se refere o art. 22, isto é, a alienação ou debilidade mental deve ser molde a abolir inteiramente a capacidade de entendimento ético-jurídico ou de autogoverno. (HUNGRIA, 1981, p.232).

No tocante a terceira circunstância prevista no artigo 224 daquele dispositivo, são protegidas as pessoas completamente impossibilitadas de oferecerem resistência por alguma forma. À guisa de exemplo, essa hipótese ocorre quando a vítima está completamente embriagada ou em coma.

Mister se faz ressaltar que o presente estudo possui como objeto as vítimas menores de 14 (quatorze) anos. Neste cenário, para proteger as pessoas elencadas pelas alíneas do artigo 224, o dispositivo penal previu a denominada presunção de violência.

Desta forma, se o agente pratica conjunção carnal com uma vítima com idade não superior a 14 (quatorze) anos, por exemplo, já é considerado autor de um crime sexual, que se chamava de estupro presumido, pois pela regra do artigo 224 do Código Penal acrescentava-se na violência a conduta do agente.

Na mesma linha, por meio da presunção de violência, é autor de um crime sexual aquele que pratica ato sexual com uma pessoa débil mental, desde que tenha conhecimento de tal debilidade da vítima.

Além disto, o citado artigo prevê violência presumida quando o agente pratica ato sexual com vítima que não oferece resistência em tal ato por alguma causa. Assim sendo, nota-se que o artigo não requer violência real, basta atender as circunstâncias previstas nas alíneas para incorrer em crime sexual.

Neste sentido, deve-se dizer que as disposições do artigo 224 podem ser aplicadas também nos crimes previstos nos antigos artigos 213 e 214 do Código Penal. Isto é, também eram considerados presumidos (presunção de violência) o estupro e o atentado violento ao pudor.

Assim sendo, o crime de estupro na redação do Código Penal de 1940 (antes da lei 12.015/2009) tutelava especificamente a mulher quando esta era constrangida, por meio de violência ou grave ameaça, para a prática de conjunção carnal.

Semelhantemente, na primeira redação do crime de atentado violento ao pudor, era protegida a pessoa que também por violência ou grave ameaça sofria constrangimento, mas neste caso, para a prática de ato libidinoso.

Convém ressaltar que no estupro e atentado violento ao pudor, incidia a presunção de violência desde que atendidas às circunstâncias das alíneas do artigo 224 do código penal comentadas acima. Cumpre observar que o critério etário (vítima com idade não superior a 14 anos) sempre era exigido nos crimes sexuais considerados presumidos.

Destarte, a partir de 2009, com a origem da lei 12.015, foi inaugurado o capítulo dos crimes sexuais contra os vulneráveis. Logo, essa lei encerrou a antiga forma de proteção em crimes sexuais (presunção de violência), passando a inserir o conceito de vulnerabilidade.

Neste contexto, cumpre destacar os ensinamentos de Luiz Régis Prado ao abordar a revogação da presunção de violência do antigo artigo 224 do Código Penal:

O Código de 1940 – redação anterior – manteve o critério da presunção da violência, diminuindo, porém, a faixa etária, de forma que a tutela recaía sobre a vítima até o dia em que completasse 14 (catorze) anos. Acresceu também a hipótese em que a vítima é alienada ou débil mental ou não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência (art. 224).

Com o advento da Lei. 12.015/2009, que instituiu novas figuras típicas, ficaram revogadas as disposições anteriores. (PRADO, 2019, p.912).

É de verificar que para proteger os denominados vulneráveis, a lei 12.015/2009 passou a prever 4 (quatro) novos tipos penais. Além disso, em cada um destes tipos penais, há critérios de vulnerabilidade que caracterizam a vítima.

Destarte, os crimes que contêm diferentes critérios de vulnerabilidade estão previstos nos artigos 217-A, 218, 218-A e 218-B do Código Penal. Logo, estes artigos preveem, respectivamente, os crimes de estupro de vulnerável, corrupção de menores,

satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável.

Nestes crimes, há um vulnerável em comum, os indivíduos menores de 14 (quatorze) anos. Há ainda proteção para as pessoas que não podem oferecer resistência no estupro de vulnerável.

Por outro lado, são protegidos ainda os enfermos e deficientes mentais sem discernimento para o ato no crime de estupro e no favorecimento à prostituição de vulneráveis. Por fim, este último crime prevê como vulnerável os menores de 18 (dezoito) anos.

Neste ponto se faz necessário esclarecer que o presente estudo tem como objeto somente o adolescente vulnerável menor de 14 (quatorze) anos e maiores de 12 (doze) anos no crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do atual Código Penal, ou seja, a análise se concentra no estupro de vulnerável etário.

3 ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O artigo 224, que prevê a violência presumida para os crimes de estupro (antiga redação) e atentado violento ao pudor, vigorou até o ano de 2009, quando o título dos crimes sexuais sofreu considerável alteração pela lei 12.015, que inclusive introduziu no Código Penal o crime de estupro de vulnerável.

Neste cenário, antes de adentrarmos no problema do presente artigo se faz necessário analisarmos o crime de estupro de vulnerável, inserido no Código Penal, como já dito, pela lei 12.015/2009.

O estupro de vulnerável está previsto no artigo 217-A do Código Penal, *in verbis*:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém 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.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

§ 5º 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. (BRASIL, 1940)

Percebe-se inicialmente que se trata de crime grave com penas elevadas, sendo considerado, inclusive, crime hediondo. Neste sentido, o artigo 1º, inciso VI, da lei 8.072 de 1990, determina o estupro de vulnerável como crime hediondo, especificamente no seu caput e em seus parágrafos 1º, 3º e 4º. Assim sendo, é um crime insuscetível de anistia e indulto, por exemplo.

É de verificar que, quanto as disposições do artigo 217-A do Código Penal, o caput cita 2 (dois) verbos: ter e praticar. Logo, significam no crime em estudo conquistar, realizar a conjunção carnal ou o ato libidinoso, objetos dos verbos nucleares. Assim, nota-se que os verbos se direcionam às condutas da conjunção carnal e do ato libidinoso.

É bem verdade que, por ser conceituada como a introdução do pênis na vagina, a conjunção carnal é um ato libidinoso. Acrescenta-se, ainda, que ao fazer menção ao ato libidinoso, a própria redação do caput do artigo 217-A do Código Penal preceitua “praticar outro ato libidinoso”. Porém, o legislador optou por expressamente diferenciar os termos conjunção carnal e ato libidinoso (MASSON, 2018, p.136).

Isto é, é adotado pelo caput do artigo 217-A do Código Penal um conceito restrito de conjunção carnal, sendo irrelevante se a introdução do pênis na vagina da vítima foi total, parcial ou se houve ejaculação. Assinale, ainda, que este conceito restrito pressupõe uma relação sexual heterossexual.

Todavia, em relação ao ato libidinoso, foi adotado pelo caput do artigo 217-A um conceito amplo. Desse modo, atos libidinosos são atos gerais de conotação sexual, como o coito anal, sexo oral, a masturbação, dentre outros exemplos.

No dizer de Júlio Fabbrini Mirabete:

Trata-se, portanto, de ato lascivo, voluptuoso, dissoluto, destinado ao desafogo da concupiscência. Alguns são equivalentes ou sucedâneos da conjunção carnal (coito anal, coito oral, coito *inter-femora*, *cunnilingue*, *anilingue*, heteromasturbação). Outros, não o sendo, contrastam violentamente com a moralidade sexual, tendo por fim a lascívia, a satisfação da libido. (MIRABETE, 2014, p.408).

No que diz respeito aos sujeitos do crime de estupro de vulnerável, o autor é qualquer pessoa. A título de exemplo, uma mulher será autora de estupro de vulnerável se tiver conjunção carnal com vítima do sexo masculino de idade inferior a 14 (quatorze) anos.

Mister se faz ressaltar que o sujeito ativo pode ter determinadas características, como ser pai ou irmão da vítima. Neste caso, incidirá no crime de estupro de vulnerável a causa de aumento de pena prevista no artigo 226 do Código Penal.

Tal dispositivo indica como causas de aumento de pena, além do grau de parentesco do agente com a vítima ou grau de autoridade do autor sobre ela, o cometimento do crime com o concurso de 2 (duas) pessoas ou mais, 2 (dois) ou mais agentes. Ademais, a pena é aumentada se o crime é cometido para controlar o comportamento da vítima em âmbito social ou sexual.

No tocante ao sujeito passivo, este é revestido de características contidas no caput e parágrafo 1º do artigo 217-A. Neste contexto, destaca-se o caput, onde é exigido um limite de idade da vítima: pessoas menores de 14 (quatorze) anos.

Relativamente a estes vulneráveis menores de 14 (quatorze) anos no crime de estupro de vulnerável, é importante observar as lições de Delmanto, que diz:

A idade de 14 anos foi uma opção do legislador, a nosso ver acertada, não sendo admitida relativização com fundamento no

ECA, que dispõe ser criança quem tiver até 12 anos e, adolescente, de 12 até 18 anos (art. 2ª da Lei nº 8.069/90). Com efeito, o tipo penal não emprega a expressão criança, mas menor de 14 anos. (DELMANTO, 2016, p.1145).

Na sequência, também são sujeitos passivos do estupro de vulnerável os enfermos ou deficientes mentais e as pessoas que não podem oferecer resistência. Cumpre observar que enfermidade é entendida como doença e deficiência mental, por sua vez, interpretada como insuficiência mental.

Neste sentido, esclarece José Jairo Gomes (2009, p.65, apud GRECO, 2017, p.204), que afirma:

Enfermidade é sinônimo de doença, moléstia, afecção ou outra causa que comprometa o normal funcionamento de um órgão, levando a qualquer estado mórbido. Apresentando base anatômica, a doença enseja a alteração da saúde física ou mental.

Deficiência, porém, significa a insuficiência, imperfeição, carência, fraqueza, debilidade. Por *deficiência mental* entende-se o atraso no desenvolvimento psíquico.

Em sequência, diante do exposto, quanto as pessoas que não podem oferecer resistência por algum fato ou acontecimento, como por exemplo uma pessoa que esteja sob efeito de drogas ilícitas, expõe Cleber Masson:

A expressão “qualquer outra causa” precisa ser interpretada em sentido amplo, para o fim de alcançar todos os motivos que retirem de alguém a capacidade de resistir ao ato sexual. Com efeito, a vítima não reúne condições para manifestar seu dissenso em relação à conjunção carnal ou outro ato libidinoso. [...]

Pouco importa seja a vítima colocada em estado de impossibilidade de resistência pelo agente, como na hipótese de quem embriaga completamente alguém, mediante o uso do álcool ou substância de efeitos análogos, para com ele ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso, ou então se o sujeito simplesmente abusa da circunstância de a vítima estar previamente impossibilitada de resistir ao ato sexual (exemplo:

“A” encontra “B” desacordada, em decorrência de acidente automobilístico, e disto se aproveita para nela praticar sexo oral). (MASSON, 2018, p.131).

Válido ressaltar que as exigências de características da vítima, contidas no caput e parágrafo 1º do artigo 217-A, tratam da vulnerabilidade, que será discutida na seção subsequente do presente estudo.

Cumprido observar que há formas qualificadas no crime de estupro de vulnerável, notadamente nas disposições dos parágrafos 3º e 4º do artigo 217-A. Convém destacar que estas formas qualificadas estão relacionadas ao resultado da conduta do agente no delito em estudo.

Assim sendo, o estupro de vulnerável é qualificado quando o autor deseja ter conjunção carnal com a vítima ou quer praticar qualquer outro ato libidinoso com ela, porém, a sua conduta gera como resultado a lesão corporal grave ou a morte, de forma culposa, da vítima.

Sobre as formas qualificadas do artigo 217-A do Código Penal, Guilherme Nucci alega que:

A Lei 12.015/2009 transferiu do art.223 (hoje, revogado) para os parágrafos do art.213 e do art.217-A as figuras denominadas *crimes qualificados pelo resultado* [...] O delito qualificado pelo resultado pode ocorrer com dolo na *conduta* antecedente (violência sexual) e dolo ou culpa quanto ao resultado qualificador (lesão grave). (NUCCI, 2019, p.132).

À guisa de exemplo, incide a forma qualificada no artigo 217-A no caso em que o agente quer ter conjunção carnal com a vítima e para isso, a derruba no chão, causando-lhe morte. Neste cenário, observa-se que o dolo do agente era derrubar a vítima no chão para ter conjunção carnal com ela, mas esta conduta gerou como resultado posterior, a morte culposa da vítima.

Ademais, como já comentados os verbos, objetos, sujeitos e forma qualificada do tipo penal em análise, cabe nesse momento discorrermos sobre a consumação e tentativa do estupro de vulnerável.

Neste sentido, deve-se dizer que em relação à conjunção carnal, a consumação ocorre quando o autor introduz o pênis na vagina da vítima, não importando, como já comentado, se ocorreu ejaculação ou introdução total, parcial.

Semelhantemente, em relação ao ato libidinoso, a consumação ocorre a partir do momento em que o autor alcança a prática do ato libidinoso almejado. Isto é, se o ato libidinoso do agente é apalpar os seios da vítima, a consumação ocorre com o simples toque.

No que diz respeito a tentativa, esta ocorre quando o agente não consegue ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com a vítima, por circunstâncias alheias à sua vontade. Em mesma linha de pensamento, afirmou Prado que:

É admissível a tentativa, quando o agente, apesar de desenvolver atos inequívocos tendentes ao estupro, não consegue atingir a meta optata, por circunstâncias alheias à sua vontade. Cite-se, como exemplo, a hipótese do agente que, após subjugar a vítima a fim de concretizar a conjunção carnal, é surpreendido por terceira pessoa, ou consegue a ofendida desvencilhar-se, empreendendo fuga do local, frustrando, destarte, o fim delituoso por ele almejado. Ocorre aqui disfunção entre o processo causal e a finalidade a que se direcionava o autor do delito. (PRADO, 2019, p.917).

Conclui-se que, o crime previsto no artigo 217-A do Código Penal visa proteger o normal e seguro desenvolvimento sexual das pessoas elencadas no seu caput e parágrafo 1º. Tais pessoas, são consideradas vulneráveis, como trataremos na seção posterior.

4 CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

5 Presunção de violência nos crimes sexuais

Como vimos no primeiro capítulo do presente estudo, antes da promulgação da lei 12.015/2009, o revogado artigo 224 do Código Penal protegia as pessoas elencadas em suas alíneas por meio da denominada presunção de violência.

Logo, as pessoas protegidas pelo Código Penal por meio da presunção de violência eram as não maiores que 14 (quatorze) anos, alienadas ou débeis mentais e por fim, as que não podiam oferecer resistência.

Assim, desde que a vítima possuísse pelo menos umas destas características ou condições, bastava o agente praticar com ela conjunção carnal ou ato libidinoso para que ocorresse a violência presumida, e a conseqüente ocorrência de crime. É de verificar que a presunção de violência incidia apenas nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, previstos nos antigos artigos 213 e 214, respectivamente.

A título de exemplo, se um agente praticasse ato libidinoso com uma vítima que não podia oferecer resistência, circunstância prevista na alínea c do artigo 224 do Código Penal, por meio de grave ameaça, estaria incorrendo de imediato no atentado violento ao pudor presumido. Todavia, naquele momento, a natureza dessa presunção trazia controvérsia na doutrina e jurisprudência.

Mister se faz ressaltar que esta controvérsia incidia apenas em relação aos adolescentes considerados vulneráveis e no caso do antigo artigo 224 do Código Penal, recaia nos menores de 14 (quatorze) anos e maiores de 12 (doze) anos. Em outras palavras, o debate na natureza da presunção de violência não ocorria sobre as crianças e os demais indivíduos previstos no tipo.

Primeiramente, convém destacar que a presunção de violência jurídica é dividida em absoluta e relativa. Cumpre observar que a presunção absoluta não admite prova em contrário, porém a relativa admite prova em contrário, interpretações.

Na opinião de Ferreira (2006, p.69): "A presunção legal absoluta, portanto, é normativa pela necessidade de se criar regras geradoras de estabilidade e base a outras normas e ao próprio sistema de responsabilização penal."

Na sequência, sobre presunção relativa, o mesmo autor conceitua:

As presunções relativas são as que admitem prova em contrário. Isso ocorre quando a lei, embora admitindo algumas presunções com o escopo de tornar certo determinado fato ou para apontar algum paradigma, não impossibilita que se promova a demonstração da improcedência contida naquela presunção dita como verdadeira. (FERREIRA, 2006, p.73).

Neste contexto discutia-se se a natureza dessa presunção jurídica de violência do artigo 224 do Código Penal era absoluta ou relativa, notadamente no que diz respeito aos indivíduos não maiores que 14 (quatorze) anos.

Ressalta-se que somente em relação aos indivíduos não maiores que 14 (quatorze) anos indivíduos é que há argumento de defesa tanto para uma presunção de violência absoluta, quanto para uma presunção de violência relativa. Logo, percebe-se que o artigo 224 do Código Penal quando faz menção aos não maiores de 14 anos, além de sinalizar para uma presunção absoluta de violência para a conduta do agente que pratica ato libidinoso ou conjunção carnal com estas vítimas, torna irrelevante e inválido o consentimento desta.

Isso se dava em razão da adoção de um critério etário objetivo, vez que a pessoa não maior que 14 (quatorze) anos era considerada precoce para discernir sobre ato sexual. Sobre o questionamento de qual natureza (absoluta ou relativa) da presunção de violência estava contida na alínea a do artigo 224 do Código Penal, também afirma Greco que:

[...] doutrina e jurisprudência se desentendiam quanto a esse ponto, discutindo se a aludida presunção era de natureza relativa (*iuris tantum*), que cederia diante da situação apresentada no caso concreto, ou de natureza absoluta (*iuris et de iure*), não podendo ser questionada. Sempre defendemos a posição de que tal presunção era de natureza absoluta, pois, para nós, não existe dado mais objetivo do que a idade. (GRECO, 2017, p.198).

Em mesmo sentido, o julgado do Tribunal de Justiça do estado do Piauí, na apelação criminal número 2009.0001.003825-0:

PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO. RÉU ABSOLVIDO. CONSENTIMENTO DA MENOR. IRRELEVÂNCIA. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE. ACUSADO CONDENADO. PENA FIXADA EM SEIS ANOS DE RECLUSÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. A presunção de violência, anteriormente prevista no art. 224, alínea a, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual da menor de quatorze anos, em face de sua incapacidade volitiva, sendo irrelevante o seu consentimento para a formação do tipo penal do estupro.

2. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. Alegação de insuficiência de provas rejeitada.

3. Condenação do acusado à pena de 06 (seis) anos de reclusão.

4. Recurso conhecido e provido.

(TJPI | Apelação Criminal Nº 2009.0001.003825-0 | Relator: Des. Sebastião Ribeiro Martins | 2ª Câmara Especializada Criminal | Data de Julgamento: 15/03/2010)

A ementa supracitada, trata de uma apelação criminal interposta pelo Ministério Público do estado do Piauí em face de um autor de estupro presumido, praticado várias vezes contra vítima menor de 13 (treze) anos. Nesta situação, a apelação foi interposta visando a condenação do autor, o que de fato ocorreu, fundamentando-se na presunção de violência absoluta inserida na alínea a do artigo 224 do Código Penal.

De outro lado, ainda em relação à alínea a do artigo 224 do Código Penal, estão os argumentos de defesa para uma violência presumida relativa.

Desta forma, a exemplo de Guilherme Nucci, os defensores de uma violência presumida relativa no caso dos indivíduos previstos na alínea a do artigo 224, afirmam que em razão das constantes mudanças da sociedade, a pessoa não maior que 14 (quatorze) anos pode decidir sobre a prática de atos sexuais. Ou seja, a depender do caso concreto, a vontade do indivíduo não maior que 14 (quatorze) anos pode ser considerada, tendo em vista o seu desenvolvimento e conhecimento sexual.

Neste sentido, vale destacar as lições do autor supracitado:

Ao longo de anos, sem haver um consenso definitivo, debateram a doutrina e a jurisprudência se a presunção de violência, prevista no art. 224 do CP (revogado pela Lei 12.015/2009), em particular no tocante à pessoa menor de 14 anos, seria absoluta (não comportando prova em contrário) ou relativa (comportando prova em contrário). Em outros termos, poderia haver algum caso

concreto em que o menor de 14 anos tivesse a perfeita noção do que significaria a relação sexual, de modo que estaria afastada a presunção de violência? Muitas decisões de tribunais pátrios, mormente quando analisavam situações envolvendo menores de 14 anos já prostituídos, terminavam por afastar a presunção de violência, absolvendo o réu. Seria, então, uma presunção relativa. (NUCCI, 2019, p.170).

Válido ressaltar que, para os que defendem a presunção relativa, o agente poderia comprovar que a pessoa não maior que 14 (quatorze) anos tinha capacidade plena de entender o ato sexual com ela praticado, tendo em vista o seu desenvolvimento psicológico ou experiência sexual.

Em sequência, no que diz respeito a alínea b do artigo 224 do Código Penal, quando trata dos alienados ou débeis mentais, a presunção de violência é defendida como absoluta. Ou seja, praticou conjunção carnal ou ato libidinoso com uma vítima neste estado de inconsciência (alienabilidade ou debilidade mental) já seria considerado automaticamente autor de um crime sexual presumido, à época.

Em semelhante cenário, no tocante a alínea c do artigo 224 do Código Penal, que previa as vítimas que não podiam oferecer resistência, a presunção de violência também é absoluta.

Neste contexto, para encerrar, a princípio, o questionamento sobre a natureza da presunção de violência contida nas alíneas do artigo 224 do Código Penal, foi promulgada a lei 12.015/2009. Convém ressaltar, desde logo, que o debate acerca da natureza da presunção continuou, mas agora, sobre a vulnerabilidade, se absoluta ou relativa. Entretanto, trataremos do termo vulnerável e aprofundaremos nos argumentos da vulnerabilidade absoluta e relativa a seguir.

6 Vulnerabilidade

O debate entre a natureza da presunção de violência acima retratado toma um novo rumo com a entrada em vigor da lei 12.015/2009, vez que ela revoga o dispositivo que previa a presunção da violência trazendo, como já dito, uma nova forma de proteção aos menores de 14 anos.

Cumprir observar que a nova proteção aos menores de 14 (quatorze) anos se deu pela criação de tipos penais autônomos estabelecidos no novo capítulo, que foi

denominado dos crimes contra os vulneráveis. Dentre estes crimes, o presente estudo limita-se a analisar o estupro de vulnerável. Assinale, ainda, que o termo vulnerável passou a ser uma forma de nomenclatura nova daquelas pessoas elencadas pelo antigo artigo 224 do Código Penal.

Neste sentido, deve-se dizer que vulnerável é o indivíduo considerado frágil, incapaz de praticar algo. Assim, no nosso estudo, vulnerável é a pessoa incapaz de ter sua vontade considerada ou não pode manifestar sua vontade em uma relação sexual. É de verificar os ensinamentos de Capez, que conceituando o vulnerável, afirmou que:

Vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo. A lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc. Uma jovem menor, sexualmente experimentada e envolvida em prostituição, pode atingir às custas desse prematuro envolvimento um amadurecimento precoce. Não se pode afirmar que seja incapaz de compreender o que faz. No entanto, é considerada vulnerável, dada a sua condição de menor sujeita à exploração sexual. (CAPEZ, 2012, p.617).

Mediante o exposto, se faz necessário ressaltar que cada tipo penal autônomo criado pós-lei 12.015/2009, tem seu grupo específico de vulneráveis. Isso se dá pelo fato de cada tipo penal autônomo, ter sua conduta e característica específica, interferindo na pessoa considerada vulnerável pelo legislador.

Dito isto, os vulneráveis previstos no artigo 217-A do Código Penal são: os menores de 14 (quatorze) anos; enfermos ou deficientes mentais que não têm o discernimento necessário para realizar ato sexual e as pessoas que não podem oferecer resistência para a prática da relação sexual.

Por conseguinte, tanto na corrupção de menores quanto na satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, previstos nos artigos 218 e 218-A do Código Penal, respectivamente, os vulneráveis também são os menores de 14 (quatorze) anos.

Em contrapartida, no artigo 218-B, que prevê o crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, os vulneráveis são os

menores de 18 (dezoito) anos ou os enfermos ou deficientes mentais que não tem discernimento para prática de ato sexual.

Entretanto, no tocante ao presente estudo, trataremos especificamente da vulnerabilidade dos menores de 14 (quatorze) anos, prevista, como já dito, no caput do artigo 217-A do Código Penal.

Assim sendo, a vulnerabilidade prevista no caput do artigo 217-A daquele dispositivo está relacionada a um critério etário. Em outras palavras, a pessoa com idade inferior a 14 (quatorze) anos é presumidamente vulnerável, pois não consegue identificar a “lascividade” de atos sexuais e conseqüentemente, não é capaz de manifestar vontade em uma relação sexual.

Porém, se faz necessário destacar que o presente estudo entende que o critério adotado pelo caput do artigo 217-A (menor de 14 anos) é originado apenas por um critério puramente etário, não se adequando a realidade e o contexto social brasileiro, como ainda trataremos no presente subtópico. A título de exemplo, no dia do aniversário de 14 (quatorze) anos de um indivíduo, este já não é mais vulnerável.

Todavia, assim como na antiga presunção de violência há debates por parte da doutrina e jurisprudência a respeito da natureza (absoluta ou relativa) da presunção de vulnerabilidade do menor de 14 (quatorze) anos.

Neste cenário, os que defendem uma vulnerabilidade absoluta (*iuris et de iure*) afirmam que o legislador almejou proteger objetivamente o indivíduo menor de 14 (quatorze) anos. Desse modo, expõe Luiz Regis Prado:

Assim, configura o delito em análise a conduta de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 (quatorze) anos, ainda que a vítima tenha consentido no ato, pois a lei ao adotar o critério cronológico acaba por presumir *iuris et de iure*, pela razão biológica da idade, que o menor carece de capacidade e discernimento para compreender o significado do ato sexual. Daí negar-se existência válida a seu consentimento, não tendo ele nenhuma relevância jurídica para fins de tipificação do delito. (PRADO, 2019, p,973).

No mesmo sentido, expondo mais argumentos de defesa de uma vulnerabilidade absoluta do menor de 14 (quatorze) anos, Nucci diz:

Em primeiro lugar, há de se concluir que qualquer pessoa com menos de 14 anos, podendo consentir ou não, de modo válido, leia-se, mesmo compreendendo o significado e os efeitos de uma relação sexual, está proibida, por lei, de se relacionar sexualmente. Descumprido o preceito, seu (sua) parceiro(a) será punido(a) (maior de 18, estupro de vulnerável; menor de 18, ato infracional similar ao estupro de vulnerável). Cai, por força de lei, a vulnerabilidade relativa de menores de 14 anos. (NUCCI, 2019, p.171).

Isto é, o vulnerável menor de 14 (quatorze) anos pode anuir para a prática de um ato libidinoso, contudo sua vontade não será considerada ou não será afastada a ocorrência do crime frente a este entendimento. Portanto, verifica-se que qualquer situação que ocorra em uma prática sexual, como a vontade do menor de 14 (quatorze) anos, é desconsiderada.

Assim também entende Júlio Fabbrini Mirabete, que fazendo menção ao artigo 217-A do Código Penal, afirma:

[...] o legislador teve a intenção de excluir possíveis indagações no caso concreto a respeito da maturidade, conhecimento e experiência do menor em relação às questões sexuais. Assim, o menor de 14 anos e o menor de 18 anos são especialmente protegidos nos dispositivos legais em razão da idade que possuem, independentemente de terem, no caso concreto, maior ou menor discernimento ou experiência em matéria sexual. (MIRABETE, 2014, p.426).

Em semelhante linha de pensamento, decidiu Tribunal de Justiça do estado de Goiás, como se verifica pela apelação criminal abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. ATIPICIDADE. CONSENTIMENTO IRRELEVANTE. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE ABSOLUTA. 1 - Estando o acervo probatório firme e robusto amparado nos relatos da vítima e testemunhas, não pairam dúvidas acerca da autoria e materialidade do delito de estupro de vulnerável, não merecendo acolhimento o pleito

absolutório. 2- Em crimes contra a liberdade sexual cometidos contra menor de 14 (quatorze) anos, não há que se falar em relativização da presunção de vulnerabilidade, por ser absoluta em razão da idade. Inteligência da Súmula 593, do STJ. 3- Recurso conhecido e desprovido.

(TJ-GO - Apelação Criminal (CPP e L.E) : 02725253020128090137 RIO VERDE, Relator: Des(a). J. PAGANUCCI JR., Data de Julgamento: 18/11/2020, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ de 18/11/2020)

A ementa deste julgado trata de uma apelação criminal interposta por um autor de estupro de vulnerável em face do Ministério Público. Primeiramente, cabe enfatizar que a sentença que condenou o agente pelo crime do artigo 217-A do Código Penal foi mantida (apelação improvida), tomando por base a anuência inválida da vítima na relação sexual, vez que ela tinha 11 (onze) anos na época do delito, de forma a não entender a relação sexual que estava praticando.

No tocante a vulnerabilidade relativa (*iuris tantum*) dos menores de 14 (quatorze) anos, a corrente que a defende, como por exemplo Guilherme Nucci, afirma que circunstâncias do caso concreto devem ser consideradas. Assim sendo, há indivíduos com idade inferior a 14 (quatorze) anos que possuem capacidade de entender práticas sexuais.

Neste contexto, para afastar a vulnerabilidade absoluta, as circunstâncias do caso concreto, como o início precoce do menor de 14 (quatorze) anos em relações sexuais, deverão ser comprovadas. Nessa esteira afirma o autor supracitado:

[...] temos acompanhado julgados condenando jovens namorados, geralmente porque a garota já tem relação sexual com o rapaz, este com 18 anos e aquela com menos de 14. No entanto, existe, no Brasil, especialmente no interior de Estados menos desenvolvidos, o nascimento precoce da atividade sexual, até porque também passam a existir os deveres muito cedo [...] Chega-se a acompanhar, desde artigos até programas feitos pela televisão, com enfoque específico, a gravidez de meninas de 9, 10, 11, 12 e 13 anos, portanto, todas abaixo dos 14. Elas não são prostitutas; formam família e seus companheiros podem ser igualmente jovens, mas há muitos que já ultrapassaram os 18

anos. É desumano separar o casal porque se vislumbra, tecnicamente, a vulnerabilidade absoluta da vítima [...] Não se deve jamais virar as costas para a realidade, aplicando-se o direito, mormente o penal, de maneira automática. Por essas e outras razões, preferimos defender a vulnerabilidade relativa em casos excepcionais. (NUCCI, 2019, p.173).

Mediante o exposto, é possível perceber que a adoção de um critério etário no caput do artigo 217-A não se adequa à realidade, às especificidades do contexto social brasileiro. Isto é, as constantes evoluções da sociedade, ocasionadas principalmente pelos meios de comunicação, faz com que a própria ideia de vulnerabilidade (indivíduo incapaz de anuir em relações sexuais) contida no dispositivo, se perca.

Ademais, nesse mesmo contexto do início precoce dos menores de 14 (quatorze) anos em práticas sexuais, relacionado a uma evolução da sociedade, é importante destacar o princípio da adequação social. Em síntese, o princípio da adequação social afirma que uma conduta admitida, aceita na sociedade não deve ser considerada criminosa, ainda que esta conduta seja prevista em uma norma penal com sanção.

Da mesma forma, sobre o princípio da adequação social, Prado diz que:

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que, apesar de uma conduta se subsumir formalmente ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada [...] (PRADO, 2019, p.173).

Além da adequação social, outro princípio do Direito Penal que pode ser utilizado nesse sentido é o da intervenção mínima. Em suma, o princípio da intervenção mínima sustenta que a intervenção penal deve ocorrer somente quando for indispensável para proteger um bem jurídico (MASSON, 2015, p.523). Ou seja, apenas quando outros mecanismos de proteção forem utilizados como controle social e não conseguirem tutelar um bem jurídico, é que o Direito Penal irá intervir, criminalizando determinada conduta.

Assim, pode haver casos em que uma pessoa com 13 (treze) anos, por exemplo, namore com um indivíduo de 17 (dezesete) anos e consente nas relações sexuais entre ambos, possuem um namoro público.

No caso hipotético, nota-se que além do relacionamento público e sadio não ofender o normal desenvolvimento sexual da pessoa com 13 (treze) anos, a diferença de idade entre ela e o indivíduo não é considerável. Portanto, seria desnecessária a aplicação da pena inserida no crime de estupro de vulnerável ao "autor" de 17 (dezesete) anos.

Mister se faz ressaltar que, em relação à pessoa menor de 12 (doze) anos, a vulnerabilidade é absoluta. Conforme observado na presente seção, a discussão acerca da natureza da vulnerabilidade da vítima do artigo 217-A, caput, do Código Penal, ocorre no tocante aos adolescentes considerados vulneráveis.

Porém, trataremos da diferença entre criança e adolescente, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, no subtópico a seguir.

7 Vulnerabilidade e Estatuto da Criança e do Adolescente

Explicada a nova forma de proteção de pessoas em crimes sexuais pós lei 12.015/2009, que inaugurou um novo tipo penal autônomo, denominado estupro de vulnerável, trazendo o termo vulnerabilidade, neste subtópico será exposto o conceito da vulnerabilidade atrelado ao entendimento do Estatuto da Criança e do Adolescente sobre o termo.

Preambularmente, cumpre ressaltar que a vulnerabilidade em sede do Estatuto da Criança e do Adolescente está intrinsecamente relacionada ao desenvolvimento sociocultural e proteção do público infanto-juvenil. Desse modo, há a existência de uma controvérsia entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Penal, quanto ao quesito etário para a prática de crime ou ato infracional por parte do menor infrator.

Convém observar que, ato infracional (de acordo com o artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente) é aquela conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Insta registrar que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), dispõe no seu Art. 2º, que o termo "criança" é o indivíduo com até 12 anos de idade ainda não completos, e "adolescente" aquele com idade entre 12 e 18 anos. Nesse contexto, a

norma específica enfatiza que os adolescentes são aqueles jovens que possuem faixa etária entre doze e dezoito anos de idade, sendo assim, objetivo e específico quanto ao quesito etário.

Assinale, ainda, que no Estatuto da Criança e do Adolescente por serem consideradas ainda incapazes de entender o que é crime, as crianças (pessoas até doze anos de idade incompletos) não cometem infração em sede de código penal.

Por outro lado, convém ressaltar que, com 12 (doze) anos de idade completos, são consideradas capazes de entender o que é crime e desta forma cometem ato infracional, sendo submetidas a medidas socioeducativas, como é o caso da prestação de serviço à comunidade. Dessa forma, considera-se a idade de 12 (doze) anos como o limite etário para determinar que um indivíduo tenha condições de compreender o que venha a ser uma conduta ilícita, como roubo, homicídio ou até mesmo estupro de vulnerável.

Neste sentido, no que diz respeito ao crime objeto do presente estudo, se um adolescente de 13 anos praticar sexo anal (ato libidinoso) com outro de 13 anos, o autor se responsabilizará sob a égide do Estatuto da Criança e do Adolescente por ato infracional equiparado a estupro de vulnerável, pois o agente já possui capacidade de entender o que é uma conduta sexual criminoso.

Portanto, observa-se nitidamente a contradição entre o Código Penal, onde diz que a vítima de 13 (treze) anos de idade não tem condições de manifestar sobre qualquer ato com relação sexual, mas de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente o mesmo indivíduo tem condições de entender o que vem a ser estupro de vulnerável, visto que responde por ato infracional.

Nesse sentido, expõe Nucci (2015, p. 15) que nas leis brasileiras surgem diversos conflitos entre a própria lei e a realidade vivida, entre o executivo e o judiciário, e que necessitam de uma solução adequada para atender um bem maior, que é a proteção da criança e do adolescente.

8 Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça e Parágrafo 5º do Artigo 217-A do Código Penal Brasileiro

Ante o panorama exposto, com relação à vulnerabilidade quanto ao menor de 14 (quatorze) anos, eis que se tem a necessidade de edificar e concretizar o entendimento a respeito da legislação e sanar as discussões acerca do tema.

No tocante ao debate entre a vulnerabilidade absoluta ou relativa, surge a Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça em 2017, respondendo exatamente o que seria o entendimento deste e deixando claro que esse entendimento está no sentido da vulnerabilidade absoluta.

Nessa vereda, destaca-se a Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, editada em 25 de outubro de 2017, conforme se vê:

Súmula 593: 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.

(súmula 593, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017)

Diante disso, vale mencionar ainda que, um dos principais argumentos para a adoção da súmula supracitada, foi a questão acerca do estabelecimento de uma idade limite para que o autor do crime seja responsabilizado pela prática do ato sexual, pois ao contrário disso, sempre haveria "justificativa" para a prática do ato sexual.

Neste passo, a resposta para a idade limite estaria no próprio texto da lei, em seu artigo 217-A do Código Penal, o qual expõe o vulnerável objetivamente como menor de 14 (quatorze) anos. Diante disso, observa-se que não caberia ao aplicador do direito tornar relativo este dado apresentado pela própria lei.

Ante exposto, vale ressaltar que a súmula fora editada com a finalidade de sanar e pacificar o entendimento no que tange a relativização da presunção de vulnerabilidade da vítima, de modo a ser uma súmula vinculante, ou seja, tendo poder normativo.

Diante disso, como consequência ao surgimento da súmula, buscou-se tornar cada vez mais explícito o entendimento acerca da vulnerabilidade absoluta, notadamente com relação aos vulneráveis menores de 14 (quatorze) anos e maiores de 12 (doze) anos. Nesse diapasão, resta explícito que o consentimento do indivíduo menor de 14 (quatorze) e maior de 12 (doze) anos em relações e atos em geral de conotação sexual não tem relevância diante da vulnerabilidade absoluta, exposta através dos dispositivos supramencionados.

Adiante, em mesma direção a decisão judicial, o legislador entendeu pela necessidade de acrescentar o parágrafo 5º do artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, deixando claro o semelhante entendimento do Superior Tribunal de Justiça em relação a vulnerabilidade absoluta.

Determina o parágrafo 5º do artigo 217-A do Código Penal Brasileiro:

§ 5º 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. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Diante disso, reforça-se com veemência o caráter absoluto quanto ao consentimento da vítima do crime em estudo, em especial com atenção à súmula 593 do STJ, imposta pelo legislador, que materializou esse pensamento absoluto já indicado.

O fato é que, no crime de estupro de vulnerável o consentimento da vítima não é relativizado ou válido no ordenamento jurídico brasileiro.

Mediante os fatos e argumentos supracitados, observa-se que com a decisão referente a Súmula e o dispositivo, ambos sinalizam para um fim do debate acerca da vulnerabilidade absoluta ou relativa, restando evidente que o consentimento ou qualquer outra situação fática que envolve o menor não interfere na ocorrência do estupro.

9 CONCLUSÃO

O presente estudo foi desenvolvido através da análise da discussão acerca da problemática voltada ao consentimento da vítima no crime de estupro de vulnerável referente ao menor de 14 (quatorze) anos.

Foi abordado inicialmente a cronologia desde o primeiro Código Criminal do Império, passando pelo Código Criminal de 1890, até o Código Penal de 1940, expondo a evolução e as mudanças neste lapso temporal.

Mudanças essas, que incorreram na diminuição da idade correspondente a vulnerabilidade, a princípio estabelecido em 17 (dezesete) anos pelo Código Criminal do Império, em sequência 16 (dezeses) anos com o Código Criminal de 1890 e por fim 14 (quatorze) anos com o advento do Código Penal de 1940.

Na referida sessão pôde-se constatar, ainda, que com o surgimento da Lei nº 12.015, no ano de 2009, foi inaugurado também o capítulo referente aos crimes sexuais contra vulneráveis, assim, encerrando a discussão acerca da presunção de violência e tratando então da vulnerabilidade.

Verificou-se posteriormente, na sessão referente ao estupro de vulnerável, que este é um crime grave com penas elevadas, sendo taxado de hediondo. Diante disso, restou explícito na explanação do caput a sua distinção entre ato libidinoso e conjunção carnal, os verbos do tipo penal (ter e praticar) e os sujeitos ocupantes dos polos ativo (qualquer pessoa) e passivo (menor de 14 anos).

Em consonância ao surgimento da Lei 12.015/09, que inaugurou no capítulo dos crimes sexuais contra os vulneráveis o artigo 217-A do Código Penal e trouxe uma nova forma de proteção aos incapazes menores de 14 (quatorze) anos, o debate passou a ser entre vulnerabilidade absoluta e relativa.

Em sequência, sob o viés do Estatuto da Criança e do adolescente (ECA) em consonância com o Código Penal, observou-se uma controvérsia no que diz respeito ao entendimento de que um adolescente de 13 (treze) anos, por exemplo, pode responder por ato infracional equivalente ao crime de estupro de vulnerável, porém, este não tem capacidade para consentir acerca de uma relação sexual.

Tomando por base ainda o debate acerca da vulnerabilidade e a validade do consentimento quanto a mesma, ocorre o surgimento da Súmula 593 do STJ, com o

prisma de novamente tentar estabelecer um fim nessa discussão, deixando claro o entendimento no sentido da vulnerabilidade em caráter absoluto.

Em sequência a isto, o legislador acrescenta o parágrafo 5º, referente ao artigo 217-A, do Código Penal, em direção ao que estabelecia a súmula, tornando assim, um entendimento taxativo e explícito.

Por fim, verificou-se ainda com clareza, que a vulnerabilidade segue o caráter absoluto mediante o acréscimo do parágrafo 5º pela Lei 13.718/18, onde há a sinalização para a vulnerabilidade absoluta dos vulneráveis contidos no artigo 217-A do Código Penal, notadamente, referente ao menor de 14 (quatorze) anos.

Dessa forma, a partir da análise do objeto de estudo chega-se à conclusão que o legislador pátrio quis com a edição da norma, condenar os infratores que tivessem relação sexual ou praticassem qualquer ato libidinoso contra menor de 14 (quatorze) anos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 593**. O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2017]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf. Acesso em: 25 set. 2020.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. Código Penal Comentado. 1. v. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/x8c5c8x>. Acesso em: 20. Abr. 2021.

DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 1. v. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/vx8x0x>. Acesso em: 20 abr. 2021.

FERREIRA, João Henrique. Índícios, presunções e ficções no direito penal: aspectos principais. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: 8 jun. 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009410.pdf>. Acesso em: 17 maio 2021. p. 69-73.

GOIÁS. Tribunal de Justiça, TJ-GO; (TJ-GO – **ACR: 272525-30.2012.8.09.0137 (201292725257) GO**, Relator: J. PAGANUCCI JR., Data de Julgamento: 18/11/2020, Data de Publicação: 18/11/2020). Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1133121090/apelacao-cpp-e-le-2725253020128090137-rio-verde/inteiro-teor-1133121092>. Acesso em: 01 maio 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017. *E-book*: Disponível em: <https://www.pdfdrive.com/curso-de-direito-penal-parte-especial-vol3-e196806499.html>. Acesso em: 01 out. 2020.

HUNGRIA, NELSON. Comentários ao Código Penal. 8. v. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. *E-book*: Disponível em: <https://docero.com.br/doc/nevc81v>. Acesso em: 21 abr. 2021.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 1. v. 9. ed. São Paulo: Forense, 2015. *E-book*: Disponível em: <https://docero.com.br/doc/enssnn>. Acesso em: 29 abr. 2021.

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial arts. 213 a 359-h. 1. v. 8 ed. São Paulo: Forense, 2018. *E-book*: Disponível em: <https://docero.com.br/doc/s5c05n>. Acesso em: 5 out. 2020.

MIRABETE, J.; FABBRINI, R. **Manual de Direito Penal**: Parte especial (arts. 121 a 234—do CP). 2. v. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014. *E-book*: Disponível em: <https://docero.com.br/doc/nsexxs8>. Acesso em: 27 abr. 2021.

NUCCI, Guilherme. **Curso de direito penal**: parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*: Disponível em: <https://docero.com.br/doc/n5ncxcc>. Acesso em: 05 out. 2020.

NUCCI, Guilherme. **Curso de direito penal**: parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*: Disponível em: <https://docero.com.br/doc/n5ncxcc>. Acesso em: 04 mai. 2021.

PIAUÍ. Tribunal de Justiça, TJ-PI; (TJ-PI – **ACR: 2009.001.003825-0 PI**, Relator: Sebastião Ribeiro Martins, Data de Julgamento: 15/03/2010, Data de Publicação: 13/04/2010). Disponível em: http://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/consulta_processo.php?num_processo_consulta=200900010038250. Acesso em: 24 abr. 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: Parte Especial (arts. 121 a 249 do CP). 2. v. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*: Disponível em: <https://docero.com.br/doc/nnsxene>. Acesso em: 27 mar. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (6. Câmara). **Apelação Criminal 70080338833/RS**. Apelação crime. Estupro de vulnerável. Relativização da vulnerabilidade. Apelação provida. Relator: Vanderlei Teresinha TremeiaKubiak, 24 de setembro de 2019. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772934771/apelacao-criminal-apr-70080338833-rs?ref=serp>. Acesso em: 9 out. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, TJ-RS; APELAÇÃO PROVIDA. (**Apelação Crime Nº 70066784125**, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 29/09/2016). Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/899870406/apelacao-crime-acr-70066784125-rs?ref=serp>. Acesso em: 02 out. 2020.

VADE MECUM Saraiva. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VADE MECUM Saraiva. 30. ed. Segundo semestre. São Paulo: Saraiva, 2020.

A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA E A (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL EM CASO DE DESCUMPRIMENTO

VICTÓRIA LOPES DE FIGUEREDO LIMA:
Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário Católica do Tocantins.

VALDIRENE CÁSSIA DA SILVA³²

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA³³

(orientadoras)

RESUMO: O presente artigo busca apresentar a forma que a legislação vigente estabelece a obrigação alimentar do menor na ausência dos pais. Diante disso, a pesquisa girou em torno do seguinte problema: de que modo a legislação vigente estabelece a obrigação alimentar do menor na ausência de seus genitores e em quais situações esta é aplicada? Por sua vez, foi possível atingir os seguintes objetivos: apresentar os delineamentos históricos da família, analisar a natureza jurídica do direito aos alimentos, compreender quem são os sujeitos da obrigação alimentar e qual a ordem em relação à solidariedade familiar e definir quais são as características da obrigação alimentar em relação às necessidades do menor diante o dever de sustento. No intuito de chegar em uma conclusão em relação ao problema supracitado, foi realizada um pesquisa bibliográfico-exploratória, na qual utilizou-se o método dedutivo, através de uma abordagem qualitativa. Por fim, concluiu-se que apesar da hiperatividade do dever de alimentar e da possibilidade da decretação da prisão civil contra dos avos em face do inadimplemento no pagamento da pensão alimentícia, verificou-se que há outros meios que são mais eficazes e menos danosos para solucionar este dilema.

Palavras-chave: Descumprimento; Direito a alimentos; Obrigação Avoenga; Prisão Civil.

ABSTRACT: The present article seeks to present the way that the current legislation establishes the maintenance obligation of the minor in the absence of his parents. In view of this, the research revolved around the following problem: how does the current legislation establishes the obligation of food to the minor in the absence of his parents and in which situations this is applied? In turn, it was possible to achieve the following

³²Doutora e Mestre em Educação (UFBA). Professora da Unicatólica. Membro do Programa de Pós-graduação em Ensino de Ciências e Saúde, da Universidade Federal do Tocantins-Brasil. r

³³Mestre em Direito pela Universidade de Marília. Doutora em Ciências pela Universidade de São Paulo. Professora de direito do Centro Universitário Católica do Tocantins. Advogada.

objectives: present the historical delineations of the family, analyze the legal nature of the right to food, understand who the subjects of the obligation to food are and what is the order in relation to family solidarity and define what are the characteristics of the obligation to food in relation to the needs of the child before the duty of support. In order to reach a conclusion regarding the aforementioned problem, a bibliographical-exploratory research was carried out, in which the deductive method was used, through a qualitative approach. Finally, it was concluded that despite the imperativeness of the duty to feed and the possibility of the decree of civil imprisonment against the grandparents in face of the default in the payment of the alimony, it was verified that there are other means that are more effective and less harmful to solve this dilemma.

Keywords: Noncompliance; Right to food; Grandparents obligation; Civil prison.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Pressupostos Iniciais do Direito da Família; 1.1. Sujeitos de a Obrigação Alimentar e a Ordem da Solidariedade Familiar; 2. Características dos Alimentos em Relação a Necessidade do Menor; 2.2. Obrigação Alimentar Avóengua e a Prisão Civil. 3. Considerações Finais. 4. Referências.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, é necessário compreender que os alimentos são um suporte essencial para o pleno desenvolvimento de uma pessoa de forma digna e plena, e que por isso é um dos institutos fundamentais do direito de família, que nestes casos atua como um garantidor das necessidades essenciais daqueles que não podem prover os meios de seu próprio sustento.

A obrigação alimentar decorre do vínculo parental e é amparada por dois princípios garantidores que abrangem o dever familiar de prestar alimentos aos que necessitam o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade. A família se baseia sobre o princípio da solidariedade ocorrido entre seus pertencentes e tal solidariedade é imposta aos parentes, principalmente os de 1º e 2º grau em linha reta, com o condão de fornecer os alimentos aos membros mais próximos que se encontram necessitados, devendo ser respeitado os laços de afetividade.

Sob esta ótica, é necessário tecer comentários acerca da à Constituição Federal e o Código Civil de 2002, principalmente em seu artigo 1.696 que versa sobre o direito à prestação de alimentos, colocando-o como recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

A prestação de alimentos a menores de idade é uma garantia constitucional, estabelecida como um direito social e amparada pelo princípio da dignidade humana, para que haja equiparação de direitos, bem como, garantia de vida digna ao beneficiário. Comumente é possível ver a pensão alimentícia prestada pelos genitores do menor em decorrência de divórcio ou de situações em que a guarda do absolutamente ou relativamente incapaz se vê distante de seus pais, como por exemplo, a guarda concedida aos avôs.

Nesse diapasão, a legislação também tutela a possibilidade de os avós ou familiares próximos cumprirem a obrigação de alimentos, uma vez que é observada a solidariedade familiar nesse contexto, devendo ser respeitada a linha sucessória, visto que a responsabilidade dos avôs é subsidiária. Assim, sendo os pais chamados para cumprir tal obrigação e constatando-se que os mesmos não reúnem condições de arcar com o encargo alimentar, os avós podem ser chamadas ao cumprimento dessa incumbência.

Nos casos em que a pensão alimentícia não é paga ou simplesmente atrasada, a lei prevê uma medida excepcional de prisão civil para o devedor, neste caso, os pais. No entanto, como visto, há situações que os avôs deverão arcar com a despesa, nestes casos, não há precisão legal determinando a prisão civil ou não, restando aos tribunais decidirem a respeito, e ainda assim não existe um consenso na jurisprudência.

Desta forma, o presente artigo possui o objetivo de estudar a forma que a legislação vigente estabelece a obrigação alimentar do menor na ausência dos pais, apontarem algumas das peculiaridades desta relação, compreender quais são os sujeitos que integra tal atribuição em decorrência dos laços de afetividade e grau de parentesco, para então verificar a possibilidade e prisão civil nos casos do não pagamento da pensão alimentícia avoenga.

Para o desenvolvimento deste estudo, se utilizou uma abordagem qualitativa com enfoque no método dedutivo, de modo que serão utilizados os tipos de pesquisa bibliográfica e exploratória com base em diversas fontes, tais como: livros, artigos, legislação vigente e a jurisprudência atual, de modo a encontrar os diferentes entendimentos a respeito do conteúdo desenvolvido, para construir possibilidades e soluções existentes.

Por fim, no decorrer deste artigo, serão apresentados os principais conceitos do direito da família e dos alimentos, assim como, a sua natureza jurídica e sujeitos da pensão alimentícia e a ordem em relação à solidariedade familiar, as características da obrigação alimentar em relação a necessidade do menor e, por último, como ocorrer a responsabilização dos avós pelos alimentos e os efeitos de seu descumprimento.

PRESSUPOSTOS INICIAIS DO DIREITO DA FAMÍLIA

O Direito da Família é uma área jurídica que cuida das relações familiares como adoção, divórcio, pensão alimentícia, entre outros. Ao iniciar o estudo do desse instituto é preciso compreender o próprio conceito de família e o contexto na qual está inserida. Tradicionalmente, a família é composta pela união de marido e mulher bem como, conseqüentemente, de pais e filhos.

Na verdade, a família deve ser tratada como um “núcleo social primário”. Estes laços de uniões familiares originam-se das épocas primitivas. No início da civilização “era o instinto que comandava os relacionamentos, aproximando-se o homem e a mulher para o acasalamento, à semelhança das espécies irracionais” (RIZZARDO, 2019, p. 51). Percebe-se que, desde o tempo da sociedade primitiva, a unidade familiar era uma relação natural constituída por laços sangue ou afinidade com o objetivo de fortalecer determinado grupo.

Em muitas comunidades, o poder familiar era exercido exclusivamente pelo pai, conhecido como patriarcalismo, como chefe e detentor dos bens, sendo que para a esposa restava o mero dever conjugal.

No direito romano, o termo exprimia a reunião de pessoas colocadas sob o poder familiar ou o mando de um único chefe – o pater familias –, que era o chefe sob cujas ordens se encontravam os descendentes e a mulher, a qual era considerada em condição análoga a uma filha. Submetiam-se a ele todos os integrantes daquele organismo social: mulher, filhos, netos, bisnetos e respectivos bens. Estava à família jure próprio, ou o grupo de pessoas submetidas a uma única autoridade (RIZZARDO, 2019, p. 51).

Em certo ponto na história, por intenção estatal, tornou-se regra que a família somente seria instituída pelo casamento. Chegou ao ponto em que, para que um indivíduo, normalmente a mulher, possa ter valor jurídico e aceitação social, deveria estar chancelado pelo matrimônio (DIAS, 2016, p. 21). O casamento sempre foi um marco nas relações familiares, indispensável, em algumas culturas e a única forma de composição familiar. Era através deste instituto que alianças eram firmadas e os grupos fortalecidos.

A composição familiar já foi mais ampla durante o tempo que a fonte de renda estava centrada na zona rural e abrangia uma quantidade maior parentes em linha reta e colateral, mas que devido à migração para os centros urbanos foi sendo diminuída

porquanto a busca de novos empregos e a ocupação de espaços de familiares cada vez menores, resultando em uma moradia “exclusiva dos parentes em linha reta e em bastante proximidade de graus”. A sociedade humana foi construída a partir das uniões familiares que fazem parte da comunidade e da política estatal que, como visto, protege a família ao mesmo tempo em que se fortalece como instituição. (MADALENO, p. 2020, p. 101).

Como um pilar da sociedade, a família tem um papel crucial no desenvolvimento social. É nela que reside a responsabilidade primária de educar, socializar e instituir os valores de cidadãos os indivíduos que irão integrar o grupo. A própria Constituição da República Federativa do Brasil (CFRB) de 1988 consagra este valor ao prever em seu art. 226:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, **o planejamento familiar é livre decisão do casal**, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (grifo nosso) (BRASIL, 1988).

Além do papel principal como base na sociedade, destaca-se que a Constituição aboliu a idéia de que o homem ou marido deverá reger a família, mas que o casal deve ser responsável de forma conjunta pela tomada de decisões. Não obstante, verifica-se que o legislador somente previu a família em sua composição tradicional, de um homem e uma mulher, no entanto, está não é mais a realidade social.

Atualmente, a família possui um conceito plural de forma que há vários formatos e nenhuma hierarquia entre elas, pois todas as famílias são asseguradas pela Constituição (CASSETTARI, 2018, p. 147). Pode-se falar, inclusive, em novas formas de composição familiar, pois, como verificado, há vários tipos de famílias, como:

Família matrimonial: é aquela que deriva do casamento (art. 226 da CF).

Família informal: é aquela em que não há uma forma rígida para ser constituída, como ocorre na união estável, que é uma união informal (sem forma solene).

Família mono parental: é aquele chefiado por uma única pessoa, o homem ou a mulher, e ocorrem na hipótese de separação, divórcio e viuvez. Também está prevista no art. 226 da CF.

Família socioafetiva: é aquela formada quando a posse do estado de filho gera uma afeição, em que duas pessoas se tratam como pais e filhos.

Família que vive em multiparentalidade: é aquela em que uma pessoa tem três ou mais pais em seu registro de nascimento.

Família homo afetiva: é aquela formada por pessoas do mesmo sexo. Essa expressão foi criada por Maria Berenice Dias.

Família mosaica: é aquela formada por pessoas que já foram casadas por diversas vezes, e que trazem para essa família filhos de vários relacionamentos (os meus, os seus e os nossos filhos). É um exemplo de família reconstituída.

Família Ana parental: é formada pela união de pessoas com ou sem vínculo de família, por exemplo, duas irmãs que moram juntas, ou amigas que estão estudando e vão morar fora da cidade de origem em um imóvel alugado.

Família eudemonista: a família eudemonista ou afetiva é aquela que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral, o que a aproxima da afetividade. Trata-se de um conceito moderno que se refere à família que busca a realização plena de seus membros, ou seja, a felicidade, caracterizando-se pela comunhão de afeto recíproco, a consideração e o respeito mútuos entre os membros que a compõem, independentemente do vínculo biológico (CASSETTARI, 2018, p. 147).

Neste ponto, a legislação brasileira é conservadora. Apesar da realidade de hoje não ser a mesma de ontem, nem dos anos anteriores, ela se modifica, o que, conseqüentemente, se reflete na lei. É por isso que o conceito de família abordado em lei “[...] nunca consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma construção cultural” (DIAS, 2016, p. 21).

Ainda assim, as normas de direito existencial que regem o Direito da Família no Código Civil são, em seu cerne, de ordem pública, pois estão relacionadas aos direitos fundamentais da “pessoa humana e direito patrimonial, que são normas de ordem privada, pois se relacionam aos regimes de bens” (CASSETTARI, 2018, p. 146).

O direito a uma alimentação adequada foi sacramentado pelo artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. No Brasil, este direito somente foi incluído na Constituição Federal de 1988 em 2010 por meio da Emenda Constitucional 64/2010 (BRASIL, 2014). Os alimentos não estão necessariamente ligados à comida, mas a todos os direitos sociais previstos na Constituição. Notadamente, o conceito jurídico dos alimentos é que é um “conjunto das prestações necessárias para a vida digna do indivíduo” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 790).

Independentemente de sua definição, o alicerce familiar está construído sob o papel primário da criação dos filhos e de forma secundária no apoio social e financeiro a todos os membros. Existem diversas formas de contribuições alimentícias, as mais relevantes recebem a seguinte classificação:

Alimentos naturais: são aqueles indispensáveis à subsistência, sobrevivência, do alimentado. O cônjuge culpado só tem direito

aos alimentos naturais, ou seja, aqueles indispensáveis à sobrevivência, consoante o art. 1.694, § 2º, do Código Civil.

Alimentos civis ou congruos: são aqueles que têm por objetivo manter a condição social do credor.

Alimentos legais: são aqueles previstos na lei, ou seja, os decorrentes de parentesco ou entre cônjuges e companheiros, do art. 1.694 do Código Civil.

Alimentos voluntários: são aqueles que decorrem da vontade da parte. Como exemplo, citamos o legado de alimentos (legado é um bem específico e determinado que uma pessoa deixa para outra por testamento, e pode se dar na forma de pensão alimentícia), consoante o art. 1.920 do Código Civil. [...]

Alimentos indenizatórios: decorrem da pensão alimentícia devida a título de lucros cessantes, quando ocorre o falecimento de uma pessoa em virtude da prática de um ato ilícito. [...]

Alimentos provisórios: são aqueles arbitrados pelo juiz, na ação de alimentos, antes da sentença.

Alimentos provisionais: são aqueles fixados em sede de ação cautelar, podendo ser essa cautelar de alimentos, de divórcio, de separação, ou seja, sempre que for cautelar serão alimentos provisionais. Os alimentos provisionais também podem ser concedidos na ação de investigação de paternidade, cumulada com alimentos, em razão da inexistência de prova pré-constituída de paternidade.

Alimentos definitivos: são os alimentos fixados em sentença transitada em julgado ou em acordo (extrajudicial ou judicial).

Alimentos compensatórios: são os alimentos devidos no caso de ruptura do casamento ou da união estável, para restabelecer o equilíbrio financeiro que vigorava antes da extinção, no regime da separação absoluta de bens, quando o cônjuge ou companheiro não tiver bens ou condições para manter o nível de vida, compatível com a condição social a que se acostumou. [...]

Alimentos intuitufamiliae: são os alimentos fixados para o grupo familiar, sem a indicação de percentual individual, por exemplo, três filhos. [...]

Alimentos transitórios: são os alimentos fixados por prazo determinado, para que o ex-cônjuge ou o ex-companheiro possa regressar ao mercado de trabalho (CASSETTARI, 2018, p. 172).

Os alimentos possuem o objetivo de garantir o direito à vida que por sua vez é um direito da personalidade e, portanto, intransmissível e irrenunciável, como resguarda o art. 11 do Código Civil Brasileiro ao dizer que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, 2002).

O Estado tem interesse direto no cumprimento das normas que impõem a obrigação legal de alimentos, pois a inobservância ao seu comando aumenta o número de pessoas carentes e desprotegidas, que devem, em consequência, ser por ele amparadas. Daí a razão por que as aludidas normas são consideradas de ordem pública, interrogáveis por convenção entre os particulares e impostas por meio de violenta sanção, como a pena de prisão a que está sujeito o infrator (GONÇALVES, 2018, p. 240)

Os alimentos “devem garantir acesso à educação (escola), à saúde (plano de saúde), à moradia (aluguel, condomínio), ao lazer (cinema, teatro), à segurança, dentre outros direitos” (CASSETTARI, 2018, p. 171). A pensão alimentícia serve para atenuar a pobreza e a insegurança financeira de crianças e adolescentes em desenvolvimento, bem como, de adultos que por qualquer motivo, encontram-se incapacitados de prover o próprio sustento.

Esta tese é sustentada pelo art. 6º da Constituição Federal de 1988, que prevê os direitos sociais, bem como o próprio direito à alimentação, como essenciais para a garantia da dignidade da pessoa humana:

Art. 6º. São **direitos sociais** a educação, a saúde, a **alimentação**, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à **infância**, a **assistência aos desamparados**, na forma desta Constituição (grifo nosso) (BRASIL, 1988).

Ainda assim, o Código Civil de 2002 não trouxe um conceito único de alimentos, esta definição é extraída do conteúdo dos legados no art. 1.920 o qual afirma que “o legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor” (BRASIL, 2002).

A natureza jurídica dos alimentos é mista, ou seja, é composto por normas de direito patrimonial e extrapatrimonial, classificando-se como um direito de conteúdo patrimonial e finalidade pessoal, uma vez que os alimentos se encontram no direito econômico tanto do alimentante quanto do alimentando (GONÇALVES, 2018, p. 241).

Por último, reitera-se que todos os itens que compõem o conceito dos alimentos possuem um papel fundamental na vida humana, afinal, crianças bem providas tendem a se tornarem adultos mais saudáveis, também são mais prováveis de frequentar a escola e serem bem-sucedidas. Este é um instituto crucial que deve ser constantemente reforçado, pois, por vezes, embora muito necessário, não é algo que algumas famílias queiram pagar, e nestes casos é imperativo que as repercussões legais sejam aplicadas.

1.1. SUJEITOS DE A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR E A ORDEM DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A obrigação alimentícia é derivada do Direito de Família, do casamento e do parentesco. Na maioria das culturas, há uma norma social implícita de que as famílias tenham algum cuidado com seus parentes, geralmente idosos e crianças. No caso de pais e filhos, ambos os pais têm a responsabilidade de sustentar seus filhos financeiramente, em especial quando estes são menores de idade.

Pode-se afirmar que o objetivo da pensão alimentícia do menor é dividir os custos associados à criação dos filhos. Nos casos de divórcio, quando um dos pais tem a custódia do filho, cabe ao outro genitor pagar uma pensão alimentícia de forma assistencial. Cumpre ressaltar ainda que, a obrigação de sustentar não é condicionada ao casamento, mas sim a paternidade ou maternidade, de forma específica, e ao parentesco, de forma geral.

A fundamentação dos alimentos está firmada na solidariedade humana e econômica presente entre os membros de uma família. Existe um mútuo auxílio familiar que foi legalizado como norma jurídica. Inicialmente, era apenas uma obrigação moral, “que no direito romano se expressava na equidade, ou no *officiumpietatis*, ou na *caritas*” e que com a evolução das relações sociais e do direito, tornou-se uma obrigação, em alguns casos, sustentar os parentes (GONÇALVES, 2018, p. 240).

O direito aos alimentos dimana do próprio direito à vida, que ao mesmo tempo é princípio de Direito Natural e de Direito Positivo. Para que o direito à vida se efetive, indispensável que a ordem jurídica ofereça aos indivíduos instrumentos eficaz de

sua proteção. Um deles, iniludivelmente, é o direito de exigir, à pessoa da família, as condições básicas de subsistência (NADER, 2016, p. 713).

Como visto, a pensão alimentícia deixou de ser mera opção moral para se tornar uma obrigação jurídica consolidada por lei. De fato, este conceito é o primeiro previsto Subtítulo III, do Capítulo VI Título II, Livro IV que versa sobre o Direito de Família e dos alimentos no art. 1.694 do Código Civil de 2002:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia (grifo nosso) (BRASIL, 2002).

Os sujeitos, titulares ou credores de direito da obrigação alimentícia, são distinguidos como alimentando, e trata-se das pessoas físicas nas relações familiares de casamento e de união estável e os idosos que não possuem condições de prover o próprio sustento (VENOSA, 2017, p. 388). Estes sujeitos são pessoas que absolutamente dependem do auxílio de sua família e que sem ele não possuem condições de sustento sozinhas, no entanto, para que seja concedido este benefício o sujeito deverá ater-se a algumas condições.

Para que haja a concessão dos alimentos destacam dois requisitos que formam o binômio: necessidade e capacidade:

O objeto de a prestação alimentar, seu quantitativo, varia de acordo com os graus de necessidade e possibilidade. Como esses graus são suscetíveis de variação no tempo, o quantum debeat é mutável. Se o alimentando começa a trabalhar, mas percebe valor insuficiente ao atendimento de suas necessidades primárias, o direito aos alimentos permanece, mas o seu

quantitativo deve ser diminuído. Na comunidade familiar, a obrigação alimentar é recíproca. Não apenas os pais e os avôs se obrigam; igualmente, os filhos, os netos, os irmãos. É possível que o atual devedor, futuramente, seja credor da própria pessoa a quem presta alimentos (NADER, 2016, p. 711).

Além dos requisitos legais do parentesco, o auxílio alimentício somente é concedido mediante a comprovação da necessidade. Para isso, o titular do direito deverá comprovar que não possui recursos nem bens para ser auto-suficiente. Há a presunção deste requisito quando se trata de filho menor de idade (LÔBO, 2011, p. 382).

Já o dever jurídico de prover se caracteriza quando “a prestação não subtrai do alimentante as condições básicas de sua sobrevivência e de seus dependentes”. O dever de prover os alimentos não é infinito, se a necessidade ou capacidade desaparecer “*ipso facto*, cessam o direito e o dever” (NADER, 2016, p. 711). Em relação aos filhos, esse dever decorre da vulnerabilidade destes durante o seu período de crescimento.

Como demonstrado, há o dever dos pais de sustentarem seus filhos, no entanto, podem ocorrer situações em que nenhum dos pais tem condições de prover o seu próprio sustento. Não havendo parentes que possam assumir a obrigação, o art. 1.697 do Código Civil reza que “na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes guardadas a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais” (BRASIL, 2002).

Vale dizer, importa não somente a necessidade do credor ou a capacidade econômica do devedor, mas, sim, a conjunção dessas medidas de maneira adequada. A fixação de alimentos não é um “bilhete premiado de loteria” para o alimentando (credor), nem uma “punição” para o alimentante (devedor), mas, sim, uma justa composição entre a necessidade de quem pede e o recurso de quem paga (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 792-793).

Assim sendo, “nos alimentos derivados do parentesco [...], o direito à prestação é recíproco entre pais e filhos, extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros” (VENOSA, 2017, p. 383-388). Desta forma, a falta de parente alimentante acontecerá em uma situação de não somente inexistência, mas também de incapacidade de algum deles de prover a alimentação.

Como a obrigação familiar decorre do princípio da solidariedade em todos os membros da família, tem-se que na ausência dos pais, por qualquer razão que seja os avôs que deverão assumir a responsabilidade com os netos, vez que conforme dita ao art. 1.696 do Código Civil “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros” (BRASIL, 2002). Isso significa dizer que, devido à falta dos pais e ao vínculo de parentesco, os avôs que incorreram no pagamento da pensão alimentícia.

Ressalta-se ainda que, há casos em que havendo vários parentes de mesmo grau que podem prover o sustento de outro, a obrigação será dividida entre eles, para que na medida de suas possibilidades, cada um concorra com parte do valor devido ao alimentando (VENOSA, 2017, p. 383-388). Desta forma, atende-se ao princípio da divisibilidade da obrigação alimentícia, conforme o art. 1.698 do Código Civil de 2002:

Art. 1.698: Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; **sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide** (BRASIL, 2002).

Apesar de haver possibilidade de transmitir e concorrer à obrigação, como descrito no artigo citado, deve-se esclarecer que, antes da tentativa de chamar outros parentes, que não sejam os titulares para responder ação de alimentos, é necessário que todos os recursos em face do réu tenham sido esgotados, de forma que esteja devidamente comprovada a sua incapacidade de cumprir a obrigação.

Assim, não poderiam os avôs ser chamados a contribuir se o detentor da guarda trabalha ou tem algum recurso. [...] A equivocada interpretação que se está dando à lei, além de livrar a responsabilidade dos avôs, sinaliza o surgimento de um perigoso antecedente: a desoneração de um dos pais de prover ao sustento do filho, se este reside com o outro que tem renda própria (DIAS, 2016, p. 949)

Portanto, via de regra, os pais devem prover os filhos e em seguida, mas somente depois de comprovada a sua insuficiência de recursos, são chamadas os avôs. Para isso, não basta provar que o pai ou a mãe possuem renda baixa, é preciso provar que estão desamparados para prover as necessidades básicas dos seus filhos. Em todos os casos, o juiz deverá decidir qual a melhor opção para o alimentado.

CARACTERÍSTICAS DOS ALIMENTOS EM RELAÇÃO À NECESSIDADE DO MENOR

O art. 1.703 do Código Civil dispõe que “para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos” (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, esta obrigação é reafirmada pelo art. 22 do Código da Criança e do Adolescente, ao afirmar que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais” (BRASIL, 1990).

O dever de sustentar o filho menor de 18 anos, resultante do poder familiar, configura-se na provisão da subsistência material, ou seja, no fornecimento de alimentação, vestuário, moradia, educação, medicamentos, de condições de sobrevivência e desenvolvimento do alimentado (AMIN, 2019, p. 250).

Via de regra, estando os filhos dependentes do poder familiar, cumpre aos pais o dever de prover o seu sustento. No entanto, após a maioridade o dever de sustentar se materializa sobre o direito à assistência material, o qual se trata de um amparo recíproco imposto por lei aos membros da família (NADER, 2016, p. 710). “Tratando-se os alimentos de dever comum aos pais, seu valor será, proporcionalmente, dividido por ambos, levando-se em linha de conta a condição social e os recursos de cada um” (AMIN, 2019, p. 97). O art. 1.695 do Código Civil de 2002 ainda diz que:

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento (BRASIL, 2002).

Esta norma preceitua o princípio básico dos alimentos, o qual também indica que o valor da prestação a ser fixado será de acordo com as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante, como dita o parágrafo 1º, do art. 1.694 do Código Civil (BRASIL, 2002).

As normas jurídicas atuais não fazem distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, de forma que nos casos previstos em lei é obrigação dos pais proverem sustento e alimentação aos filhos, mesmo após a maioridade. A depender da situação, o não cumprimento do dever de alimentar pode acarretar na

suspensão ou perda do poder de família (VENOSA, 2017, p. 389). Esta é uma das razões que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a Súmula 594:

O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação de alimentos em proveito de criança ou adolescente independentemente do exercício do poder familiar dos pais, ou do fato de o menor se encontrar nas situações de risco descritas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca (Súmula 594, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017) (BRASIL, 2017).

Por fim, o art. 1.707 do Código Civil de 2002 indica quatro características básicas da obrigação alimentícia em sua redação ao pregar que “pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora” (BRASIL, 2002).

A primeira e a segunda são a irrenunciabilidade e a indisponibilidade, no sentido de que os direitos aos alimentos não podem ser renunciados ou cedidos à outra pessoa, devido a sua natureza diretamente ligada a garantia do direito à vida.

Além disso, há a possibilidade de recusa temporária dos alimentos, “de modo que, embora se recusando hoje uma prestação alimentar e outra amanhã sempre se estão em condições de, a qualquer momento, retomar o exercício do direito de exigir alimentos dos parentes que os devem” (RIZZARDO, 2019, p. 1135). Mesmo nos casos de prescrição prevista no art. 206, parágrafo 2º, do Código Civil, as prestações que serão atingidas são apenas as relativas a 02 anos da data do vencimento (BRASIL, 2002).

A terceira é a vedação a cessão, da qual se extrai que “o direito a alimentos é pessoal, motivo pelo qual não pode ser objeto de cessão” e a quarta é a vedação a compensação “para que um crédito seja considerado penhorável, é imprescindível que ele possa ser objeto de uma relação passível de transferência, o que, definitivamente, não é o caso da pensão alimentícia” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 799).

Também há alimentos nos casos da guarda física compartilhada, pela qual ambos se dividem com os filhos, por exemplo, quando fica estabelecido a permanência do menor por 15 (quinze) dias com cada um dos pais (MADALENO, 2018, p. 592). Não há previsão legal expressa que determinam a forma que será fixada os alimentos na guarda física, de forma que não se pode presumir que apesar da partilha do tempo de convívio com os filhos, também haverá a partilha dos custos alimentícios.

É necessário explicar, que a guarda física não quer dizer uma repartir pela metade ou períodos iguais o tempo de convivência, assim como, o fato de ambos os pais trabalharem não significa que recebem os mesmos rendimentos, e acima de tudo, o interesse dos filhos deve prevalecer através da adequada quantia que não pode deixar de ser paga apenas porque os filhos vivem uma parte do tempo com um dos pais.

Os alimentos não dizem apenas com o interesse privado do alimentado. Há interesse geral no seu adimplemento. Por isso se trata de obrigação regulada por normas cogentes de ordem pública: regram não derogável ou modificável por acordo entre particulares (DIAS, 2016, p. 914)

É mais comum que os alimentos sejam fixados após a separação de um casal, e que esta ruptura causa um abalo na relação familiar e na economia familiar. Além do valor material, os alimentos possuem a função social de evitar o sofrimento dos filhos atendendo às suas necessidades, especialmente nos casos de separação, nos quais a dor afetiva pode sobrepor-se ao sofrimento material.

2.1. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA E A PRISÃO CIVIL

Devido a sua essencialidade, os alimentos não podem deixar de serem providos, nem o menor pode deixar de recebê-los, mesmo diante da incapacidade dos pais de atenderem as suas necessidades. Diante disso, o art. 1.698 do Código Civil previu que comprovada em juízo, à incapacidade dos pais de proverem os alimentos, deverá ser chamada os parentes mais próximos para concorrerem ao encargo.

O dever de sustentar e cuidar dos filhos menores pertence aos pais, mas quando estes não possuírem recursos financeiros para atenderem as necessidades de sua prole, os avós podem ser chamados para suprir esta carência, por exemplo, no caso do falecimento de um dos pais e o sobrevivente não possui condições financeiras para, por si só, cuidar dos filhos, em caso pai ou mãe ausente ou que mora em local desconhecido. Para que isto ocorra, alguns requisitos deverão ser observados. O primeiro é a impossibilidade dos pais de proverem o sustento dos filhos, o segundo é a necessidade dos netos e o terceiro é a capacidade socioeconômica dos avôs de entregarem os alimentos, sem prejudicar o próprio sustento.

Como explicado, o dever alimentar advém do princípio da solidariedade familiar, do dever de reciprocidade de prestar alimentos e do vínculo de parentesco nas linhas reta ou colateral. A reciprocidade, pois, é uma responsabilidade de um

parente com o outro, quem paga alimentos hoje, amanhã pode precisar e em vez de devedor, pode se tornar credor na relação jurídico-familiar.

Pela regra do art. 1.697 do Código Civil, depois dos pais, os parentes mais próximos dos filhos pela linha ascendente são os avós. Devido a irrepetibilidade dos alimentos, antes de chamar os avós para assumir o encargo, é imperativo demonstrar a prova da incapacidade dos pais em relação ao sustento dos filhos. A prova da deverá ser apresentada pelo alimentado em juízo, quando requerer a substituição dos pais pelos avós no pagamento da pensão alimentícia.

Maria Aracy Menezes da Costa radicaliza sua contrariedade doutrinária com relação aos alimentos avoengas, escrevendo que “os netos não devem viver de acordo com as possibilidades econômico-financeiras de seus avós, mas sim de seus pais. Se o pai ganha um salário mínimo, é dentro desse salário que ele vai criar o seu filho. No entanto, mesmo estando presentes estes argumentos nas decisões, há conclusões reiteradas no sentido de condenar os avós a prestações alimentares que excedem, muitas vezes, as verdadeiras necessidades dos netos. Tais decisões invadem a vida privada dos idosos, desrespeitam seu direito à intimidade, frustram seus planos de fim de vida, confiscam suas economias”(MADALENO, 2018, p. 1.240).

O dever de alimentar dos avós ou obrigação alimentícia avoenga somente pode ser efetivada havendo a impossibilidade de ambos os pais de satisfazerem o encargo, pois “o dever de alimentos dos pais é consequência natural do poder familiar, ao passo que a obrigação estendida aos avós surge da solidariedade familiar, [...]” e que ainda quem um dos genitores não possua condições, a obrigação alimentar é transmitida ao outro (MADALENO, 2018, p. 1.239).

Esse foi o entendimento consolidado pela 2ª seção do Superior Tribunal de Justiça que em 08 de novembro de 2017, publicou a Súmula 596, a qual dispôs que “a obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, configurando-se apenas na impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais” (BRASIL, 2017). Assim sendo, a responsabilidade dos avós possui caráter de complementaridade e excepcionalidade, de forma a obrigação primária de sustentar os filhos, é dos pais, e a obrigação avoenga é uma exceção.

Há ainda, a possibilidade de chamar os avós a assumirem o encargo em face do inadimplemento reiterado de um dos pais ao pagar a pensão alimentícia. No entanto, os avós somente serão obrigados a arcar com as novas prestações, não podem ser executados pelo débito dos alimentos não pagos pelo genitor.

A equivocada interpretação que se está dando à lei, além de livrar a responsabilidade dos avôs, sinaliza o surgimento de um perigoso antecedente: a desoneração de um dos pais de prover ao sustento do filho, se este reside com o outro que tem renda própria. Com isso se está transferindo a um dos genitores a obrigação de prover sozinho à família. Quem detém a guarda fica com mais o ônus de manter os filhos, bastando que tenha algum rendimento, ainda que modesto. Essa postura gera desarrazoada angularização da obrigação alimentar: o dever de prestar alimentos passa de um dos pais para o outro e só depois é que se transmite aos ascendentes (DIAS, 2016, p. 949).

Os avôs também podem ser chamados para complementarem a pensão alimentícia que apesar de ser paga por um dos pais, não satisfaz todas as necessidades dos filhos, por exemplo, a inserção dos netos no plano de saúde ou o pagamento da mensalidade escolar, dentre outros.

Outro fator é que a obrigação alimentícia não é natural dos avôs que, neste caso, agem como suplentes ou substitutos de qualquer dos pais por tempo indeterminado, mas que havendo uma mudança na situação econômica de maneira fazendo com que possa voltar arcar com a pensão, retornando os pais a posição inicial de provedores, desobrigando os avôs pelo direito de sub-rogação.

Somente depois de demonstrada a impossibilidade de todos os mais próximos em suportar o encargo alimentar é que se pode configurar a obrigação dos ascendentes mais remotos. Dessa forma, se viabiliza a postulação de alimentos contra os avôs quando o pai e a mãe não possuem condições de arcar com o sustento dos filhos. Se apenas um dos pais apresenta condições, deve assumir sozinho a manutenção do filho (COSTA, 2011, p. 116):

O chamamento dos avôs não acontece de forma imediata ou automaticamente, pois só irá ocorrer se o necessitado da pensão, por vontade própria, demandar contra os parentes pelo auxílio. Por isso, alguns doutrinadores entendem que ao assumirem a obrigação alimentícia, os avôs incorreram em de um litisconsórcio passivo necessário, no entanto, a posição majoritária e jurisprudencial é de que seja um litisconsórcio facultativo (MADALENO, 2018, p. 1.241).

Na prática, comprovada a incapacidade da mãe ou pai de prover os alimentos, é comum ser ajuizada uma ação apenas contra os avôs do genitor que não pode pagar, mas há um entendimento no sentido de que a obrigação avoenga deve ser dividida

entre os quatro se estiverem vivos, assim o pólo passivo deve incluir todos os avôs. Embora, como dito, trata-se de um litisconsórcio facultativo simples e não de um litisconsórcio necessário, é mais prudente que todos os avôs sejam incluídos, pois apesar de não haver uma obrigação solidaria entre eles, há uma obrigação conjunta e todos devem cooperar na proporção de suas possibilidades.

Em caso do inadimplemento de qualquer dos pais no pagamento da pensão alimentícia, a Lei prevê algumas sanções como protesto e penhora de bens e valores, sendo a mais severa, a prisão civil. Esta penalidade está fundamentada pelo art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal:

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

[...]

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo **inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia** e a do depositário infiel;(grifo nosso) (BRASIL, 1988).

Essa modalidade de prisão é excepcional e somente ocorre nos casos previstos em lei. Como se pode extrair do art. 528, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil:

Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, **provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.**

[...]

§ 3º Se o **executado não pagar ou se a justificativa** apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á **a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses(grifo nosso)** (BRASIL, 2015).

Ademais, o alimentado só poderá requerer a prisão do alimentante em relação às três últimas parcelas não vencida, ou seja, caso o dever não pague, nem justifique a impossibilidade de arcar com o pagamento dos três últimos meses de pensão

alimentícia, como se denota na Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao dispor que “o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo” (BRASIL, 2006).

Da mesma maneira, pode ocorrer também, o inadimplemento do pagamento por parte dos avôs. Devido à natureza complementar da obrigação avoenga, há um posicionamento defendido por Maria Berenice Dias que afirma que não é cabível a prisão dos avôs vez que “ocorrendo o inadimplemento do encargo imposto aos avôs, grande é a celeuma quando é decretada a prisão dos mesmos. Inclusive em face do Estatuto do Idoso que lhes outorga especial proteção” (DIAS, 2016, p. 950). Desta forma, aos avôs não deveria ser aplicada nenhuma sanção, não são eles os devedores e sim, os pais já que somente são acionados os avôs para suplementar a impossibilidade financeira dos genitores.

Por outro lado, há o argumento de que os avós em razão da indispensabilidade da obrigação alimentar, é injustificável o não pagamento da pensão alimentícia, sendo cabível a “conversão da execução pelo rito da coerção pessoal para o rito expropriatório, com a aplicação de meios executivos mais adequados e eficazes para a satisfação da dívida alimentar dos avôs” (SPADER, 2019, p.55).

Em relação à prisão por motivo civil dos avôs que, na maioria dos casos, são idosos ou de idade avançada, inclusive com poucas condições de saúde, não são capazes de suportar uma prisão, razão pela qual se entende não ser possível a aplicação desta medida.

O Estatuto do Idoso não menciona nenhuma proibição da prisão civil, contudo, é preciso ressaltar a que se trata de uma lei que se fundamenta no princípio da proteção integral das pessoas idosos e que de acordo com o seu art. 1º proíbe de forma expressa qualquer violação a sua dignidade “assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade” (BRASIL, 2003).

Desta forma, observadas as peculiaridades do caso e do devedor, o juiz em obediência ao princípio da menor onerosidade do devedor previsto no art. 805 do Código de Processo Civil (CPC) poderá entender a aplicação de medida diversa que a prisão:

Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados (BRASIL, 2015).

Portanto, apesar da indispensabilidade dos alimentos, percebeu-se que em caso da decretação da prisão dos avôs poderá haver uma violação dos seus direitos fundamentais, isso devido ao fato de que a maioria dos avôs são pessoas idosas e que se a elas impostas esta sanção, poderá trazer mais prejuízos que benefícios a causa. Dessa forma entende-se que, como mencionado, há outros meios menos gravosos para coagir os avôs inadimplentes ao cumprimento da obrigação alimentícia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a evolução do Direito de Família no Brasil, é tangível a mudança na dinâmica familiar em que o pai possuía o poder incontável como de chefe e provedor da casa, outra é que adquirir patrimônio era visto como a função prioritária da família, de forma que os interesses econômicos prevaleciam sobre os interesses sociais.

A legislação brasileira em relação as normas familiares colocavam o matrimônio como a única forma legítima de se constituir uma família base, tornando a união como uma das bases da sociedade. Devido a metamorfose das relações sociais e das leis, a família, não importando a forma que foi constituída, tornou-se um dos fundamentos do Estado de Direito brasileiro, que passou a conceber a possibilidade de separação e divórcio.

A partir desta transformação legislativa, surgiram outras situações sociais, dentre as quais se destacou a pensão alimentícia, que apesar de ser uma obrigação solidária entre os parentes, é mais comum que seja paga aos filhos em caso de pais separados, como forma de promover o seu sustento e suprir as suas necessidades básicas.

Os alimentos possuem características singulares que os tornam essenciais para o pleno desenvolvimento de uma pessoa: são irrenunciáveis, indisponíveis, impenhoráveis e irrecusáveis. Trata-se de garantias legais para a prestação dos alimentos a pessoa necessitada de forma que não haja escusas para o não pagamento.

Em caso de inadimplemento, existem algumas hipóteses legais em que o alimentado poderá acionar o dever em juízo e requerer o cumprimento da obrigação, tais como, a penhora de bens e valores e a prisão civil. Há ainda a possibilidade de os

avôs serem chamados ao processo, caso reste comprovado que um dos pais não possui condições financeiras de arcar com o encargo.

A prisão civil deve ser entendida como medida coercitiva e excepcional com o objetivo de forçar o pagamento, neste caso, da pensão alimentícia. E como exposto, é uma das duas situações legais que ensejam a detenção por não pagamento de dívida. Sendo a obrigação de natureza alimentar, ao devedor que não a cumprir pelos últimos três meses poderá ser requerida a sua prisão.

Ao fim, como os avôs podem ser chamados ao processo em substituição aos pais devido as suas condições financeiras precárias, verifica-se que a prisão civil também poderia ser aplicada aos avôs como último recurso, tendo em vista a aos fatores de idade e saúde dos avôs, que normalmente enquadram-se como pessoas idosas. Dessa forma, concluiu-se que diante das peculiaridades físicas e psicológicas dos avôs, é mais favorável a todas as partes do processo, se outras medidas sancionatórias fossem aplicadas como meio de coerção em caso de inadimplemento do pagamento da pensão alimentícia avoenga.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. *ET al.* **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. [E-book]

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. **Direito humano à alimentação adequada e soberania alimentar**. 2014. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/artigos/2014/direito-humano-a-alimentacao-adequada-e-soberania-alimentar#:~:text=O%20direito%20humano%20%C3%A0%20alimenta%C3%A7%C3%A3o,dos%20Direitos%20Humanos%20de%201948.&text=No%20Brasil%2C%20re sultante%20de%20amplo,artigo%206%C2%BA%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal>. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 16 jul. 1990.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 03 out. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 18 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília: Diário Oficial da União, 17mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília: Diário Oficial da União, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 309.** O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2006. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=%28sumula%20adj1%20%27309%27%29.sub>. Acesso em: 18 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 594.** O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação de alimentos em proveito de criança ou adolescente independentemente do exercício do poder familiar dos pais, ou do fato de o menor se encontrar nas situações de risco descritas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27594%27>. Acesso em: 21 nov. 2020.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de direito civil** 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. [E-book]

COSTA, Maria Aracy Menezes Da. **Os limites de a obrigação alimentar dos avôs.** Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011. [E-book]

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. [E-book]

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva 2017. [E-book]

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. [E-book]

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva 2011. [E-book]

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. [E-book]

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. [E-book]

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. [E-book]

SPADER, Isabelle de Godoi. **A (im)possibilidade de decretação de prisão civil dos avós por inadimplemento da obrigação alimentar frente ao princípio da proteção integral do idoso**. Repositório Unesc: Criciúma, 2019. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/handle/1/6880>. Acesso em: 15maio 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2017. [E-book]

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MENOR, NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E NO CÓDIGO CIVIL, E SEUS DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS

VINICIUS STORTI PERRONI:
Bacharelado em Direito pela
Universidade Brasil (Fernandópolis-SP)

RESUMO: O menor de idade, com o decorrer do tempo, passou por vários meios de tratamento de acordo com o código regente às épocas. Desde o Código dos Menores que foi criado no início do século XX, onde o cenário político estava bastante conturbado e a preocupação que levou a criação deste código foi a quantidade de menores em situações irregulares. Com o passar do tempo, após sessenta e três anos de mudanças desde a criação do Estatuto da Criança, foi criado o Estatuto da Criança e do adolescente, o qual trouxe vários avanços, tais como medidas de proteção aos menores de idade, juntamente com auxílio do Ministério Público e da Defensoria Pública para auxiliar na fiscalização. O Estatuto da Criança e do Adolescente foi instaurado, não mais visando a irregularidade do menor, por outro lado, busca tratar os direitos do menor, que agora já são mais complexos, como prioridade absoluta, não só por responsabilidade do Estado, mas trazendo para a família do menor e para a sociedade, o dever de assegurar ao menor que seus direitos sejam garantido, buscando ainda mais um bom desenvolvimento do menor. Na mesma esteira, o Código Civil direciona o menor sobre suas responsabilidades, ficando assim, o menor de idade, amplamente amparado com objetivo do seu bom desenvolvimento social.

Palavras-chave: Menor De Idade. Estatuto Da Criança E Do Adolescente. Responsabilidade Do Menor De Idade Segundo O Código Civil.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 1.1 Definição: criança e adolescente. 1.2 Sobre as medidas de proteção. 1.3 Ato infracional. 2 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. 2.1 Sobre tipo de medida socioeducativa e meio de execução. 3 MENOR DE IDADE SEGUNDO O CÓDIGO CIVIL. 3.1 Da menoridade. 3.2 Emancipação. 4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MENOR E DE SEUS PAIS NO ÂMBITO CIVIL. 4.1 Segundo o código civil de 2002. 4.2 Equiparação equitativa. 4.3 Subsidiariedade. 4.4 Pontos divergentes entre eca e código civil. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem a finalidade de explanar informações acerca da responsabilidade do menor no âmbito civil, atentando o tratamento do menor diante o Estatuto da Criança e do Adolescente bem como do Código Civil.

É visível que crianças e adolescentes precisam de um amparo especial na legislação brasileira, assim sendo, foi criado, no ano de 1927, o Código de Menores, sendo esta, a primeira legislação específica para crianças e adolescentes, o qual diz em seu artigo primeiro, que: “Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores”.

Já no ano de 1990 o Brasil criou o Estatuto da Criança e do Adolescente, onde fora ampliado os direitos das crianças e adolescentes no país, e aderido um novo padrão de abordagem das questões que tangem sobre seus direitos.

Ademais, o Código Civil inclui vários artigos em que impõe ao menor variadas normas quanto aos seus atos.

Isto posto, insta salientar que este artigo irá tratar sobre o menor de idade em vários aspectos, principalmente sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, versando sobre aplicação de medidas socioeducativas e suas formas de disciplinar o menor de idade que comete ato infracional, visto que, Segundo o Sinase, dos atos infracionais cometido por menores de idade, os homicídios representam 10% das infrações; latrocínios, 2% e estupros, 1%. Já roubos e furtos são 50% do total, e tráfico de drogas, 22%. Além disso, versará sobre o menor de idade de modo geral, sobre as leis que abordam atitudes e direitos da criança e do adolescente.

1 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

1.1 Definição: Criança E Adolescente

De acordo com a lei 8.869, de 13 de julho de 1990, a qual dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, discorre em seu artigo primeiro que considera-se criança a pessoa com até 12 anos de idade incompletos, e como adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Ademais, em seu parágrafo único diz que, em relação às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade, apenas será aplicado o Estatuto da Criança e do Adolescente em casos expressos em lei.

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

1.2 Sobre As Medidas De Proteção

As medidas de proteção estão instituídas no Estatuto da Criança e do Adolescente entre artigo 98 (noventa e oito) ao 101 (cento e um) e seus respectivos incisos.

As medidas de proteção são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos no ECA forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta (BRASIL, 2002).

Sobre o acolhimento institucional vale a pena tecer algumas observações. Primeiramente, tal medida de proteção, juntamente com o acolhimento familiar, são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade. Além disso, o encaminhamento para uma instituição deve ser feito por meio de uma Guia de Acolhimento, e, quando verificada a possibilidade de reintegração familiar, o responsável pelo programa de acolhimento comunicará a autoridade a autoridade judiciária que, após dar vista ao MP, decidirá a situação (LAMBERT, 2015).

1.3 Ato Infracional

O ato infracional é o ato praticado por um menor de idade o qual é equiparado a crime ou contravenção penal. Se o ato infracional for praticado por uma criança, esta será encaminhada para o Conselho Tutelar, onde estará sujeita as medidas de proteção descritas nos artigos 99 (noventa e nove) ao 102 (cento e dois) do estatuto da criança e do adolescente.

Tal definição decorre do principio constitucional da legalidade. É preciso por tanto para a caracterização do ato infracional que este seja típico antijurídico e culpável garantindo ao adolescente por um lado, um sistema compatível com o seu grau de responsabilização e por outro a coerência com os requisitos normativos provenientes da seara criminal. Assim, João Batista Costa Saraiva esclarece: "Não pode o adolescente ser punido onde não o seria o adulto" (SARAIVA, 2002).

Por outro lado, se o ato infracional for praticado por adolescente, ou seja, maior de 12 (doze) anos e menor de 18 (dezoito), este será apurado pela Delegacia da

Criança e do Adolescente, e posteriormente encaminhado ao Promotor de Justiça, o qual fara os pedidos de medida socioeducativas que achar competente em relação ao ato infracional praticado pelo menor infrator.

Tem-se início então o devido processo legal, onde o infrator tem direito a contraditório e ampla defesa, e estará sujeito a aplicação da medida socioeducativa que o magistrado considerar procedente.

Ademais, em acordo com o disposto no artigo 104 do ECA, o menor de 18 anos é inimputável, porém capaz, inclusive a criança, de cometer ato infracional, passíveis então de aplicação de medidas socioeducativas, se adolescente, e de medidas de proteção, se criança. O parágrafo único do artigo supra referido ainda traz a ressalva de que, para os efeitos do ECA, deve ser considerada a idade do adolescente à época da conduta. Assim, cabe aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente que complete 18 anos se, à data em que se consumou o fato, era menor de 18 anos (LAMBERT, 2015).

Já se tratando dos direitos individuais, de acordo com o artigo 106 do Estatuto da Criança e do Adolescente, fica claro que nenhuma criança ou adolescente deverá ser privado de liberdade, senão em flagrante de ato infracional ou por ordem judicial. Ocorrendo no caso de flagrante, o adolescente será amparado pelo artigo 5º, LXIV, da Constituição Federal.

2 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Sabe-se que os menores de dezoito anos são inimputáveis. As condutas cometidas por estes sujeitos que forem descritas como crime ou contravenção penal, consideram-se atos infracionais e sujeitam-se às seguintes medidas socioeducativas:

- I- Advertência
- II- Obrigação de reparar dano
- III- Prestação de serviço à comunidade
- IV- Liberdade assistida
- V- Inserção de regime de semi-liberdade

VI- Internação em estabelecimento educacional (BRASIL, 1990).

Existentes ainda as medidas contidas no artigo 101, incisos I a VI.

A proposta das medidas socioeducativas prioriza um contexto que humaniza por meio do exercício de ouvir, de acolher, de considerar, de trocar. Tem no profissional educador, um catalizador/facilitador que faz emergir os conflitos, as possibilidades de diálogos e de ações. (...) Favorece o desvelamento dos valores e das dissonâncias impressas nas atitudes relacionadas entre jovens e adultos, como, por exemplo, a autoridade e o autoritarismo, a liberdade e a bagunça, a autonomia e o individualismo. Proporciona o questionar, o divergir, o estar à vontade para debater, assegurando-se da importância de aprender e pesar as diferentes alternativas e do poder de escolha entre uma coisa e não outra. (...) Liberdades e responsabilidades que devem crescer juntas num mesmo eixo na busca da construção da cidadania (BRASIL, 2008, p. 216).

As medidas socioeducativas são aplicáveis ao final do processo legal devido, quando um menor de idade praticar ato infracional. Após uma análise do caso em tela e das condições do menor em particular, o Ministério Público fará o pedido que achar devido, juntamente com a Defesa do menor, e o Magistrado aplicará a medida socioeducativa que considerar justa observando todas as particularidades do caso. As medidas socioeducativas, tem como finalidade reeducar a criança ou adolescente, para evitar reincidência no ato praticado pelo infrator, ou para evitar que este, siga em caminho desvirtuoso. Para alcançar este fim, as medidas socioeducativas se amparam nos três seguintes fundamentos:

- I- Responsabilização
- II- Educação
- III- Proteção integral

É sabido que a principal finalidade das medidas socioeducativas é buscar a reeducação e ressocialização do menor infrator, possuindo um elemento de punição, tendo como finalidade impedir futuras condutas ilícitas. Não se pode negar o caráter não punitivo, entretanto, as medidas possuem semelhança com as penas previstas no Código Penal, tendo um caráter penal

especial, como forma de retribuição ou punição imposta ao menor infrator (DA SILVA, 2008. p. 23).

A responsabilização busca colocar o adolescente defronte com seus danos causados, para que assim, tenha noção real dos seus atos e prejuízos causados, para que por fim faça uma reflexão crítica sobre seu comportamento. A educação é uma forte aliada neste procedimento de reeducação do infrator, levando em conta que ao realizar um processo contínuo de orientação, pode-se alcançar o objetivo almejado que é o abandono dos atos infracionais pelo adolescente. Já a proteção integral, indica que, é dever do Estado, família e da sociedade assegurar aos adolescentes um conjunto de direitos que faça com que estes adolescentes cresçam e se tornem pessoas idôneas, deixando-os longe de qualquer discriminação, violência, exploração e todos os meios cabíveis que possam ser prejudiciais.

2.1 Espécies De Medida Socioeducativa E Meios De Execução

Das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, todas tem o mesmo objetivo, que é a busca da orientação correta e adequada para que o infrator siga um caminho contrário àquele que o trouxe a aplicação destas. Todas as medidas são aplicadas de forma individual, de forma com que o Magistrado as reconhecer razoáveis para que o adolescente tome ciência dos seus atos e que isso o faça refletir e mudar o caminho que estava trilhando.

Sobre a advertência, medida mais branda e comumente utilizada para os adolescentes que não possuem histórico criminal, é correto dizer que tem caráter educativo e corretivo, usada como um alerta ao adolescente, para que as atitudes infracionais não se reiterem. Insta salientar, que nesta medida, o adolescente é notificado sobre o que é certo e errado, ao contrário das demais medidas, em que já é tomado medidas mais enérgicas.

A advertência é recomendada, via de regra, para os adolescentes que não têm histórico criminal e para os atos infracionais considerados leves, quanto à sua natureza ou consequências". O autor prossegue dizendo, ainda, que para atingir o objetivo colimado pela aplicação da medida singela, ou seja, para que surta efeito de ressocialização e o adolescente não se torne reincidente, é necessária a presença dos pais ou responsável na audiência, para que também sejam integrados no atendimento e orientação psicossociais, se houver necessidade (LIBERATI, 2014, p.138).

A obrigação de reparar o dano, medida referida no artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, faz com que o adolescente, de forma que for mais viável para o caso julgado, repare o dano causado a vítima. Com ressalva nos casos de manifestação de impossibilidade, ocasião em que a medida será substituída por outra oportuna, o que torna essa medida flexível, entretanto, personalíssima, ou seja, a medida pode ser flexibilizada de forma mais adequada para que o adolescente a cumpra, mas jamais poderá ser cumprida por seus responsáveis, perdendo assim o seu caráter educativo.

Tem por finalidade educativa, devendo suscitar no adolescente, tanto pela restituição quanto pela indenização do dano, o desenvolvimento do senso por responsabilidade daquilo que não é seu". Provocando lesão à bem jurídico alheio, a obrigação de reparar o dano torna-se mais eficiente que a advertência, pois assim, o adolescente poderá entender o que significa trabalhar e esforçar-se para sanar o próprio erro. Com o objetivo de alcançar efeitos positivos, é necessário que essa obrigação seja cumprida pelo adolescente, e não por seus pais ou outros responsáveis pelo mesmo (LIBERATI 2014, p. 139).

Da prestação de serviço a comunidade, baseia-se em cumprir tarefas gratuitas e de interesse público, por data não superior a seis meses, normalmente realizada junto a entidades assistenciais, escolas, hospitais, bem como programas comunitários.

Com intuito de acompanhar e encaminhar o adolescente para um caminho íntegro, a liberdade assistida faz com que o adolescente, se aplicada for esta medida, será orientado e assistido por técnicos especializados, tais como psicólogos e assistentes sociais e também os genitores do adolescente que são as peças essenciais para que esta medida tenha sua eficácia alcançada.

A principal meta é selecionar e credenciar os orientadores, profissionais destinados a acompanhar e assistir ao adolescente, tanto na liberdade assistida quanto na prestação de serviços à comunidade (NUCCI, 2015, p. 827).

O regime de semiliberdade é uma alternativa para a não utilização do regime de internação, porém não é comumente aplicado. Este regime pode ser aplicado desde o início do cumprimento da medida socioeducativa, ou por meio de progressão de regime de um adolescente internado que será encaminhado do internato para a semiliberdade.

E por último, tem-se a medida socioeducativa de internação em estabelecimento educacional. Tratando-se da medida mais gravosa ou de maior efeito de punibilidade, a medida de internação, constituída do artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é uma medida em que o adolescente infrator tem sua liberdade privada, por tempo mínimo de seis meses e sem prazo determinado, não podendo ultrapassar o período de três anos, ou após o adolescente completar vinte e um anos de idade.

3 MENOR DE IDADE SEGUNDO O CÓDIGO CIVIL

3.1 Da Menoridade

Já se tratando de menoridade e capacidade da pessoa, a lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 disserta em seus artigos iniciais sobre os menores de dezesseis anos e sua absoluta incapacidade de exercer pessoalmente seus atos da vida civil. Sendo assim a menoridade se encerra aos dezoito anos completos, ocasião em que, desta data em diante, o adolescente já se tornará apto para todas as práticas da vida civil.

De acordo com Margarida (2002, p. 34), o Brasil demorou cinco séculos para construir leis de atenção à infância e à adolescência, atravessando do século XVI ao século XIX sem editar nenhuma disposição legal sobre o tema. Ainda sobre o assunto, a mesma autora pondera que:

[...] sabemos que este não é um dado sem significados. Isto diz muito sobre as concepções de infância e de adolescência que têm sido historicamente dominantes em nosso país, sobre as políticas que têm sido elaboradas e sobre as que não têm sido desenvolvidas e implementadas. Refletir sobre o atendimento prestado à infância e adolescência significa pensar a própria história da infância e adolescência brasileira (MARGARIDA, 2002, p. 34).

3.2 Emancipação

A emancipação nada mais é do que a antecipação da capacidade civil plena, onde o adolescente com dezesseis anos completo, poderá realizar os mesmos atos civis que o indivíduo que já atingiu a maioridade. Insta salientar que a emancipação é irrevogável. Conforme dispõe o artigo 5º, da lei 10.406 de 10 de janeiro de 2003, e seus incisos, a emancipação pode ser alcançada de várias formas:

- I- Emancipação voluntaria

II- Emancipação judicial

III- Emancipação legal

A emancipação voluntária e mais usual método de emancipação, pode ser alcançada decorrente da manifestação de interesse, e posterior concordância dos pais, não podendo haver discordância entre as partes. Mas, em caso de discordância de uma das partes, ou de ausência de uma delas, o juiz poderá mesmo assim autorizar a emancipação, tendo vista que a discordância não tenha justificativa coerente, isto posto, ocorrerá o ato chamado de Suprimenda Judicial, contudo esse procedimento se dá em casos especiais, já que, habitualmente a emancipação voluntária é realizada em cartório por meio de escritura pública.

Nos casos em que os pais forem divorciados e a guarda do filho permanecer com um dos genitores, a decisão pela Emancipação ainda caberá a ambos os pais, em conjunto (já que aquele que não detém a guarda ainda mantém o seu poder familiar (TARTUCE, 2014, p.58).

Já sobre a emancipação judicial, poderá ocorrer após tentativa falha de uma emancipação voluntária, ocasião em que, se um dos responsáveis não concordar com a emancipação voluntária, terá início o processo judicial para ser julgado. Ocorrerá também caso o menor não tenha os pais, ou estes forem destituídos, sendo assim, o procedimento regular será a oitiva do tutor do menor, e por conseguinte o magistrado proferirá sentença judicial.

Se tratando de emancipação legal, está poderá ser alcançada de múltiplas maneiras, e acontecerá de forma automática quando qualquer das circunstâncias, previstas no artigo quinto e seus incisos, acontecer.

Por fim, há que se falar na Emancipação legal, decorrente de circunstâncias expressas dispostas no sistema civil normativo, sendo estas: o casamento; o exercício em emprego público efetivo; a colação de grau em curso de ensino superior; o estabelecimento civil ou comercial, ou existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com no mínimo dezesseis anos tenha economia própria (GONÇALVES, 2007, p. 145).

Quando o maior de dezesseis anos e menor de dezoito, com a autorização dos pais, contrair casamento, este estará conseqüentemente emancipado para que tenha capacidade plena de realizar todos os atos civis com sua nova família.

Emancipação pelo exercício de emprego público efetivo, esta ocasião também está dentro da categoria de emancipação legal, logo, é bem incomum a lei permitir atribuição de emprego público para menor de dezoito anos.

Outra hipótese de emancipação legal é a colação de grau de ensino superior, o que também é bastante incomum, devido a extensão do ensino fundamental e médio no sistema educacional brasileiro.

Emancipação pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria. Neste caso, o menor se torna emancipado por si, quando adquire sua economia própria, ou seja, não é mais dependente de recursos financeiros de seus pais. Parte desta emancipação é orientada dentro do artigo sétimo, inciso XXXIII, da Constituição Federal, onde diz que o menor de dezoito anos fica coibido de realizar qualquer tipo de trabalho noturno, perigoso ou insalubre, sendo assim, o menor deve realizar atividades contrárias a essas para, principalmente, concretização de sua emancipação por este modo.

O art. 5º do Código Civil traz a definição de emancipação, como pode correr:

"A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria (BRASIL, 2002).

Em conclusão no que foi evidenciado acima, no que concerne sobre emancipação, insta salientar que, o menor emancipado, mesmo que penalmente inimputável e regido às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente e poderá ser preso no âmbito civil, visto que, no âmbito civil a prisão é meio coercitivo de pagamento, porém ao se tratar de menor emancipado, para realização desta medida excepcional deve seguir alguns parâmetros, por exemplo:

- O alimentando deve ser menor e não emancipado, não se justificando a para prestar alimentos à esposa maior de idade;

- O menor emancipado deverá ter condições financeiras para realizar pagamento que lhe é obrigado, visto que na maioria das espécies de emancipação, não é levando em conta a condição financeira do menor.

- O estabelecimento em que o menor ficar recolhido deverá guardar as mesmas garantias expostas no Estatuto da Criança e do Adolescente referente à internação socioeducativa.

Sendo assim, o menor poderá ser preso, desde que incorra nas circunstâncias constitucionais de prisão.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MENOR E DE SEUS PAIS NO ÂMBITO CIVIL

4.1 Segundo O Código Civil de 2002

Com a vigência do Código Civil de 2002, os pais de filhos menores de idade passam a ficar responsáveis pelos atos danosos praticados por estes, quando estiverem sob sua guarda, companhia, orientação, comando e etc., não sendo mais necessário a obtenção de culpa por parte dos pais para que respondam pelos atos praticados por seus descendentes. É o que dispõe o artigo 932, inciso I, da lei número 10.406 de 10 de janeiro de 2002, sendo assim, apenas basta a concretização do dano causado pelo menor, para que seja imposto aos seus genitores, o dever de reparação à vítima.

Desta forma, a antiga responsabilidade fundada na culpa passa a ser uma responsabilidade civil indireta e objetiva, onde quem fica responsável pela reparação do dano é uma pessoa diversa da que causou diretamente o prejuízo.

No mesmo sentido, se tratando de reponsabilidade dos pais, não mais há a necessidade de moradia do menor com os pais, visto que, diante de toda tecnologia existente, o pais podem orientar e fiscalizar rigorosamente a direção da conduta de seus filhos, mesmo que não habitem na mesma casa, não sendo mais este, um dos critérios para imputação de culpa ou responsabilidade. Por outro lado, ao se tratar de

filhos que abandonam o lar, e, esgotadas as possibilidades pelos pais, de trazerem o menor de volta para sua residência, ficarão estes livres de quaisquer responsabilidades.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL INDIRETA DOS PAIS PELOS ATOS DOS FILHOS. EXCLUDENTES. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA.

1.- Os pais respondem civilmente, de forma objetiva, pelos atos dos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia (artigo 932, I, do Código Civil).

2.- O fato de o menor não residir com o(a) genitor(a) não configura, por si só, causa excludente de responsabilidade civil.

3.- Há que se investigar se persiste o poder familiar com todas os deveres/poderes de orientação e vigilância que lhe são inerentes.

Precedentes.

4.- No caso dos autos o Tribunal de origem não esclareceu se, a despeito de o menor não residir com o Recorrente, estaria também configurada a ausência de relações entre eles a evidenciar um esfacelamento do poder familiar. O exame da questão, tal como enfocada pela jurisprudência da Corte, demandaria a análise de fatos e provas, o que veda a Súmula 07/STJ.

5.- Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 220.930/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 29/10/2012)

Como manifesta a jurisprudência do tribunal superior, há casos em que o fato do filho residir ou não com os pais ou se estava na companhia dos mesmos, não interessa para a configuração da responsabilidade, e sim, se de qualquer forma, os pais estão presentes ou são influentes nas atitudes dos menores. Na mesma esteira, há de se esclarecer sob o comando ou influência de quem o menor de idade está, se caso esclarecer que os pais não tem mais contato algum com o filho, há de ser isentos os pais de responsabilidade.

Não é suficiente que o menor esteja sob o poder familiar dos pais, é preciso que viva em sua companhia e esteja sob sua vigilância, para que haja responsabilidade paterna ou materna. Assim, se o menor, durante seu trabalho numa oficina,

apoderar0se de automóvel de terceiro, que ali foi deixado para conserto, e provocar acidente de trânsito, o empregador será o responsável pela reparação do dano, mas terá ação regressiva (DINIZ, 2016, p.510).

Por outro lado, a vigência no código supra citado, traz a possibilidade de acesso ao patrimônio do menor para que seja utilizado com objetivo de indenização de dano, por ele causado, a terceiros.

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem (BRASIL, 2002).

Para que aconteça o que é explanado na lei acima referida, há a necessidade de que, os pais do menor não tenham patrimônio suficiente ou não tenham a obrigação de fazer, gerando assim uma responsabilidade única do menor, para que o dano por ele causado, seja por ele reparado.

Dessa forma, ao analisarmos o artigo 928 do Código Civil é possível concluir que na verdade o incapaz não responde de forma solidária, conforme discorre os artigos 932 e 942, parágrafo único do Código Civil, mas sim subsidiária, condicional e equitativa.

É subsidiária pois apenas existirá quando os responsáveis não dispuserem de meios suficientes para reparar os danos causados à vítima; é condicional posto que não deverá exceder o limite mínimo do patrimônio do menor; bem como é equitativa porque a indenização deverá ser moderada, motivo pelo qual não pode extrapolar e privar o necessário para manter o sustento e a sobrevivência do incapaz.

4.2 Equiparação Equitativa

Sobre a equitatividade nas indenizações, insta salientar que, a lei visa proteger o menor para evitar que ele perca todo seu patrimônio, e decorrente disso, que evite também a retirada de parte necessária para subsistência do menor. Sendo assim, caso o menor de idade cause dano que o valor de reparação seja maior ou igual ao patrimônio total do mesmo, caberá ao juiz realizar a conversão em proporções possíveis para pagamento, não deixando espaço para alegar enriquecimento sem causa do menor.

Isto posto, o incapaz somente será desobrigado a ressarcir integralmente o dano causado, se do cumprimento desta obrigação, o patrimônio restante do menor, não for suficiente para sustentar ele ou os que dele dependem, causando assim uma situação de miséria decorrente da indenização, o que é contrário ao princípio de proteção do menor.

4.3 Subsidiariedade

A princípio, entende-se que caso o menor venha a ocasionar danos a terceiros, os pais ficam responsáveis pela reparação dos danos causados a vítima. Entretanto, o incapaz poderá ser responsabilizado subsidiariamente, conforme previsão legal, ou seja, nos casos em que o menor possuir patrimônio suficiente, associado a insuficiência econômica dos responsáveis legais, não sendo, portanto, viável que eles executem a obrigação.

Sendo assim, significa dizer que inicialmente quem responderá pelos atos praticados serão pais, para que então, apenas em um segundo momento seja permitido acessar o patrimônio do menor.

A vítima deverá dirigir sua pretensão, em princípio, contra os responsáveis, só indo ao patrimônio do incapaz na hipótese de impossibilidade econômica daqueles. Se, contudo, o responsável não ostentar patrimônio suficiente para fazer frente ao dano, o incapaz responde (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 517-518).

Nesse seguimento, conclui-se, ainda, que a responsabilidade subsidiária é condicional, posto que quando o menor pratica a lesão em face de algo, consequentemente deverá ser responsabilizado em proporcionalidade ao dano causado. Contudo, deverá ser observado um limite quando se tratar de incapaz, posto que a indenização fixada não poderá prejudicar a subsistência do menor, devendo preservar o mínimo existencial deste.

Portanto, o magistrado deverá analisar os dois lados, visto que a vítima lesada não poderá ficar desamparada, bem como é necessário ter cautela para que, ao confiscar o patrimônio do incapaz, não venha a prejudicar sua subsistência.

4.4 Pontos Divergentes Entre o ECA e Código Civil

Fica claro a diferença entre o ECA e o Código Civil no que tange sobre o tratamento do menor de idade, visto que, o Estatuto da Criança e do Adolescente visa a reeducação do menor com medidas que são exclusivamente a ele impostas. Dentre

as medidas socioeducativas impostas ao adolescente, a semi liberdade pode-se ter o auxílio direto dos pais para reeducação do menor, ademais, a maioria delas visam o tratamento direto do menor com o poder público.

Por outro lado, o Código Civil abre possibilidade dos pais arcarem com os danos causados pelo menor, em variadas hipóteses que já foram aqui descritas, pode-se, de acordo com o Código Civil, o menor ou seus responsáveis, serem responsabilizados por dano causado pelo menor. O Código Civil traz uma previsão mais abrangente, contendo todas as causas em que há o cometimento de um ato ilícito civil, com efeito, também traz uma responsabilização mais ampla.

Insta salientar que, quando se trata de reparação de dano causado pelo menor, ambas as leis discorrem sobre o tema. O artigo 928 do Código Civil, trata essa reparação de maneira subsidiária, quando os responsáveis não podem arcar com o prejuízo, esta responsabilidade recai sobre o menor que praticou o ato. Por outro lado, quando se trata do artigo 112, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a obrigação de reparar o dano é uma medida socioeducativa, que somente pode ser cumprida pelo menor, motivo pelo qual é denominada uma obrigação personalíssima.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo científico tem a intenção de explanar informações acerca do menor de idade no âmbito jurídico, suas obrigações, responsabilidades, tanto do menor quanto de seus responsáveis, na ocasião em que a eles incumbirem.

Com início se tratando do Estatuto da Criança e do Adolescente e as medidas socioeducativas que recaem sobre eles, sendo estas, medidas aplicadas para auxiliar o menor, para que este, alcance um bom convívio em meio a sociedade. Explanando também todas as medidas socioeducativas existentes e o funcionamento de cada uma delas, desde a advertência até a mais rigorosa internação.

Por conseguinte, trata-se da definição de menor de idade, sua parcial ou total incapacidade, segundo as normas impostas no Código Civil de 2002. Na mesma esteira, é comentado também sobre os processos de emancipação para o maior de dezesseis anos e menor de dezoito, citando todos os meios de realizar a emancipação do menor de idade.

Por fim, trata-se das responsabilidades civis do menor e de seus pais, explanando parcial entendimento e meio como é tratado o menor de idade e a responsabilidade que os responsáveis têm sobre eles no Código Civil de 2002, apontando algumas divergências em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069compilado.htm> Acesso em: 21 nov. 2020.

BARBOSA K. C. A responsabilidade civil dos pais de menores infratores. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45433/a-responsabilidade-civil-dos-pais-de-menores-infratores>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

DIREITONET, A possibilidade do incapaz reparar o dano e as medidas socioeducativas do ECA. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3135/A-possibilidade-de-o-incapaz-reparar-o-dano-e-as-medidas-socio-educativas-do-ECA#:~:text=Apesar%20de%20ser%20incapaz%2C%20pode,ato%20infracional%2C%20com%20reflexos%20patrimoniais>. Acesso em 15 mar. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe. **Curso de Direito Civil Responsabilidade Civil**. v. 3, 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

GOULART H. G. M. Prisão civil do menor emancipado. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/32458/prisao-civil-do-menor-emancipado#:~:text=E%20o%20pr%C3%B3prio%20texto%20constitucional,pris%C3%A3o%20civil%20do%20menor%20emancipado>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

JUS, A responsabilidade civil dos incapazes. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61552/a-responsabilidade-civil-dos-incapazes>. Acesso em: 15 mar. 2021.

JUS, A responsabilidade civil do menor, no Estatuto da criança e do adolescente e no Código Civil, e seus desdobramentos jurídicos. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57521/a-responsabilidade-civil-do-menor-no-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-e-no-codigo-civil-e-seus-desdobramentos-juridicos>. Acesso em: 15 mar. 2021.

JUSBRASIL, Responsabilidade civil dos pais por atos praticados pelos filhos menores. Disponível em:

<https://ferrazbar.jusbrasil.com.br/artigos/325854683/responsabilidade-civil-dos-pais-por-atos-praticados-pelos-filhos-menores>. Acesso em: 15 mar. 2021.

RIBEIRO M. W. C. O adolescente em conflito com a lei. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58557/o-adolescente-em-conflito-com-a-lei>>. Acesso em: 25 out. 2020.

VADE MECUM. **Lei 10.406 de janeiro de 2002 – Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2020.

A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO CONDOMINIAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO PÚBLICO COMPARADO AS COTAS CONDOMINIAIS

SANDRO GOMES CORDEIRO:

Bacharelado do curso de Direito da
Universidade Luterana do Brasil ULBRA

RESUMO: Nos últimos anos, houve um reinvestimento maciço nas cidades, principalmente na forma de torres de condomínio, seguido pelo maior aumento populacional dos últimos 30 anos. A cidade que se alardeava ser multicultural, com grande diversidade étnica e mistura social, foi dividida - como indicam estudos recentes - em três cidades distintas: a cidade dos ricos inalterada, a cidade em declínio das famílias com rendimentos médios e a cidade onde as concentrações de pobreza estão crescendo. Neste artigo, se analisa a relação entre o direito condominial e o direito administrativo público comparado às cotas condominiais que as torres de condomínio representam uma nova forma de "gentrificação", o que contribui para a divisão espacial tripartite da cidade. Chama-se de condição das cidades. Começa-se com uma discussão de alguns aspectos da "gentrificação", seguida por uma análise dos regulamentos e relações que orientaram o desenvolvimento urbano das cidades. Finalmente, dar-se uma olhada nos novos moradores do condomínio antes de concluir as cotas condominiais devem ser revisadas por seus instrumentos de planejamento e dos pressupostos do direito administrativo a fim de evitar uma segregação espacial ainda maior nas cidades brasileiras.

Palavras-chave: Gentrificação. *Boom* de condomínio; Política e planejamento urbano, Direito Administrativo.

ABSTRACT: In recent years, there has been a massive reinvestment in cities, mainly in the form of condominium towers, followed by the largest population increase in the last 30 years. The city that was claimed to be multicultural, with great ethnic diversity and social mix, was divided - as recent studies indicate - into three different cities: the city of the rich unchanged, the city in decline of families with average incomes and the city where concentrations poverty are growing. In this article, we analyze the relationship between condominium law and public administrative law compared to condominium quotas that condominium towers represent a new form of "gentrification", which contributes to the city's tripartite spatial division. It is called the condition of cities. It begins with a discussion of some aspects of "gentrification",

followed by an analysis of the regulations and relationships that guided urban development in cities. Finally, taking a look at the new residents of the condominium before completing the condominium dues should be reviewed for their planning instruments and the assumptions of administrative law in order to avoid even greater spatial segregation in Brazilian cities.

Keywords: Gentrification. Condominium boom; Urban Policy and Planning, Administrative Law

1 INTRODUÇÃO

Ultimamente tem havido alguma discussão sobre a mudança nas cidades brasileiras. O relatório do Ministério das Cidades de 2014 demonstrou sem sombra de dúvida que a pobreza familiar nas cidades brasileiras está aumentando e até mesmo se concentrando nos bairros. Os resultados deste relatório foram confirmados mais recentemente com um estudo detalhado do Centro de Estudos Urbanos e Comunitários de 2018 que expõe uma tendência alarmante de disparidade de renda que passa a dividir a cidade em três entidades distintas: aquelas cuja renda tem aumentaram desde 1970 em mais de 20%, aqueles cujos rendimentos permaneceram mais ou menos estáveis e aqueles cujos rendimentos diminuíram mais de 20%.

A representação espacial dessas tendências indica claramente que as cidades estão divididas em três cidades distintas, com um rápido desaparecimento de bairros com grupos predominantemente de renda média e um aumento dramático de bairros pobres, particularmente nos subúrbios e, em ao mesmo tempo, concentração e consolidação de bairros ricos em locais isolados das cidades e dos bolsões seletivos em alguns outros pontos da cidade. Essas tendências podem ser vistas como o resultado do que Hackworth (2017) chama de três formas emergentes de um “fixo espacial neoliberal”: a relação entre (1) crescimento contínuo e rápido das cidades, (2) declínio volátil e desinvestimento nos subúrbios e (3) reinvestimento considerável nestas áreas das cidades, muitas vezes na forma de gentrificação.

Esses processos simultâneos estão no cerne da transformação socioespacial das cidades: a crescente pobreza urbana nas novas zonas de desinvestimento, os subúrbios internos, está intimamente ligada ao aumento da riqueza na cidade.

Assim, dar-se uma olhada mais de perto nos processos contemporâneos de gentrificação e na nova face das cidades, que mudaram ou significativamente desde

meados da década de 1990. Começa-se com uma discussão geral sobre a gentrificação e sugere-se que a torre do condomínio é uma nova forma de gentrificação.

Em seguida, analisam-se algumas das políticas e relatórios que são relevantes para o desenvolvimento urbano atual. Isso será seguido por uma discussão sobre os resultados de um estudo feito sobre moradores de condomínios. Em seguida se discute a relação direito condominial e o direito administrativo público comparado às cotas condominiais.

Conclui-se com uma observação preventiva sobre a estratégia das cidades de permitir formas massivas e homogêneas de condomínios, sem desenvolver instrumentos fortes que ajudem a diversificar a composição socioeconômica dos novos habitantes urbanos.

2 GENTRIFICAÇÃO NAS CIDADES

O campo da pesquisa de gentrificação tem suas raízes na observação de Ruth Glass sobre a transformação do centro de Londres na década de 1960, que fornece uma definição clássica de um processo que ficou conhecido como gentrificação - a transformação de bairros de classe trabalhadora em bairros residenciais de classe média e alta por meio de reinvestimento, onde alguns autores enfatizam que o caráter subcorrente da classe da gentrificação, bem como seu impacto negativo nas comunidades de baixa renda (ANDRADE, 2011).

Desde então, o conceito de gentrificação tornou-se mais elaborado. Não se trata mais apenas da melhoria de casas individuais que, em conjunto com outras, leva à gentrificação, mas o processo em si tornou-se mais complexo: como, no contexto mais amplo de geografias sociais em mudança, se devem distinguir adequadamente entre a reabilitação de habitação do século XIX, a construção de novas torres de condomínio, a abertura de feiras livres para atrair turistas locais e não tão locais, a proliferação de bares e restaurantes - e boutiques para tudo - e a construção de edifícios de escritórios modernos e pós-modernos que empregam milhares de profissionais, todos em busca de um lugar para morar (ANDRADE, 2012).

Por causa de sua complexidade e suas várias formas, pesquisadores em todo o mundo têm tentado rotular formas específicas de gentrificação. Para os fins deste artigo, a gentrificação de nova construção é de interesse específico. Inclui uma

variedade de tipos de construção, por exemplo, moradias e condomínios, bem como *infills* recém-construídos mais próximos do núcleo (MENDONÇA e LACERDA, 2013).

Com ele também veio uma infinidade de termos: regentrificação, super-gentrificação ou finanficação que descreve processos em locais das cidades que experimentaram ondas anteriores de gentrificação; a estudantificação de locais das cidades particulares em cidades e a gentrificação turística em Nova Orleans.

Assim lembra Ley (2015, p. 34) “precisa-se ampliar a definição de gentrificação para incluir renovação e redensolvimento em *sites* não residenciais” que ocorrem em áreas zoneadas para uso comercial, varejo e até industrial. Embora seus processos tenham sido inicialmente identificados como pequenos bolsões de reinvestimento em cidades maiores, como Londres, Nova York, São Francisco e São Paulo, a gentrificação agora se tornou não apenas um fenômeno global, mas também se espalhou para o exterior, incluindo regiões suburbanas e rurais. Com todo esse reinvestimento no ambiente construído nas últimas três décadas, Barat (2009) sugere que se deve revisar a famosa máxima de Berry (1985) que descreve a gentrificação como ilhas de renovação em mares em decadência em seu oposto: “ilhas de decadência em mares de renovação”.

No final da década de 1990, uma onda massiva de reinvestimento de capital em cidades do interior causou uma expansão geográfica acelerada dos processos de gentrificação. Foi descrito Barat (2009) como pós-recessão ou terceira onda gentrificação e é caracterizado da seguinte forma: (1) expandiu-se em ambos os locais das cidades que haviam experimentado ondas anteriores de gentrificação, bem como em locais além do núcleo imediato; (2) incorporadores maiores estão se envolvendo em processos de gentrificação devido à reestruturação e globalização no setor imobiliário; (3) a resistência diminuiu à medida que a classe trabalhadora é continuamente deslocada cada vez mais para as periferias das cidades; e (4) o estado tornou-se mais envolvido nos processos do que antes.

O último ponto é de particular relevância nas grandes cidades brasileiras, onde, nos últimos anos, se vê uma reescrita de políticas que, juntamente com as declarações de visão, estão facilitando os processos de gentrificação (COSTA, 2014).

Nesse entendimento, e graças à crescente influência de São Paulo no restante do Brasil, a classe criativa foi apresentada como o modelo ideal de um burguês que precisa de ambientes urbanos específicos para ser atraído e permanecer. Nas grandes

idades do Brasil, isso leva a atividades que apoiam, direta ou indiretamente, processos de gentrificação (ANDRADE, 2011).

São Paulo não está sozinha em sua tentativa de usar determinados locais como estratégias de marketing de lugar a fim de competir por investimento de capital, turistas e trabalhadores criativos. A relação entre o promotor e esses verdadeiros distritos e processos de gentrificação já foram relatados desde a década de 1980. O que é mais estratégico agora é a ampla utilização de políticas culturais urbanas para atrair e reter investidores e também as novas classes médias; exercícios de *branding* e criação de lugares por meio de projetos de bandeira que fazem parte dessa nova estratégia urbana (ANDRADE, 2011).

Portanto, a gentrificação se transformou em uma estratégia urbana global e está intimamente ligada a políticas urbanas de inspiração neoliberal, materializadas muitas vezes na forma de revanchismo que garantem uma domesticação de locais, tornando o espaço urbano seguro, limpo e seguro para o capital imobiliário, os investidores e as novas classes médias urbanas (ANDRADE, 2012).

O resultado, como Mendonça e Lacerda (2013) apontam, é um projeto que está sendo produzido em massa, comercializado em massa e consumido em massa em todo o mundo. Este é o projeto que assume uma nova forma na forma de novas construções, empreendimentos de condomínios residenciais de alto padrão nas cidades brasileiras.

O crescimento recente de novas construções, desenvolvimento residencial nas cidades na forma de torres de arranha-céus de condomínio ilustra o enorme reinvestimento de capital produtivo no circuito secundário desde o final dos anos 1980 e a recessão do início dos anos 1990. A fim de destacar seu caráter especial, se chama de condomínio. A condição dos locais nas cidades pode ser entendida como a última fase da gentrificação nas cidades (ANDRADE, 2011).

2.1 Gentrificação e Política Urbana

O Estado é o enfermeiro que alimenta o capitalismo de doença em doença, garantindo sua sobrevivência, mas não cura as feridas que inflige de invariabilidade. Mas a boa enfermeira é flexível; ele encontra inúmeras novas maneiras de facilitar o investimento e a acumulação de capital (ANDRADE, 2011).

O *boom* de condomínios nas grandes cidades do Brasil precisa ser entendido dentro do contexto de uma série de novas políticas municipais, com o objetivo de redirecionar o crescimento para áreas já construídas e não construídas, transformando áreas da cidade, rejuvenescendo o social complexos habitacionais e intensificação do tecido urbano existente (ANDRADE, 2012).

Essa intensificação urbana é considerada uma forma saudável, sustentável e eficiente de gerenciar o crescimento populacional existente e projetado nas cidades. Igualmente importantes são as tentativas de vincular a produção de moradias urbanas internas e a necessidade de trabalhadores na economia baseada no conhecimento. Nos últimos anos, vários relatórios foram produzidos que falam sobre a necessidade de fortalecer as indústrias criativas e seus trabalhadores. A aprovação de Planos Diretores nas cidades desde o final de década de 196 foi à primeira na reorientação dos investimentos imobiliários para as cidades; e era muito diferente do "fixe espacial" centrífugo do pós-guerra que permitiu a suburbanização da produção e reprodução (MENDONÇA e LACERDA, 2013).

Demonstrou o compromisso de expandir os setores financeiro, de seguros e imobiliário e lançou as bases para propostas de planejamento posteriores que foram em resposta à crise imobiliária de 1989/1990 e à reestruturação econômica e política que anunciou o processo de tornar-se global (CALDEIRA, 2010).

Essa mudança política dos empregos tradicionais de colarinho azul que fizeram de algumas cidades o coração industrial de suas regiões como São Paulo no Sudeste e Manaus na região Norte e o seu compromisso com a presença de residentes da classe trabalhadora nas periferias das cidades, aconteceu ao mesmo tempo que alguns bairros nasceram (ANDRADE, 2011).

Um empreendimento de médio porte em grande escala que forneceu uma variedade de tipos de moradias - públicas, cooperativas e privadas - é indiscutivelmente o complexo habitacional de renda mista de maior sucesso na cidade de Manaus, no bairro do Parque 10 no final dos anos de 1960 e início dos anos de 1970 (ANDRADE, 2012).

No entanto, com cortes no apoio habitacional federal no final da década de 1980 e cortes provinciais na década de 1990, este exemplo de sucesso permaneceu único. Sem um forte compromisso dos governos estadual e federal, a cidade de Manaus, por exemplo, teve que deixar isso para o setor privado (MENDONÇA e LACERDA, 2013).

Com sua aversão por estruturas residenciais de médio porte, os incorporadores preferem quase exclusivamente prédios de condomínio ou moradias em banda. Isso explica, em certa medida, por que se encontra tantas propostas de torres de condomínio nas tentativas de reconstrução e intensificação de Manaus (CALDEIRA, 2010).

Em 1995, logo após sua posse como governador do Estado do Amazonas, Amazonino Mendes ao lado do prefeito da cidade de Manaus, Eduardo Braga, escolheu o bairro da Cidade Nova como pano de fundo para sua entrevista coletiva para delinear suas novas políticas de desenvolvimento econômico que visavam a rápida conversão de terras próximas a Cidade Nova para uso residencial e misto

A ideia pairava em Manaus, já sugerida pelo ex-governador Gilberto Mestrinho. Estrategicamente encenado, o anúncio do governador Amazonino Mendes sinalizou uma mudança em direção a políticas urbanas que foram vistas pelas elites empresariais como proativas, empreendedoras e um estimulante para o desenvolvimento econômico local: mesmo que não cumprisse sua promessa considerável, ele recupera Manaus imediatamente na linha de frente da formulação de políticas urbanas criativas. Nos anos seguintes, duas áreas ao norte da Cidade Nova, foram zoneadas para permitir usos mistos. De acordo com um desenvolvedor local, a desregulamentação dos estatutos de zoneamento local pela cidade de Manaus tornou tudo mais fácil, abriu toda a área para construção do Nova Cidade.

Combinado com o enfraquecimento do controle dos aluguéis pelo governo decisivamente neoliberal sob a então liderança de Amazonino Mendes, a área foi preparada para usos mais elevados e melhores. Ao mesmo tempo nas áreas do Parque 10 de Novembro e da Ponta Negra proliferaram condomínios de luxo cujas taxas não estavam regulamentadas e muitas vezes não renovavam as taxas.

Nos anos seguintes, o reinvestimento na forma de conversões de residências e empreendimentos de condomínio aumentaram os valores das propriedades nas áreas. Embora seja sempre problemático apontar a origem de um processo até um determinado evento, o anúncio pode ser interpretado como um símbolo importante para despertar um interesse imobiliário renovado pós-recessão na cidade de Manaus.

Demonstra uma nova ênfase na (re) criação de mercados na cidade, tornando as áreas do período fordista novamente produtivas. O renascimento dos "dois reis" foi

considerado um sucesso, e a receita - desregulamentação do zoneamento - foi, de certo modo, uma incubadora e precursora do que ainda estava por vir. O rezoneamento dos 'dois reis' sinalizou a chegada de um novo regime de aprovação de planejamento (LEY, 2015).

Com a fusão, a cidade precisava de um novo Plano Oficial, bem como de uma nova perspectiva econômica, social e cultural sob a égide do Plano Estratégico da Câmara Municipal, foi elaborada uma série de relatórios. A cidade adotou uma postura mais empreendedora, usando sua deficiência financeira como o principal argumento para facilitar e aumentar a influência do setor privado nos processos de construção da cidade (BARAT, 2009).

O empreendedorismo urbano encontrou sua expressão nas políticas urbanas que integraram cada vez mais os interesses imobiliários aos documentos de política, na esperança de reposicionar Manaus na economia nacional. Nesse contexto, processos de gentrificação foram vistos como positivos para o desenvolvimento urbano, despoluindo o interior da cidade e reintroduzindo espaços de consumo, moradias de luxo e novos usos econômicos. Essas políticas urbanas suaves, se administradas municipalmente, permitiriam uma melhoria socioeconômica de locais inteiros e, portanto, tornou-se um meio para transformar Manaus em uma nova cidade com o aumento de empreendimentos de condomínio que valorizou as propriedades nas áreas. (LEY, 2015).

3 NOVAS TENDÊNCIAS EM DIREITO CONDOMINIAL

As políticas habitacionais de longa duração (desde a década de 1960), favorecendo a propriedade generalizada da casa própria por meio do fácil acesso ao crédito e de uma estrutura tributária e legal bem definida, somadas à escassez de liquidez dos bancos devido à crise internacional, causaram o colapso da Economia em 2008, o que o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, chamou de marolinha, interrompendo os empréstimos para a indústria da construção, varejistas e consumidores (AGHIARIAN, 2015).

Esta é uma situação que em grande parte se prolongou em 2016, e também afetou a realidade cotidiana dos condomínios. A crise desencadeou o enfraquecimento do estado de bem-estar (tradicionalmente já fraco). Em 2019, a idade de aposentadoria foi adiada para 65 anos, as aposentadorias públicas estão em constante risco e houve uma redução nos gastos públicos com saúde e educação (SILVA, 2015).

O Brasil foi classificado como tendo o alto índice de risco de pobreza ou exclusão social em 2019 e 2020; um aumento dramático na taxa de desemprego, de 8,26% em 2006 para cerca de 17% e 50% de desemprego jovem em 2020; e um aumento nas tensões sociais e políticas. Em última análise, a crise levou a um número significativo de despejos para muitos hipotecários e inquilinos superendividados, e até mesmo a um aumento na ocupação ilegal (SCAVONE JUNIOR, 2011).

Houve uma média de 55.000 famílias por ano despejadas de suas residências principais devido a uma execução hipotecária no período de 2010-2020, enquanto houve uma média de 45.000 inquilinos despejados por ano no mesmo período. A legislação e as políticas públicas não trataram da posse de habitação escolhas sistematicamente por décadas. A propriedade de uma casa é tradicionalmente encorajada por meio de incentivos (impostos e planos de habitação nacionais eram dirigidos pelo proprietário), acessibilidade (tem havido um mercado de hipotecas desenvolvido, estruturado e profissional e um sistema de securitização de hipotecas maduro desde da década de 1950), segurança e transparência (regras claras para compra e venda, execução hipotecária rápida e porteiros de mercado bem treinados, como advogados, notários públicos e registradores de propriedades) (AVVAD, 2009).

No entanto, esses mecanismos faltavam no mercado de aluguel privado. Enquanto isso, nenhum mercado de posse intermediária (por exemplo, propriedade compartilhada) foi desenvolvido em décadas, enquanto uma nova legislação seria bem vida (BARREIRA, 2018).

Empréstimos imprudentes e más práticas bancárias contribuíram para esta situação, favorecendo a concessão de empréstimos hipotecários a clientes que não puderam pagá-los (por exemplo, altos índices de valor de empréstimo, *swaps* e cláusulas de vencimento negociadas diretamente com os consumidores, angariação desesperada de fundos por parte de bancos que vendem massivamente ações preferenciais aos consumidores a partir de 2009, etc.) (BAUMAN, 2009).

Isso levou a um aumento no número de hipotecas em atraso até 2015, sendo 6% do número total de hipotecas pendentes no final de 2014 (quando em 2006 apenas cerca de 0,5% das hipotecas estavam em atraso). As áreas mais afetadas pela crise e pelos despejos são as regiões Sul e Sudeste do Brasil que são justamente as regiões com maior densidade populacional (BLANCO, 2011).

O fenômeno de “vizinhanças fantasmas” (ou seja, centenas de unidades habitacionais recém-construídas inacabadas ou não alugadas/compradas por ninguém, geralmente nos arredores de cidades; muitos deles são, na verdade, são condomínios) também é mais comum nessas regiões (BRITO, 2002).

O condomínio tem sido um tipo crucial de organização de copropriedade, especialmente — mas não apenas - para edifícios residenciais. Isso contribuiu dramaticamente para o crescimento generalizado da casa própria no Brasil. Em áreas densamente povoadas, o condomínio residencial é a estrutura jurídica mais preferida (CANOTILHO, 2013).

O condomínio (incluindo condomínios multifacetados complexos e condomínios subdivididos em parcelas de terreno) é de longe o tipo mais difundido de modelo usado no Brasil para organizar esquemas que consistem em edifícios com várias unidades ou unidades múltiplas (CANOTILHO, 2013).

Assim, o Código Civil de 2002 reconhece expressamente que a organização do tipo condomínio deu uma contribuição extraordinária nos últimos 50 anos para a universalidade da propriedade privada de bens. O condomínio é saudado como uma das instituições jurídicas fundamentais para garantir o acesso dos cidadãos à propriedade de moradias residenciais (CARMONA, 2015).

Isso se deve principalmente ao fato de que um grande número de edifícios residenciais foram construídos em sucessivos *booms* de construção no Brasil os década de 1970. Isso causou, como já foi assinalado, uma alta densidade populacional em muitas cidades. Alguns desses *booms* de construção foram causados pela migração interna de regiões mais pobres e agrícolas do Brasil para outras mais industrializadas, como a migração durante as décadas de 1950, 1960 e até 1970. Isso criou cinturões populacionais de alta densidade em torno de grandes cidades e novos bairros em torno das grandes cidades (CARVALHO FILHO, 2010).

A arquitetura típica dessas novas cidades e bairros eram edifícios de várias unidades organizados como condomínios. Outros *booms* de construção de condomínios foram causados pelo aumento do turismo internacional desde os anos 1960, que ocorreu à construção em massa de arranha-céus para uso como residência de verão ao longo de quase toda a costa brasileira (CHALHUB, 2011).

O último *boom* imobiliário, que começou em 2005, repentinamente terminou em meados de 2017 devido à atual crise econômica e financeira global. Uma vez que

a longa recessão brasileira iniciada na década de 1990 chegou ao fim, os projetos de construção extensivos não se limitaram às cidades, mas também levaram à criação de bairros muito grandes, novos e densamente povoados nos arredores de cidades grandes e médias, e a maioria das maiores cidades costeiras (AGHIARIAN, 2015).

A Lei nº 4.597/1964, conhecida como Lei dos Condomínios do Brasil refletiu as novas tendências e necessidades em relação aos condomínios, tendo em conta a realidade daquela época. O Código civil de 2002 trata da questão em diversos artigos (Art. 653 e 654 - Sobre o uso de Procurações; Art. 1.331 - Definição do Condomínio Edifício; Art. 1.332 - Registro do Condomínio; Art. 1.333 e 1334 - Convenção do Condomínio; Art. 1.335 e 1.336 - Direito e Deveres do Condômino; Art. 1.336 e 1.337 - Aplicação de Multas por Inadimplência e por Infrações; Art. 1.338 a 1.340 - Vagas e Partes Comuns do Condomínio; Art. 1.341 a 1.343 - Aprovação de Obras no Condomínio; Art. 1.345 - Dívida de Condomínio; Art. 1.346 - Seguro Obrigatório do Condomínio; Art. 1.347 - Eleição de Síndico e Conselho Fiscal; Art. 1.348 - Funções e deveres do Síndico; Art. 1.348 - Representação do Condomínio (Administradoras, Síndicos profissionais, etc.); Art. 1.349 - Destituição do Síndico e Conselho; Art. 1.350 a 1.355 - Assembleias de Condomínio; e, Art. 1.357 e 1.358 - Extinção do Condomínio (SILVA, 2015).

4 AS REGRAS DO CONDOMÍNIO

4.1 As cotas condominiais

A fórmula utilizada para o cálculo das cotas ou valores de participação em um condomínio é uma combinação de vários fatores, a saber, a área útil da unidade medida em metros quadrados, o uso pretendido e a localização da unidade no esquema e as características físicas ou condições de uso permitidas associadas à unidade no título constitutivo do regime, como áreas de uso exclusivo (SCAVONE JUNIOR, 2011).

Assim, a cota para um estabelecimento comercial pode ser maior em função de seu uso comercial do que a cota para unidades residenciais, desde que previsto no título constitutivo. As cotas para unidades com vagas alocadas podem ser maiores do que aquelas sem vagas (CHALHUB, 2011).

A cota de uma unidade é calculada em centésimos. A cota determina a parcela de copropriedade que qualquer proprietário de uma unidade privada tem nos

elementos comuns do plano. Também é usado para alocar a porcentagem de encargos, despesas e benefícios devidos ou assumidos pelo proprietário de uma unidade privada em particular, bem como a participação do proprietário na gestão e administração do condomínio (CARVALHO FILHO, 2010).

Pode haver cotas específicas para despesas específicas. Por exemplo, o estatuto pode prever que os proprietários de apartamentos no térreo não sejam obrigados a contribuir para o custo de manutenção do elevador no edifício (AVVAD, 2009); (BARREIRA, 2018).

4.1 Governança dos condomínios

Um condomínio rege-se, em primeiro lugar, pelo título constitutivo ou pela escritura notarial que institui o regime de condomínio. Esta escritura estabelece a forma como o regime se divide em unidades privadas e bens comuns, bem como a utilização das unidades privadas e outras partes do regime vinculado à unidade. Em segundo lugar, o condomínio é regido pelos estatutos ou regras adotadas para regulamentar o uso das unidades e elementos comuns no condomínio. Se nenhum estatuto tiver sido estipulado para um determinado esquema, as disposições do CC serão aplicadas por padrão (AGHIARIAN, 2015).

Qualquer regime previsto no estatuto, portanto, normalmente será incluído na escritura notarial que estabelece o condomínio, e este documento pode ser registrado no registro de imóveis e, posteriormente, será oponível a qualquer terceiro partes. Os estatutos obrigam os futuros proprietários e todos os ocupantes do edifício, bem como seus visitantes. No entanto, para as atividades cotidianas (ou relações com os vizinhos) um conjunto interno de regras da casa pode ser adotado pela associação de condomínio, que vincula proprietários e usuários do edifício de condomínio multi-unidades (SCAVONE JUNIOR, 2011).

Este conjunto de regras regula a convivência e vizinhança entre os proprietários e o uso da propriedade comum, instalações e equipamento utilizado por todos os residentes. As regras da casa não podem conter quaisquer regras que sejam contrárias às disposições do título constitutivo ou do estatuto do plano (BARREIRA, 2018).

O CC não fornece um modelo de estatuto, mas dá exemplos do possível conteúdo do estatuto. Essas provisões potenciais incluem a localização, uso e exploração de unidades individuais e áreas comuns; limitações sobre o uso de e outros encargos em unidades privadas; a maneira pela qual os direitos podem ser exercidos

e como as obrigações do plano devem ser honradas; e como as receitas, despesas, encargos e benefícios serão distribuídos entre os proprietários das unidades (BLANCO, 2011).

Essas disposições também incidem sobre o órgão de administração do condomínio e a eleição de outros dirigentes administrativos, além do presidente, secretário e gerente que devam ser eleitos nos termos do CC. Finalmente, estas disposições contêm regras relativas à gestão do condomínio. Outras cláusulas do estatuto podem prever a contração, expansão, segregação ou consolidação de elementos privados ou o desprendimento de componentes alocados às unidades privadas para a criação de novas unidades sem o consentimento do conselho de administração, mas com um ajuste das cotas atribuídas a cada nova unidade (CANOTILHO, 2013).

Tal cláusula também pode contemplar a isenção de certas unidades de contribuir para a manutenção e reparo do terreno, escadas, elevadores, jardins e áreas recreativas e outras similares. Podem também tratar do estabelecimento de uma área de uso exclusivo na propriedade comum e, quando aplicável, o fechamento de parte do terreno ou telhado ou qualquer outra área comum para uso exclusivo do proprietário de uma determinada unidade (CARVALHO FILHO, 2010).

Outras questões podem incluir a colocação de uma placa ou aviso na fachada do edifício para anunciar a localização de uma unidade situada na cave do edifício; uma regra que limita as atividades que podem ser realizadas nas unidades privadas; e uma regra concordando em resolver disputas dentro do condomínio por meio de arbitragem ou mediação (CHALHUB, 2011).

5 DIREITO ADMINISTRATIVO

Os padrões emergentes de governança global estão sendo moldados por um corpo pouco notado, mas importante e crescente do direito administrativo global. Este corpo de leis não é atualmente unificado - na verdade, ainda não é um campo organizado de erudição ou prática (SILVA, 2015).

A ideia de um Direito Administrativo Global nasceu na Escola de Direito da Universidade de Nova York e, é um esforço para sistematizar estudos em diversos ambientes nacionais, transnacionais e internacionais relacionados ao direito administrativo de governança global (SILVA, 2015).

A conceituação de direito administrativo global pressupõe a existência de uma administração global ou transnacional. Argumenta-se que existe administração global ou transnacional suficiente para que agora seja possível identificar um "espaço administrativo global" multifacetado, povoado por vários tipos distintos de instituições administrativas regulatórias e vários tipos de entidades que são objetos de regulamentação, incluindo não apenas estados, mas também indivíduos, empresas e ONGs. Mas essa visão é certamente contestada. Muitos advogados internacionais ainda veem a administração em grande parte como a província do estado ou de entidades interestaduais excepcionais com um alto nível de integração, como a União Europeia. Nesta visão, que é complementada pelo que até agora tem sido amplamente doméstico ou foco dos advogados administrativos, a ação internacional pode coordenar e auxiliar a administração interna, mas dada a falta de poder executivo internacional e capacidade, não constitui ação administrativa em si (SOUZA, 2014).

Essa visão, entretanto, é contrariada pelo rápido crescimento dos regimes regulatórios internacionais e transnacionais com componentes e funções administrativas. Alguns dos regimes regulatórios mais densos surgiram na esfera da regulação econômica: as redes e comitês da OCDE, a administração e os comitês da OMC, os comitês do G-7/G-8, estruturas de cooperação antitruste, e regulamentação financeira executada, entre outros, pelo FMI, pelo Comitê da Basileia e pelo Comitê Financeiro (SOUZA, 2014).

A regulamentação ambiental é parcialmente o trabalho de órgãos administrativos não ambientais, como o Banco Mundial, a OCDE e a OMC, mas estruturas regulamentares cada vez mais abrangentes estão sendo estabelecidas em regimes especializados, como o esquema de comércio de emissões prospectivo e o Clean Mecanismo de Desenvolvimento no Protocolo de Quioto (SILVA, 2015).

A ação administrativa é agora um componente importante de muitos regimes de segurança internacional, incluindo o trabalho do Conselho de Segurança da ONU e seus comitês, e em campos relacionados, como regulamentação de energia nuclear (AIEA) ou o mecanismo de supervisão da Convenção de Armas Químicas. A reflexão sobre essas ilustrações indica imediatamente que o panorama extraordinariamente variado da administração global resulta não apenas das áreas de assuntos regulatórios e das diferenciações funcionais correlativas entre as instituições, mas também do caráter multifacetado da administração da governança global (SOUZA, 2014).

O século XX testemunhou um aumento dramático no escopo e na intensidade da regulamentação administrativa. Mercados e outras formas complexas de ordenação privada geram enormes benefícios, mas também ineficiências e falhas de mercado, abusos de poder econômico e posição, degradação ambiental, riscos à segurança, insegurança econômica, dependência e outros males sistêmicos. Em resposta às insuficiências demonstradas do direito privado e penal, as legislaturas adotaram programas administrativos extensivos para prevenir esses males. Esses programas recorrem principalmente ao método de regulação de comando e controle, segundo o qual o governo impõe proibições ou exigências detalhadas sobre a conduta de atores individuais: um banco deve ter determinado capital mínimo; uma usina não pode emitir mais do que uma quantidade especificada de poluição do ar por material particulado; temos que separar o papel e o metal de nosso outro lixo (PIETRO, 2011).

Hoje, quase todas as áreas de atividade estão sujeitas à regulamentação governamental; a segurança física e econômica e bem-estar dependem disso. Praticamente não há área de prática jurídica - seja títulos e finanças, bem-estar infantil, tributação, comércio internacional, habitação, emprego ou quase qualquer outro campo de prática - que não envolva regulamentação administrativa (MEIRELLES, 2012).

5.1 Cotas condominiais e direito administrativo

Em sociedades democráticas liberais, a regulamentação administrativa é regulada pelo direito administrativo. Essa lei define a posição estrutural dos órgãos administrativos dentro do sistema governamental, especifica os procedimentos de decisão que esses órgãos devem seguir e determina a disponibilidade e o escopo da revisão de suas ações pelo judiciário independente (AGHIARIAN, 2015).

Fornece princípios e procedimentos comuns que cortam horizontalmente os muitos campos substantivos diferentes da administração e regulamentação. O núcleo tradicional do direito administrativo tem se concentrado em garantir o estado de direito e proteger a liberdade, garantindo que as agências sigam procedimentos de decisão justos e imparciais, ajam dentro dos limites da autoridade estatutária delegada pela legislatura, e respeitar os direitos privados (CHALHUB, 2011).

Aqui, a função do direito administrativo é principalmente negativa para evitar o exercício administrativo ilegal ou arbitrário de poder coercitivo contra pessoas

privadas. Nas últimas décadas, o direito administrativo dos Brasil também assumiu tarefas afirmativas (SILVA, 2015).

Por meio de novos requisitos procedimentais e abordagens de revisão judicial, ele garante que as agências reguladoras exerçam sua discricção de formulação de políticas de uma maneira que seja fundamentada e responsiva à ampla gama de interesses sociais e econômicos afetados por suas decisões, incluindo os beneficiários dos programas regulatórios aqueles sujeitos a controles regulatórios e sanções como as cotas condominiais (CARVALHO FILHO, 2010).

A lei administrativa inicial baseava-se principalmente em ações de *common law* por cidadãos contra funcionários reguladores como meio de revisão judicial da legalidade administrativa (CARMONA, 2015).

O Congresso Nacional criou uma série de novas agências regulatórias federais e as dotou de poderes muito amplos por meio de estatutos abertos. Essa medida intensificou as ansiedades democráticas ao ponto da crise. As agências foram atacadas como um quarto ramo inconstitucional do governo. Embora a aplicação do modelo tradicional pudesse garantir que as agências agissem dentro dos limites de seus poderes estatutários, esses limites eram tão amplos que permitiam Agências de vastos poderes discricionários, criando um *déficit democrático* palpável e a ameaça do poder arbitrário (SCAVONE JUNIOR, 2011).

O Supremo Tribunal Federal – STF chegou a ponto de derrubar algumas decisões favoráveis às agências, uma medida que não foi repetida desde então. Desde de 1938 com a edição do livro “O Processo Administrativo”, o proeminente administrador do *New Deal* James Landis apelou à noção de gestão regulatória por especialistas para resolver as críticas das agências americanas. No Brasil, essas agências se se iniciaram a partir da CF de 1988, mas nenhuma foi criada até agora ara regular o mercado imobiliário (AVVAD, 2009).

O capitalismo de mercado entrou em colapso, e a tarefa da regulamentação era administrar os negócios ou outros setores da economia para restaurar sua saúde econômica e proteger o público. Esses objetivos podem estar estavam implícitos nos estatutos da agência (CANOTILHO, 2013).

Guiados por experiência e disciplina profissional, administradores especializados adotariam medidas para garantir esses objetivos de interesse público.

Por esses meios, a burocracia reguladora iria refrescar eternamente seu vigor da corrente de desejos democráticos (BARREIRA, 2018).

Conseqüentemente haveria apenas uma necessidade e um papel limitados para audiências legais formais ou judiciais. A revisão com base em concepções de direitos privados; tais concepções eram inconsistentes com a ampla discricão gerencial necessária para aumentar a produtividade econômica (BAUMAN, 2009); (BLANCO, 2011).

6 CONCLUSÃO

É necessário se manter um ceticismo saudável em relação a essas propostas e, em particular, se deve resistir à tentação de equiparar os arranjos de governança baseados na representação dos interesses das partes interessadas com o governo democrático com o direito privado.

Deve-se também estar cientes do risco de que a atribuição de um papel muito grande para os representantes das partes interessadas possa comprometer a capacidade dos regimes internacionais de desempenhar com êxito suas funções primárias. Aqui, novamente, a tensão entre responsabilidade e eficiência se apresenta. A liberalização do comércio internacional nos últimos cinquenta anos trouxe enormes benefícios econômicos, inclusive para os países em desenvolvimento.

Esses mesmos benefícios teriam ocorrido sob um regime internacional de governança das partes interessadas que inevitavelmente tenderia a se concentrar em fatiar o bolo econômico em vez de expandi-lo. Nem as redes de partes interessadas nem a perícia administrativa especializada podem substituir as formas representativas de governo democrático com base na legitimação eleitoral.

Esta não é simplesmente ou principalmente uma questão de preservar a soberania de estados poderosos como os Estados Unidos. Apesar de toda a conversa sobre globalização, o bem-estar dos indivíduos, principalmente daqueles nos países pobres, depende, em última análise, do bom funcionamento dos governos nacionais.

Esta nota assume que qualquer condomínio exigirá um dispositivo para prevenir a intrusão indesejável como parte de sua forma de governança. Claramente um pacto contra o uso ou ocupação por uma certa classe de pessoas não apenas convida a uma decisão de invalidez como discriminatório, mas também deixa sem solução o problema

de reservar aos proprietários das unidades a oportunidade de escolher seus destinos, inclusive com relação as cotas condominiais.

A maioria dos estudos que reconhecem o dilema do direito de propriedade em condomínios e analisa o desempenho do condomínio usando variáveis explicativas, como características da casa e da construção. Aqui foi incluída a questão do direito administrativo de governança que explicam a interação entre a instituição formal, como a lei de propriedade, e a auto-organização e participação dos coproprietários com a lei pública.

Apesar de o desenho da pesquisa estar totalmente focado no papel da lei, não se pode isolar o efeito da lei de outros fatores; se pode apenas sugerir relações com base nas descobertas e apresentar o raciocínio sobre a relação entre a lei e as variáveis. Apesar dessas limitações, pensa-se que os resultados podem ser usados para racionalizar os mecanismos de condomínio. A combinação das percepções dos residentes com outros processos de condomínio mais formais demonstra que os mecanismos de governança estão implícitos na posse do condomínio, criando uma ponte entre a teoria e o cenário empírico.

REFERÊNCIAS

AGHIARIAN, H. **Curso de direito imobiliário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ANDRADE, L. T. de. **Condomínios fechados da Região Metropolitana de Belo Horizonte**: novas e velhas experiências. Anais do IX Encontro Nacional da ANPUR, Rio de Janeiro, 28 de maio e 1 de junho, vol. 2, pp. 936-943, 2011.

ANDRADE, L. T. **Segregação socioespacial e vida cotidiana**: o caso dos condomínios fechados. XXVI Encontro Nacional da ANPOCS, GT 02 Cidade, Metropolização e Governança Urbana, Caxambu, 22 a 26 de outubro, 2012.

AVVAD, P. E. **Direito imobiliário**. Teoria geral e negócios imobiliários. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARAT, J. **Planejamento urbano**. Brasília: Brasiliense, 2009.

BARREIRA, M. B. **Direito urbanístico e o município**. In: FERNANDES, Edésio. Direito urbanístico. 3 ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2018.

- BAUMAN, Z. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- BLANCO, G. I. **Folgado. Loteamentos fechados**. Condomínios fictícios. Dissertação (Mestrado). 2011. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.
- BRITO, R. A. T. de. **Incorporação imobiliária à luz do CDC**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CALDEIRA, T. P. do R. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. São Paulo Edit. 34/Edusp, 2010.
- CANOTILHO, J.J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2013.
- CARMONA, P. A. C. **Curso de direito urbanístico**. Salvador- BA: Jus Podivm, 2015.
- CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CHALHUB, M. N. **Condomínio de lotes de terreno urbano**. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (org.). Doutrinas essenciais. IV: Direito registral. Registro imobiliário: modificações da propriedade. São Paulo: RT, 2011.
- COSTA, H. S. de Moura. Natureza, mercado e cultura: caminhos da expansão metropolitana de Belo Horizonte. In: MENDONÇA, Jupira Gomes e LACERDA, Maria Helena (Orgs.). População, espaço e gestão na metrópole: novas configurações, velhas desigualdades. Belo Horizonte, PUC Minas, 2014.
- LEY, D. **Existem limites para a generificação?** The Contexts of Impeded Gentrification in Vancouver, *Urban Studies* 45, no. 12 (2008): 2471–98, 2015.
- MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo. 5 ed. RT, 2012.
- MENDONÇA, J. G.; LACERDA, M. H. (Orgs.). **População, espaço e gestão na metrópole: novas configurações, velhas desigualdades**. Belo Horizonte, PUC Minas, 2013.
- PIETRO. M. S. Z. **Direito administrativo**. São Paulo. 12 ed. RT, 2011.
- SCAVONE JUNIOR, L. A. **Direito imobiliário**. Teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, J. A. da. **Direito urbanístico brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SOUZA, K. L. Direito administrativo global. São Paulo. RT, 2014.

SUSPEIÇÃO: UMA ANÁLISE DO JULGADO HC CASO LULA

DOUGLASMAR DO CARMO GAMA:

Bacharelando do Curso de Direito da
Faculdade Serra do Carmo.

ENIO WALCACER³⁴

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo principal fazer uma análise do Habeas Corpus 164.493 que como remédio constitucional buscava também o reconhecimento da exceção de suspeição do magistrado que julgou o paciente. O estudo realizado aqui tem a intenção de evidenciar e analisar a importância do princípio da imparcialidade do julgador a luz do juiz natural, e como o devido processo legal é vital para a democracia e garantia de direitos de primeira geração. Ademais, traz entendimentos de autores renomados sobre o tema e ao concluir evidenciamos a vital importância da observância dos preceitos legais no processo para salutar ordem jurídica nacional.

Palavras-chave: Exceção de suspeição. STF. Habeas Corpus. Voto. juiz natural. Lava Jato. processo legal. imparcialidade.

ABSTRACT: The main objective of this article is to analyze Habeas Corpus 164.493 which, as a constitutional remedy, also sought to recognize the exception of suspicion of the magistrate who tried the patient. The study carried out here is intended to highlight and analyze the importance of the principle of impartiality of the judge in the light of the natural judge, and how due process is vital to democracy and the guarantee of rights of the first generation. In addition, it brings understandings from renowned authors on the subject and, in conclusion, we highlight the vital importance of observing the legal precepts in the process for the healthy national legal order.

Keywords: Exception of suspicion. STF. Habeas Corpus. Vote. natural judge. Lava Jato. legal process. impartiality.

1 INTRODUÇÃO

³⁴ Docente de Graduação da Faculdade Serra do Carmo.

A imparcialidade do juiz é um elemento fundamental no processo brasileiro, embora o escopo deste trabalho visa analisar no que diz respeito ao processo penal, a equidistância que deve o magistrado manter em relação as partes na relação jurídica e de relevante importância no curso de qualquer lide.

O objetivo principal da pesquisa visa analisar o julgado Habeas Corpus 164.493 impetrado em face do Supremo Tribunal Federal, e assim identificar os elementos principais dos votos dos magistrados a respeito da suspeição do juiz. A crescente preocupação com a observância dos princípios consagrados pela constituição federal de 1988 e também pelo Código de processo penal, a luz da separação entre sistema acusatório e sistema inquisitório, a gestão da prova e o princípio do juiz natural.

Para pesquisa será utilizado metodologia qualitativa exploratória, descritiva. Como fundamento teórico foi usado, doutrinas, jornais de grande circulação, artigos científicos, bem como estudo do Código de processo penal 1941 e Constituição Federal 1988.

2 A IMPARCIALIDADE DO JUIZ COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

A Imparcialidade do juiz é um elemento fundamental para o exercício da atividade jurisdicional, pois o pressuposto processual é que o julgamento seja feito por um terceiro que não detém nenhum interesse na causa penal.

No que tange a imparcialidade do juiz, o Código de Processo Penal traz as hipóteses em que há elementos aptos a apontar para a parcialidade do juiz, seja em razão de impedimentos, como o disposto no art. 252 do CPP, seja em razão da suspeição, nas causas dadas pelo art. 253 do CPP.

A ideia principal trazida por esses dispositivos é a manutenção do princípio do juiz natural em que objetiva preservar o papel de imparcialidade e equidistância dentro do processo penal. O poder de decisão do magistrado é limitado, também, pela impedição de atuação de ofício, devendo o magistrado tão somente decidir quando provocado por uma das partes do processo.

A atuação apenas mediante provocação das partes, e a evitação de máculas que impeçam ao juiz de ser visto como imparcial no processo, demandam que elementos objetivos e subjetivos sejam analisados quando de sua atuação no caso concreto, em cada processo em que seja demandado a atuar, em especial em casos penais, em que se encontra em jogo a liberdade.

O juiz de um caso penal deverá ter ingressado de acordo com as previsões processuais legais, preservando assim sua investidura, também deverá ser constituído

por órgão previamente instituído para esclarecimento de determinado crime, preservando assim sua competência.

Os desdobramentos sobre imparcialidade e inércia do magistrado ficam a cabo de que o mesmo não deve ter vínculos objetivos ou subjetivos com quaisquer das partes do processo, e não deve agir de ofício, deve decidir somente quando provocado por algum dos sujeitos processuais, a não ser nos casos de garantias de direito fundamental do acusado, esse esquelético desdobramento preserva assim a ideia de equidistância processual.

Como sintetiza Antônio Magalhães Gomes Filho:

a imparcialidade constitui um valor que se manifesta, sobretudo no âmbito interno do processo, traduzindo a exigência de que na direção de toda a atividade processual – e especialmente nos momentos de decisão – o juiz se coloque sempre super partes, conduzindo-se como um terceiro desinteressado, acima, portanto, dos interesses em conflito. (GOMES FILHO, 2001, p. 37)

A Constituição traz em diversos dispositivos a necessidade de um juiz imparcial, inerte, previamente escolhido, como garantia do jurisdicionado de que será julgado ou terá a sua causa julgada por um juiz que não sofra os influxos de pressões externas ou mesmo pressões de preferência pessoais no julgamento das causas a ele submetidas.

Assim sendo, o sujeito só deve ser processado e condenado pela autoridade competente, ou seja, é necessário que, antes da prática do ato criminoso, se possa ter o conhecimento de qual tribunal e quem é o juiz que irá julgar o caso. Para assim evitar tribunal ou julgamento de exceção garantindo que o indivíduo seja julgado por um juiz competente, ou seja, aquele constituído pela lei processual penal antes da prática do ato.

A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória (LOPES JR., 2016, p. 63)

Para Lopes Jr. (2021), o juiz assume um novo posicionamento no Estado democrático de direito, e a legitimidade de sua ação não é política, mas constitucional, expressa na função de proteger os direitos fundamentais de todos, ainda que deva se

posicionar contra a opinião da maioria, e por isso detém as suas garantias (prerrogativas), mas por outro lado detém vedações de atuação.

2.1 O SISTEMA DE EXCEÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

No processo penal podemos dividir a defesa em direta e indireta que como procedimento incidental deve assim ser analisada antes do mérito. No que se entende por defesa direta trata-se da discussão referente ao mérito da questão, da causa penal, do crime em si. Já a respeito da defesa na sua forma Indireta, e a investida a questões formais do processo, que podem acarretar uma extinção do processo sem análise de mérito ou mesmo a sua dilação.

Estas, irão atuar em processo independente do principal, ou seja, em apartado, que não irão possuir em regra efeitos suspensivos. O CPP divide as exceções, que são as questões anteriores ao mérito (preliminares), com a seguinte divisão:

Art. 95. Poderão ser opostas as exceções de:

- I - Suspeição;
- II - Incompetência de juízo;
- III - litispendência;
- IV - Ilegitimidade de parte;
- V - Coisa julgada. (BRASIL, 1941)

Para Lopes Jr., as exceções detêm inspiração nas teorias de Bülow, como explicita em sua doutrina quando aduz que as exceções detêm “[...] clara inspiração em BÜLOW, na clássica obra *La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales*, a doutrina costuma classificar as exceções em dilatórias ou peremptórias.” (LOPES JR., 2019, p. 382)

Partindo desta premissa introdutória, e nos afiliando ao defendido por Aury Lopes Jr., as exceções se dividem em dilatórias e peremptórias. As exceções dilatórias expandem o prazo do processo não afetando diretamente o tramite do julgado principal pois não tem força para extinguir o processo em via de regra, mas visam corrigir questão processual causando dilação de caráter incidental a ser tratado em autos apartados. Já as exceções peremptórias objetivam a extinção do processo sem a resolução do mérito, da causa criminal.

No que se diz respeito as exceções, nos casos que geram litispendência e coisa julgada Lopes Jr., cita ainda que:

as exceções peremptórias, na medida em que, uma vez acolhidas, extinguem o processo. São os casos de litispendência e coisa julgada. A litispendência conduzirá inexoravelmente à extinção de um dos processos, daí por que, em que pese a possibilidade de uma dilação, diante da necessidade de resolver quem é o juiz com competência prevalente, ela é, na verdade, uma exceção peremptória. (LOPES JR., 2019, p. 382)

2.1.1 EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO

Esta espécie de exceção tem em sua finalidade atacar desvios de imparcialidade ou mesmo a falta de isenção por questões subjetivas. Podendo ela ser manifestada pelas partes, incluindo o assistente de acusação, de forma pessoal ou por procurador, desde que com poderes especiais. Quando ao acuso podendo se manifestar na defesa inicial e pelo querelante na petição inicial, mesmo assim pode ser manifestada em outro momento no processo quando tomar conhecimento da suspeição.

Determina o art. 96 do CPP que a arguição de suspeição precederá a qualquer outra, salvo quando fundada em motivo superveniente.

A suspeição cria um motivo para imediata cessação de toda interferência ou atuação daquela pessoa (juiz, promotor, perito, intérpretes, serventuários ou funcionários da Justiça). (LOPES JR., 2019, p. 384)

Para Lopes Jr. (2019), tal sua relevância, que ela precederá a toda e qualquer outra, pois constitui uma questão a ser decidida imediatamente, para só depois de resolvida haver a análise das demais. A exceção de suspeição poderá ser oposta em relação ao julgador, promotor, perito, intérpretes ou servidores da Justiça que tenham qualquer tipo de ingerência sobre aquele processo. A questão é muito relevante, pois envolve, em última análise, a própria credibilidade e legitimidade do sistema de administração da Justiça.

Para que a questão fique mais ilustrativa, as causas de suspeição e impedimento seguem previstas nos artigos 254 do Código de Processo Penal, o qual reproduzimos aqui:

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

- I – Se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;
- II – Se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver

respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III – Se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV – Se tiver aconselhado qualquer das partes;

V – Se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI – Se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo. (BRASIL, 1941)

A suspeição pode ser oposta por alguma das partes, sendo que neste caso pode ele aceitar a suspeição e, sendo assim, juntará a petição aos autos e em despacho se declarará suspeito. Caso não aceite a suspeição, a petição será autuada em apartado, como incidente processual, apresentando-se resposta do Juiz em 3 dias e remetida ao tribunal em 24 horas.

No Tribunal será realizada a instrução com oitiva das testemunhas e citando-se as partes para manifestarem-se, sendo as partes o Juiz (exceto) e o excipiente (parte que alegou a suspeição). Caso o tribunal julgue procedente a exceção, ficam anulados todos os atos praticados pelo juiz.

O juiz também pode ele mesmo se declarar suspeito de ofício, fazendo para tal declaração dos motivos legais pelos quais deve se afastar do processo, será nesse caso o processo remetido para o seu substituto legal, sendo esta decisão irrecorrível.

3 A SUSPEIÇÃO NO HC (164493) JUNTO AO STF: A SUSPEIÇÃO DO ENTÃO JUIZ SÉRGIO MORO NO CASO LULA

O *Habeas Corpus* que alegou a suspeição do agora ex Juiz Sergio moro, foi impetrado pela defesa de Lula em novembro de 2018, data qual ainda não havia sido revelado as conversas hackeadas, expostas no portal Intercept Brasil.

(Habeas Corpus 164.493 Paraná) O Pedido se baseava, entre outras alegações, na nomeação do juiz ao cargo de Ministro da Defesa, no governo do presidente Jair Bolsonaro. Segundo a defesa esta nomeação teria deixado claro interesse político do juiz nas condenações do réu. O HC com pedido de liminar apresentado pela defesa de Lula que soma ao total 73 páginas, traz diversos argumentos para justificar o pedido, um deles se trata da condução coercitiva do réu, mesmo sem prévia negativa de depoimento por parte de Lula, a defesa alega caráter midiático e indício de parcialidade do juiz.

Decorrente dessas condenações decorreu a inelegibilidade de Lula, com base na Lei da Ficha Limpa, sendo que as condenações quando submetidas aos tribunais TRF-4 e posteriormente STJ foram nos dois casos confirmadas, deixando o réu fora do pleito político.

As conversas reveladas e expostas pelo site Intercept, trouxeram novo folego a defesa que a época se manifestou da seguinte forma:

Denotam o completo rompimento da imparcialidade objetiva e subjetiva do então juiz. Os diálogos, caso verdadeiros, indicam Moro teria dado conselhos ao Ministério Público quando era juiz, o que é proibido pela legislação brasileira. (ARBEX, 2019, Online)

A análise do pedido teve início no final de 2018, nesta data já haviam apresentado voto os ministros Fachin e Carmen Lúcia, ambos não reconhecendo a suspeição do juiz mantendo assim as condenações. O Julgado foi interrompido pelo pedido de vista do ministro Gilmar Mendes.

3.1 OS VOTOS PELA IMPROCEDÊNCIA DA SUSPEIÇÃO DO JUIZ MORO

O Min. Edson Fachin, em seu voto, argumentou que o HC impetrado deveria se atentar aos pedidos da inicial e assim, fundamentado em sete itens apresentados pela defesa em seu pedido:

1. No deferimento da condução coercitiva do paciente e de familiares seus, ocorrida em 4.3.2016, sem que tenha havido prévia intimação para oitiva pela autoridade policial;
2. Na autorização para a interceptação de ramais telefônicos pertencentes ao paciente, familiares e advogados antes de adotadas outras medidas investigativas;
3. Na divulgação, no dia 16.3.2016, do conteúdo de áudios captados em decorrência das interceptações telefônicas autorizadas;
4. No momento histórico em que tais provimentos jurisdicionais foram exarados, pontuando os impetrantes que “[A]s principais figuras públicas hostilizadas pelos

apoiadores do impedimento eram a ex-Presidente Dilma e o Paciente”;

5. Na condenação do paciente, reputada injusta pela defesa técnica, em sentença proferida no dia 12.7.2017;
6. Na atuação impeditiva ao cumprimento da ordem de soltura do paciente exarada pelo Desembargador Federal Rogério Favreto, no dia 8.7.2018, em decisão liminar proferida nos autos do HC 5025614-40.2018.4.04.0000;
7. Na aceitação do convite feito pelo Presidente da República eleito no pleito de 2018 para ocupar o cargo de Ministro da Justiça, a indicar que toda essa atuação pretérita estaria voltada a tal desiderato. (STF, 2021, Online)

À luz desses fatos, o Ministro relator entendeu que não conhecia do HC pelos motivos que se seguem.

(STF, 2021, Online) Conforme o ministro indagou, os quatro primeiros argumentos já haviam sido analisados em três outras exceções de suspeições anteriormente opostas, das quais já transitaram em julgado, e ainda, não se encontrava qualquer argumento ou elemento novo nas alegações que permitiam afastar a presunção de imparcialidade do magistrado.

Já sobre os demais argumentos apresentados pela defesa (três), segundo Fachin, além de não se amoldarem as hipóteses taxativas do artigo 254 do CPP não foram apresentados a conhecimento das instâncias inferiores o que já seria motivo para afastar a possibilidade de serem examinados pelo STF.

O Magistrado complementou a sua síntese relatando ver com dificuldade julgar a suspeição com base em uso de material apreendido com os hackers na Operação Spoofing, no entanto, o teor das mensagens é grave segundo o ministro e merecem ser apurados, pois o seu conteúdo pode conferir novo sentido aos fatos, porém para isso deveriam passar por perícia e seguir investigação própria para serem colocadas em contexto.

O voto do ministro Fachin, se assemelha com os argumentos utilizados pelo colega Nunes marques, que enfatizou no voto que o Tribunal regional do trabalho da 4ª Região já havia negado três exceções de suspeição apresentadas pela defesa, desse modo as alegações novamente feitas pela defesa do réu não trazem fato novo e já foram analisadas antes.

Outros pontos importantes do voto do ministro Kassio se deu a respeito das conversas fruto de material da operação spoofing do qual se manifestou:

Se as mensagens trocadas por Moro e os procuradores da Lava Jato em Curitiba tivessem sido obtidas por meio lícito e tivessem tido o seu teor e autenticidades atestados oficialmente alegadamente teriam aptidão de alegar parcialidade de juiz. Se aceitasse essas provas, seria uma forma transversa de legalizar a atividade hacker no Brasil. (STF, 2021, Online)

Desta forma, se formou os votos vencidos dos ministros Fachin e Nunes Marques. Conforme visto se assemelham em entendimento intrínseco, trabalhando nos pontos elencados pela defesa e afastando o uso de conversas que deveriam sim, ser analisadas em processo próprio como ressaltou o Ministro Fachin, pois carecem de resposta do judiciário.

3.2 DOS VOTOS QUE FIZERAM MAIORIA E ENTENDERAM PELA SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO.

Dos novos que fizeram maioria para reconhecimento da suspeição, destacamos o voto do ministro Gilmar Mendes, por ser aquele que engloba o maior número de elementos também presentes nos votos dos ministros que entenderam pela suspeição.

O ministro analisou ponto a ponto os fatos trazidos pela defesa do réu, que indicavam a parcialidade do ex-juiz.

O primeiro ponto a condução coercitiva do réu, Gilmar Mendes, lembrou que depois do ocorrido a mesma se manifestou sobre a prática:

No caso específico, já naquela época, a medida foi duramente criticada por membros do Poder Judiciário, da advocacia e até mesmo por vozes isoladas da mídia, considerando que a realização da condução foi objeto de intensa exploração nos meios de comunicação. A decisão de levar o ex-presidente para depor no aeroporto de Congonhas em São Paulo tornou pouco crível a justificativa de que seu intuito seria de evitar tumulto. (STF, 2021, Online)

O Segundo ponto se trata da interceptação telefônica do escritório de advocacia:

No dia 23/02/2015 o juízo tomou conhecimento de que se tratava da sede da advocacia. A autoridade judicial não tomou nenhuma providência, segundo o magistrado interceptação de escritório de advocacia é coisa de estado totalitário. Porque o direito de defesa desaparece, sucumbe.

Havia no âmbito da força tarefa uma verdadeira guerra de versões, os membros do MPF e o próprio juiz Sergio Moro tentavam a qualquer custo justificar a interceptação do advogado, atribuindo-lhe status de investigado. Essa versão dos fatos não explicava, no entanto, a interceptação do ramal tronco do escritório de advocacia. Esse ponto era difícil de ser explicado por qualquer um, afirma Gilmar. (STF, 2021, Online)

O Terceiro ponto indicativo de parcialidade do juiz analisado pelo ministro, diz respeito as divulgações pontuais de áudios:

Mesmo sabedor de que a competência sobre tais atos não era mais sua, tendo em vista a menção de autoridade com prerrogativa de foro, no caso, a ex-presidente Dilma Rousseff, o ex-juiz, em decisão bastante singular e desconectada de qualquer precedente conhecido, levantou o sigilo dos autos com o intuito – hoje relevado incontestemente – de expor publicamente o ex-presidente Lula, corroborando uma narrativa de incriminação. O caráter questionável da medida é reforçado pelo fato de ela ter exposto diálogos que foram captados em intervalos de tempo posteriores ao autorizado judicialmente, uma vez que as operadoras de telefonia demoraram a cumprir a ordem do ex-juiz Moro e o sistema usado pela PF continuou captando as ligações. (STF, 2021, Online)

O quanto quesito, atuação do ex-juiz com objetivo de impedir a ordem de soltura do réu, usando para isso estratégia que descumpria a ordem do desembargador Rogério Favreto, do TRF4, segundo o ministro:

Mesmo sem jurisdição sobre o caso e em período de férias, o ex-juiz Sergio Moro atuou intensamente para evitar o cumprimento da ordem, a ponto de telefonar ao então Diretor-Geral da Polícia Federal Maurício Valeixo e sustentar o descumprimento da liminar, agindo como se membro do Ministério Público fosse, com o objetivo de manter a prisão de réu em caso que já havia se manifestado como julgador. Estamos diante do absurdo de

um juiz de primeiro grau fazer as vezes da acusação e, sorrateira e clandestinamente, recorrer da decisão proferida pelo Tribunal. Ainda sobre a questão o ministro complementou que: em atuação de inequívoco desserviço e desrespeito ao sistema jurisdicional e ao Estado de Direito, o juiz irroga-se de autoridade ímpar, absolutista, acima da própria Justiça, conduzindo o processo ao seu livre arbítrio, bradando sua independência funcional. É inaceitável, sob qualquer perspectiva, esse tipo de comportamento. (STF, 2021, Online)

O quinto quesito, versa sobre a condenação imposta pelo togado ao réu, onde no seio da sentença, citou que a defesa teria atuado de modo agressivo, nesse quesito o Magistrado entende que há uma contradição:

De um lado, uma estratégia agressiva de investigação, e de outro, uma sensibilidade de donzela para as palavras da defesa. O ministro disse que a absoluta contaminação da sentença proferida pelo / resta cristalina quando examinado o histórico de cooperação espúria entre o juiz e o órgão da acusação. Gilmar Mendes citou um dos diálogos do Telegram para exemplificar: Em fevereiro de 2016, quando o reclamante ainda estava sendo investigado, o ex-juiz Sergio Moro chegou a indagar ao procurador Deltan Dallagnol se já havia uma denúncia sólida ou suficiente, o procurador responde apresentando um verdadeiro resumo das razões acusatórias do MP, de modo a antecipar a apreciação do magistrado. (...) A prática de se antecipar o conteúdo de manifestações técnicas fora dos autos fazia parte da rotina do conluio. (STF, 2021, Online)

O sexto elemento, o levantamento do sigilo da delação de Antônio Palocci Filho, onde ficam evidente fortes indícios de parcialidade onde o juiz Moro, determinou o levantamento do sigilo algumas partes dos depoimentos prestados dias antes do primeiro turno das eleições presidenciais da qual Lula era candidato:

Chamam a atenção as circunstâncias em que ocorreram a juntada desta delação. Em primeiro lugar, verifica-se que, quando referido acordo foi juntado aos autos da referida ação penal, a fase de instrução processual já havia sido encerrada, o que sugere que os termos do referido acordo sequer estariam aptos a fundamentar a prolação da sentença. Em segundo lugar,

verifica-se que o acordo foi juntado aos autos do processo penal cerca de três meses após a decisão judicial que o homologou. Para o ministro, essas circunstâncias, quando examinadas de forma holística, são vetores indicativos da quebra da imparcialidade por parte do magistrado. Essa demora parece ter sido cuidadosamente planejada pelo magistrado para gerar um verdadeiro fato político, na semana que antecedia o primeiro turno das eleições presidenciais de 2018, afirmou Mendes. (STF, 2021, Online)

Não obstante o elemento anterior, a de verificar o sétimo fato do writ no voto do ministro Gilmar Mendes, do qual se fez o Ex-juiz assumir ministério da justiça no governo Bolsonaro, o qual em embate político com o réu julgado por Moro, vejamos os ponderadores de Mendes:

Todos estes fatos me levam a indagar: qual país democrático aceitaria como ministro da Justiça o ex-juiz que afastou o principal adversário do presidente eleito na disputa eleitoral? Em qual nação governada sob o manto de uma Constituição isso seria compatível? Em que localidade o princípio da separação dos poderes admitiria tal enredo?

Isso, por si só, já demonstra o interesse político pessoal do ex-juiz Sergio Moro. Houve evidente atuação inclinada a condenar e prender Luiz Inácio Lula da Silva a qualquer custo, fazendo o que fosse necessário, até a violação de direito fundamental que eventualmente isso obstar. (STF, 2021, Online)

O voto do ministro Gilmar mendes, se baseia nesses sete elementos, dentro deles a se destacar os fortes indícios de parcialidade encontrados principalmente nos elementos seis e sete do voto. Fizeram frente para encampar a suspeição a ministra Carmem Lucia e o Ministro Ricardo Lewandowski, ainda que os ministros citados endossam a linha de entendimento do writ apresentada por Gilmar mendes, fazendo-se destacar alguns pontos do voto do ministro Lewandowski pelos seguintes trechos:

O ministro Ricardo Lewandowski afirmou que ficou demonstrada a indisfarçada parcialidade de todos os atores institucionais que atuaram na condenação de Lula.

Para o magistrado, Moro não apenas agiu com suspeição e parcialidade como praticou abuso de poder. Segundo Lewandowski, o ex-juiz federal manifestou completo menosprezo pelo sistema processual por meio da usurpação das atribuições do Ministério Público Federal e mesmo da Polícia

Federal, além de ofensa aos princípios do juiz natural e do devido processo legal. (STF, 2021, Online)

Por fim e não menos importante, o voto da ministra Cármen Lúcia, inobstante ao já relatado nos outros votos, entendeu que havia elementos suficientes para acolher a suspeição do juiz, do qual podemos destacar o seguinte ponto:

O que se discute basicamente é algo que pra mim é basilar, que está na pauta desde o primeiro momento, foi mudando o contorno, o cenário e a compreensão do que se tinha. Todo mundo tem direito a um julgamento justo, por um juiz imparcial, tribunal independente e, principalmente, no qual possa comprovar todos os comportamentos que foram aos poucos sedimentados. (STF, 2021, Online)

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Contudo, a função do juiz como garantidor dos direitos no processo, é fundamental para o equilíbrio das forças. O Estado como aquele ao qual possui como uma de suas finalidades a de garantir os direitos fundamentais da liberdade e locomoção do indivíduo, garantindo ao mesmo na forma da lei maior que esse direito não será restringido de forma arbitrária pelo Estado, respeitando para tanto o devido processo legal para que se tenha essa grave privação.

O devido processo legal e, portanto, um princípio expresso na constituição, que visa proporcionar segurança jurídica, para que alguém não seja julgando fora do que a lei permite, e para que o réu disponha dos remédios para recorrer quando entender que está sendo vítima de um julgamento eivado de vício.

Este artigo baseado na análise friamente processual como o tema exige, do Habeas Corpus 164493, traz um demonstrativo claro de suspeição, assim identificado em diversos pontos conforme exposto anteriormente na análise dos votos, devendo ser destacado a importância de punir as práticas de crimes seja eles quais forem, mais a criação de um ambiente orquestrado e artificialmente popularizado para que se possa aceitar a ideia de justiça a qualquer custo, trazer sérios problemas de insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BADARÓ, Gustavo. A conexão no processo penal, segundo o princípio do juiz natural, e sua aplicação nos processos da Operação Lava Jato. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 122, p. 171-204, 2016.

STASIAK, Vladimir. O Princípio do Juiz Natural e Suas Implicações no Processo Penal Brasileiro. **Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, v. 3, n. 1, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 mai. 2021.

CONSULTOR JURÍDICO. '**Caso Lula**': o capítulo final do julgamento do **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-22/bruno-ribeiro-lula-capitulo-final-julgamento-stf>. Acesso em: 2 abr. 2021.

CONSULTOR JURÍDICO. **Gilmar e Lewandowski votam por considerar Moro suspeito para anular ação**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-09/gilmar-vota-considerar-moro-suspeito-anular-acao-triplex>. Acesso em: 1 abr. 2021.

CONSULTOR JURÍDICO. **Nunes Marques vota contra suspeição de Sergio Moro em julgamentos de Lula**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-23/nunes-marques-vota-suspeicao-sergio-moro-acompanhe>. Acesso em: 1 abr. 2021.

EL PAÍS. **Comitê de Direitos Humanos da ONU diz que Brasil deve garantir direitos políticos de Lula**. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/17/politica/1534523449_561893.html. Acesso em: 1 abr. 2021.

FOLHA DE SAO PAULO. **Defesa de Lula diz ao STF que diálogos de Moro revelam imparcialidade rompida**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/defesa-de-lula-diz-ao-stf-que-dialogos-de-moro-revelam-imparcialidade-rompida.shtml>. Acesso em: 15 mai. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021. **Habeas Corpus 164.493 Paraná**. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin, 23 maio 2021. Disponível em:



<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5581966> acesso em 01 abr. 2021.

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO FEDERAL: PRINCÍPIO DA PRÉVIA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

ANA FLAVIA CAMPOY GOMES:

Bacharelada em Direito pela
Universidade Brasil, Campus
Fernandópolis.

MATHEUS LUCATTO DE CAMPOS

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo buscar informações no que concerne a problemática que afeta diretamente o sistema investigatório brasileiro, fornecendo conhecimento e apresentando argumentos que caracterizam a investigação criminal e, especialmente, com foco ao princípio da prévia investigação criminal. Não se limitando apenas a temáticas específicas, espera-se que por meio desta análise, seja possível adquirir conhecimentos advindos de pesquisas bibliográficas e completo entendimento de contextos como, conceito de investigação criminal, evolução histórica, a investigação criminal e sua indispensabilidade no processo penal brasileiro, conceito de processo penal, assim como, princípios cabíveis à primeira fase do processo penal, e por último, prioritariamente, o princípio da prévia investigação criminal. Além de mencionar características essenciais da investigação criminal, este trabalho tem o propósito de ressaltar a importância da prévia investigação, pois em um Estado Democrático de Direito, verificar a veracidade dos pressupostos da investigação criminal para alcançar elementos de provas que indiquem a autoria do crime é indispensável para o exercício da justiça e democracia.

Palavras-chave: Democracia. Investigação Criminal. Justiça. Prévia Investigação.

SÚMARIO: INTRODUÇÃO 1. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL 1.1. Conceito 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA 3. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E SUA INDISPENSABILIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO 4. PROCESSO PENAL 4.1 Conceito 5. PRINCÍPIOS CABÍVEIS À PRIMEIRA FASE DO PROCESSO PENAL 5.1 Princípio do contraditório e da ampla defesa 5.2 Princípio da legalidade 5.3 Princípio da insignificância 5.4 Princípio da presunção de inocência 5.5 Princípio do nemo tenetur se detegere 5.6 Princípio da vedação das provas ilícitas 5.7 Princípio da prévia investigação criminal. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui o propósito de fomentar discussões no que tange ao âmbito da investigação criminal, prioritariamente em relação ao princípio da prévia

investigação criminal, quanto a discussão preliminar da investigação criminal da sua função no processo penal brasileiro, a participação do Ministério Público na primeira fase do processo penal, bem como os princípios cabíveis, respeitando sobretudo, a Lei Maior denominada Constituição Federal de 1988, desse modo, expondo os requisitos constitucionais e legais para o exercício da ação penal.

Faz-se válido mencionar, que a temática abordada é de suma importância, pois foi matéria de debate legislativo, especificamente no que diz respeito à Proposta de Emenda Constitucional nº 37/2011, que antevia a plena exclusividade da investigação criminal pela polícia judiciária, hodiernamente, arquivada pelo Congresso Nacional, em virtude das manifestações populares e ataques midiáticos falhos de fundamentação comprovadas cientificamente.

Por fim, com o objetivo de alcançar conclusões que validam o tema, a presente obra tem como embasamento teórico, a legislação em vigor, a doutrina, diversos artigos científicos e jurisprudência, com o fim de apresentar uma percepção hodierna e consolidada sobre os tópicos abordados ao decorrer do trabalho.

1. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

1.1 Conceito

No que se refere à investigação criminal, é preciso frisar que a mesma surge após consumação da prática de um delito, sendo assim, nasce para o Estado o dever de investigar e punir o autor do crime. De acordo com a observação de Grinover e seus colaboradores (2015, p. 53):

O Estado não tem apenas o direito mas sobretudo o dever de punir. Daí a regra de que os órgãos incumbidos da persecução penal oficial não são dotados de poderes discricionários para apreciar a oportunidade ou conveniência da instauração, quer do processo penal, quer do inquérito policial.

No entanto, antes da punição, é primordial que haja informações que indiquem a autoria e materialmente da transgressão penal, dessa forma, faz-se exposto a importância da investigação criminal que além de buscar e colher elementos da prática do crime, corrobora para que a justiça seja feita, visto que sem ela, pessoas inocentes seriam submetidas a um processo penal.

No Brasil, a investigação criminal está disposta no art. 144 da Constituição Federal de 1988, da mesma maneira regulada também pelo Código de Processo Penal,

assim como leis esparsas, sendo necessário ressaltar a Lei nº 12.830/2013 que instituiu ao delegado de polícia a responsabilidade de investigar e apurar os fatos do delito.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No contexto contemporâneo, não se encontram registros do momento exato do surgimento da investigação criminal, entretanto, é notório que a investigação criminal teve sua ascensão no momento em que o homem passou a viver em sociedade, destarte, tornou-se imprescindível a punição daqueles que transgrediam as regras estabelecidas por um soberano.

Nucci (2015, p. 53) elenca:

O ser humano sempre viveu em permanente estado de associação, na busca incessante do atendimento de suas necessidades básicas, anseios, conquistas e satisfação (cf. Carrara, Programa do curso de direito criminal, v. I, p. 18; Aníbal Bruno, Direito penal – Parte geral, t.I, p. 67). E desde os primórdios violou as regras de convivência, ferindo os semelhantes e a própria comunidade onde vivia, tornando inexorável a aplicação de uma punição. Sem dúvida, não se entendiam as variadas formas de castigo como se fossem penas, no sentido técnico-jurídico que hoje possuem, embora não passassem de embriões do sistema vigente. Inicialmente, aplicava-se a sanção como fruto da libertação do clã da ira dos deuses, em face da infração cometida, quando a reprimenda consistia, como regra, na expulsão do agente da comunidade, expondo-o à própria sorte.

Ademais, ainda que desde os primórdios, percebe-se que a investigação criminal seguiu a evolução da sociedade, conseqüentemente, acompanhando a evolução do direito penal durante os períodos históricos. Na antiguidade clássica, especificamente, na Grécia antiga, a investigação criminal era feita pelas partes envolvidas, pois não havia um Estado soberano com a responsabilidade exclusiva de investigar.

Não obstante, no direito romano a investigação criminal era cognominada *inquisitio*, as partes também eram responsáveis por ela, no entretanto, o magistrado concedia pleno poderes aos litigantes para realizá-la, porém com prazo previamente determinado, vale ressaltar que o juiz somente realizava a investigação de ofício quando não havia um investigador.

Na idade média, em razão da união entre o Estado e a Igreja, houve a prevalência do direito canônico, no qual qualquer transgressão contra a Igreja era interpretada como crime. Dessa maneira, observa-se que foram verificados inúmeros abusos praticados pelo Estado, atos que violavam os direitos humanos, em razão da sua desproporcionalidade à conduta do agente.

No iluminismo foi instituída a ideologia que embasa o princípio da proporcionalidade, na qual a sanção do agente deve ser proporcional entre o ato e a punição imposta pelo poder soberano. É preciso pontuar que foi no iluminismo que a tortura deixou de ser um meio de instigação, pois no ano de 1789, foi criada a Declaração dos Direitos do Homem.

3. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E SUA INDISPENSABILIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A priori, não se pode deixar de mencionar, que a investigação criminal é de exacerbada importância para o validar a manutenção da justiça, pois é a partir disso que nasce a possibilidade de apurar indícios fáticos sobre a autoria do ato ilícito praticado, para que assim então, haja elementos de convicção que possibilite o Ministério Público a oferecer denúncia. Nesse sentido, nota-se que o principal objetivo da investigação criminal, é buscar vestígios de provas que indiquem quem praticou o delito.

Nesse mesmo contexto, é possível afirmar ainda que a investigação criminal pode ser concretizada por qualquer ser humano, ou até mesmo por animais, um exemplo a ser citado, é caso de cães farejadores que auxiliam na investigação. Ademais, a investigação criminal é, segundo Sousa (2014, p. 2):

(...) procedimento de natureza instrumental, social, estatal e que, no Brasil, em regra, é policial ou judicialiforme, podendo, ainda, se apresentar como administrativo, previsto em legislação, exigível e com finalidade específica.

Percebe-se também que a investigação criminal, só pode ser iniciada se houver aparência – mesmo que reduzidamente – de delito consumado. É válido mencionar que o Código de Processo Penal expõe em seu art. 5º, §3, que qualquer pessoa da sociedade poderá comunicar sobre a existência de um crime à autoridade policial, que logo em seguida, será incumbida de realizar a instauração do inquérito policial. Desse modo, no momento da *notitia criminis*, se for interpretado que houve fato típico, antijurídico e culpável, mesmo que não haja a princípio indícios de autoria, o inquérito deverá ter seu início de ofício.

Outrossim, evidencia-se que a natureza social da investigação criminal, tem sua ascensão em razão do disposto no art. 144 da Lei Maior de 1988, “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...)”, pois a investigação fica sob a responsabilidade do Estado, logo é possível identificar que se trata de um assistência eficaz para asseverar a segurança pública.

Além disso, é notório que a investigação criminal corroborada pelo inquérito policial pode ser verificada como primeiríssima fase do processo penal, visto que a partir dela, obtém-se provas de autoria e materialidade de uma infração penal. Conforme os proferidos de Silva (2006, p. 108):

O Delegado de Polícia – autoridade da polícia judiciária encarregada do inquérito policial – deve atuar muito bem nas duas fases: na investigação e na instrução das provas. Seu trabalho tanto poderá demonstrar a inexistência do fato, a inocência de um suspeito, ou a impossibilidade de atribuição da autoria (fundamentando o não- processo e o conseqüente arquivamento do feito), como poderá vir a formar a convicção do órgão acusatório (função preparatória do processo), municiando a ação penal, e, quando bem feito, o inquérito policial quase sempre gera uma acusação bem fundada e um provimento jurisdicional em conformidade com os anseios da sociedade.

Em verdade, é necessário expor que a investigação criminal não existe somente para evidenciar um crime, mas também para assegurar a sua existência ou inexistência, nessa lógica, a finalidade do referido procedimento não pode ser confundida como uma mera preparação para a ação penal, mas como uma busca pela verdade material da prática ilícita consumada.

4. PROCESSO PENAL

4.1 Conceito

Entende-se por processo penal, que o mesmo é um ramo do direito público, no qual o Estado por intermédio de sua atividade jurisdicional legalmente regulada, faz uma intervenção na esfera de liberdade individual de outrem, colocando em evidência o *jus puniendi*, que é o direito de punir.

O Direito impõe que só o Poder Judiciário, por meio do devido processo penal, pode declarar o delito e impor a pena. Assim,

cumpra aos tribunais reconhecer a existência do fato criminoso e determinar a pena proporcional aplicável ao seu autor. Essa operação, necessariamente, deve ser feita através de processo penal válido e respeitadas todas as garantias constitucionais do acusado (SILVA, 2006, p. 53).

5. PRINCÍPIOS CABÍVEIS À PRIMEIRA FASE DO PROCESSO PENAL

5.1 Princípio do contraditório e da ampla defesa

Previamente, analisa-se que o processo penal, em respeito às garantias constitucionais, obedece a princípios primordiais de alta magnitude que validam a busca pela verdade material, de uma forma que seja processualmente legal. Destarte, é possível citar que o princípio do contraditório e ampla defesa se fazem presentes na fase preliminar do processo penal, posto que são direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988.

Contudo, a doutrina aponta diversas posições acerca de supramencionado. Quando se trata sobre esse exímio princípio, no que concerne à fase preliminar do processo, doutrinadores expõem a possibilidade de ser cabível ou não na primeira fase. Choukr (2006) afirma que o princípio em questão não pode ser aplicado, em razão da sua aplicação ser totalmente desprovida de motivação, pois se trata de uma mera etapa preliminar, na qual não há a existência de um processo.

5.2 Princípio da legalidade

Um princípio que não pode deixar de ser citado, é o princípio da legalidade, que é interpretado por dois ângulos. O primeiro trata-se da atuação do Estado, que o mesmo deve agir de acordo com a lei, respeitando o que é disposto por ela. O segundo remete-se ao indivíduo, que possui seu pleno direito de agir, garantido pela Constituição federal, a qual impõe igualmente a obrigação de respeitar os parâmetros da lei.

Dessa forma, compreende-se que todos podem fazer tudo que os convierem, salvo se sua atitude for vetada por lei, como traz à lume o art. 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. É de suma importância ressaltar que o Estado e os cidadãos estão subordinados ao cumprimento estrito da legislação, logo percebe-se, a ascensão do princípio da legalidade.

Trata-se do fixador do conteúdo das normas penais

incriminatoras, ou seja, os tipos penais, normalmente os incriminadores, somente podem ser criados através de lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, respeitado o procedimento previsto na Constituição (NUCCI, 2014, p. 20).

5.3 Princípio da insignificância

Para mais, menciona-se o princípio da insignificância, que também pode ser aplicado à fase preliminar da investigação, pois o delegado de polícia deve identificar se o ato ilícito do caso concreto, é realmente matéria delituosa, em virtude do próprio conceito do princípio – que expõe que condutas de lesões insignificantes podem ser cabíveis somente na esfera cível, excluindo a criminal, dado que a conduta possa vir a não ter tipicidade.

5.4 Princípio da presunção de inocência

Não menos importante, o princípio da presunção da inocência consiste no direito do indiciado em não ser declarado culpado sem previamente a haver sentença transitada em julgado, especificamente, no fim do processo legal. Tal princípio se faz presente na primeira fase de investigação.

5.5 Princípio do nemo tenetur se detegere

Referente a este princípio, é preciso validar que o mesmo parte do pressuposto que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, se faz presente na convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou seja, trata-se de um direito garantido até mesmo fora do território nacional brasileiro.

Nessa mesma perspectiva, o artigo 5º da Constituição Federal, exclusivamente em seu inciso LXIII, elenca que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Observa-se, a partir disso, que o direito do indiciado de ficar em silêncio, sobretudo, traz à tona indícios do princípio do nemo tenetur se detegere. A interpretação acerca desse direito constitucional recai não somente sob que está preso, mas também sob aquele que está solto.

5.6 Princípio da vedação das provas ilícitas

É de extrema importância ressaltar que a prova é um dos instrumentos essenciais dentro da investigação criminal, bem como do processo, pois sua finalidade consiste em expor a verdade sobre o fato ilícito, para que a justiça seja de algum modo alcançada. Sendo assim, o delegado de polícia poderá concluir o inquérito com base na veracidade, assim como o juiz decidir se o réu é culpado ou inocente.

No que se refere à constitucionalidade deste princípio, pontua-se que poder ser encontrado no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal que dispõe “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Hodiernamente, o artigo 157 do Código de Processo Penal, em respeito ao disposto pela Lei Maior, também menciona a ilegalidade do uso de provas ilícitas, evidenciando que tais normas não podem ser violadas.

É notório que as demais provas em decorrência da prova ilícita, fenômeno denominado provas ilícitas por derivação, também são inadmissíveis dentro da investigação criminal, em razão de sua origem possuir vício, além de que o uso dessas provas pode ferir os direitos e garantias do indiciado.

5.7 Princípio da prévia investigação criminal

A priori, sobretudo, é de eximia importância evidenciar que o Brasil é caracterizado como um Estado Democrático de Direito, nesse sentido, logo subentende-se que todo processo penal é democrático, isto é, sempre haverá desde início garantias mínimas, as quais deverão obedecer a hierarquia de respeitar os princípios dispostos no tópico anterior e demais existentes no âmbito processual penal. O Estado está fadado em buscar sucessivamente a verdade material, no entanto, a busca por essa veracidade deve ser apenas da forma processualmente válida, respeitando o disposto pela legislação.

No tocante ao princípio da prévia investigação criminal, observa-se que a investigação criminal terá seu início a partir do momento da notícia do crime, partindo do pressuposto de uma ideologia pautada em hipóteses fáticas e perdurará até a conclusão do inquérito policial, que poderá condenar o indiciado ou inocentá-lo. Valente (2010, p. 29-30) leciona que a investigação criminal tem a sua ascensão “desde a notícia do crime até que a sentença transite em julgado, porque até este momento há presunção de inocência do suspeito e poderão aparecer novos elementos de provas”.

Por conseguinte, é possível analisar que a existência do princípio da presunção de inocência – princípio este constitucional – deixa implícito que o magistrado deve se manter em posição passiva, não agindo de ofício para procurar elementos de prova, ainda que em fase judicial do processo penal. Analogamente, entende-se que o órgão de acusação não possui o poderio de manifestar suapretensão de acusar em momento processual não cabível.

Em mesmo contexto, à luz do supramencionado, o órgão de acusação pode buscar elementos probatórios somente após analisar se há indícios de no mínimo dois

requisitos fundamentais, sendo eles, o convencimento de que há indícios de autoria e certeza de que há materialidade no que se refere a uma conduta ilícita noticiada pelo agente policial, bem como, se o mesmo estiver de fato convencido, deverá lavar e apresentar a peça acusatória para que a investigação seja feita nos termos da lei vigente.

No Brasil, o método de modelo acusatório possui características essenciais que evidenciam a democracia, cita-se como exemplo, a separação material e não somente funções formais decorrentes da fase preliminar do processo penal – tendo como preceitos fundamentais de acusar, defender e jugar, contudo, também é notório o dever do Estado de investigar por intermédio da responsabilidade dodelegado de polícia de conduzir a investigação.

Nesse parâmetro, convém frisar que a fase preliminar possui o propósito de apenas verificar se é viável ou não o oferecimento da denúncia para o ajuizamento do processo penal, ou até mesmo o não ajuizamento deste processo. O instrumento utilizado na investigação criminal – inquérito policial – é de natureza inquisitorial, a partir disto, vê-se que o legislador buscou que o momento de *onus probandi* fosse somente realizado em um momento adequado.

Diante do exposto, logo se entende que o Estado não pode acusar um ou mais indivíduos, sem que haja o convencimento da existência de indícios de autoria previamente interpretados decorrentes da infração penal. Valente (2010, p. 49) pontua que “a existência de muitas sentenças, concluídas pela dúvida, pela incerteza, não conduzem a um verdadeiro julgamento, mas sim a uma malograda decisão.”

O artigo 12 do Código de Processo Penal dispõe “o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”.

Sendo assim, é necessário que haja indícios de materialidade e autoria no percurso da investigação para constituir o *opinio delicti* – uma teoria que aponta a necessidade de suspeita da existência do crime e da sua autoria, para a denúncia possa vir a ser oferecida.

Nesse mesmo seguimento, encontra-se implicitamente no artigo 12 do Código de Processo Penal o princípio da prévia investigação criminal que abrange a investigação como um todo, desde o início até o seu fim. Entretanto, o artigo 39 do código mencionado, expressa a dispensabilidade do inquérito policial, especificamente em seu §5º “se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias”, havendo tal dispensabilidade, o prazo para apresentar a peça acusatória de acordo com o artigo 46, §1º, se iniciará “da data em que tiver recebido as peças de

informações ou a representação”.

Por outro lado, é imprescindível afirmar que mesmo quando o inquérito for dispensável, o Ministério Público terá o dever de identificar se o conteúdo das peças de informação ou representação pontuam elementos primordiais que estejam de acordo com as requisições legais e que permita o pleno exercício da ação penal. Oliveira (2009, p. 15) orienta que “o inquérito não é, absolutamente, indispensável à propositura de ação penal, podendo a acusação formar seu convencimento a partir de quaisquer outros elementos probatórios”.

É de suma importância mencionar que no caso de não haver elementos probatórios, o inquérito deverá ser instaurado para apurar os fatos, a autoria e materialidade mesmo que estejam em situação de cognição não plenamente explorada, conforme o previsto no art. 39, §3º e §4º, do CPP.

Outrossim, é de extrema relevância citar que há pressupostos processuais mínimos para a propositura de uma ação, sendo eles, a legitimidade das partes, o interesse de agir, bem como, a possibilidade jurídica do pedido. Sendo necessário, a existência desses elementos, em todo âmbito processual.

Conforme dos dizeres de Jardim (1999, p. 54) “o suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado status dignitatis do imputado”. Nesse sentido, o mencionado “lastro probatório mínimo” é afirmado pelo inquérito policial, ou seja, pela prévia investigação criminal – que na esfera penal, é um pressuposto para o exercício da ação penal, realizada pelo inquérito.

À visto disso, o processo penal deve abranger a primeira fase da investigação criminal, formalizada pelo inquérito policial, respeitando os princípios e garantias constitucionais, logo pode ser entendido que a investigação criminal é um direito de fato, além de ser um requisito fundamental para ação penal, em razão da investigação poder verificar a necessidade ou não de um processo, bem como garantir que os princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana sejam inicialmente assegurados.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No que concerne ao Brasil, em relação a investigação criminal, vê-se que a investigação criminal se caracteriza por intermédio do inquérito policial, as peças de informação e a representação criminal e o seu principal propósito é buscar demaneira prévia, indícios de autoria e materialidade que, futuramente, serão utilizados no

processo penal, sendo assim, percebe-se implicitamente que a investigação criminal contribui para o exercício da jurisdição penal, prevenindo dessa forma, erros que possam colocar em cheque a segurança pública, a paz social e jurídica.

Faz-se aplicável à primeira fase de investigação, todos os princípios constitucionais e infraconstitucionais processuais, como o princípio do contraditório e da ampla defesa, princípio da legalidade, princípio da insignificância, princípio da presunção de inocência, princípio do *nemo tenetur se detegere*, princípio da vedação das provas ilícitas, entre outros.

A investigação, em razão da Lei 12.830, de 2013, vincula o delegado de polícia e deve ser devidamente motivada, de acordo com o material colido no percurso da investigação criminal.

Desse modo, conclui-se que o Brasil por ser um Estado Democrático de Direito, por via de regra, deve utilizar pressupostos da investigação criminal para alcançar elementos de provas que indiquem a autoria do crime, validando o princípio da investigação criminal, que foi abordado ao decorrer do trabalho.

Por fim, entretanto não menos necessário, não se pode deixar de pontuar a necessidade da prévia investigação criminal para verificar a veracidade ou inveracidade de indícios de autoria e materialidade. Tal instrumento permite que a manutenção da justiça seja eficaz e que ninguém seja processado injustamente, dessa forma, valida-se a sua indispensável importância e comprova-se a possibilidade de minimização de erro e injustiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Vade Mecum Saraiva**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRAYNER, Y. R. **O princípio do "nemo tenetur se detegere" e suas decorrências no processo penal**. Disponível em:
<Acesso em: 20 out. 2020.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CINTA, A. C. A. de.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**.

31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, 308 p.

DANTAS, C. C. R. JARDIM, Afranio Silva. **Direito processual penal**. 7. ed. rev. atual. Rio de Janeiro:Forense, 1999.

MPPR. **Por que o MP é contra a PEC 37**. Disponível em:
<<https://mppr.mp.br/pagina-4892.html>>. Acesso em 26 de setembro de 2020.

NUCCI.G. S. de. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo. Editora Forense. 2015.

SALATIEL, J. R. PEC 37 - Pressão das ruas derrubou proposta. Disponível em:
<<https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/pec-37-pressao-das-ruas-derrubou-proposta.htm>>. Acesso em: 26 de set. 2020.

SILVA, A. P. G. **A prova ilícita no processo penal**. Disponível em:
<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6150/A-prova-ilicita-no-processo-penal#:~:text=A%20prova%20il%C3%ADcita%20configura%2Dse,sigilo%20banc%C3%A1rio%20sem%20autoriza%C3%A7%C3%A3o%20judicial>>. Acesso em: 21 out. 2020.

SOUSA, S. S. **Investigação criminal, processo penal e constituição federal**: o princípio da prévia investigação criminal. Disponível em: <
http://www.adpf.org.br/adpf/imagens/noticias/chamadaPrincipal/6596_art.pdf
>. Acesso em: 26 set. 2020.

SOUZA, L. C. G. T. de. **A investigação criminal e os direitos garantias do investigado**. Disponível em:
<<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53970/a-investigao-criminal-e-os-direitos-garantias-do-investigado>>. Acesso em: 26 set. 2020.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Processo penal**. 3. ed. Coimbra: Almedina,2010.

DIREITO PREVIDENCIÁRIO INDÍGENA: DEBATE ACERCA DAS TRANSFORMAÇÕES LEGISLATIVAS

ALMINO GOMES PERES FILHO:

Discente do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus – CELM/ULBRA.

RESUMO: O presente estudo aborda algumas mudanças legislativas acerca dos povos indígenas e o acesso aos direitos, especificamente na previdência social. Nosso objetivo consiste em explicar sobre o indígena enquanto sujeito de direito do regime da previdência. Como objetivos específicos delimitamos: Descrever os aspectos históricos e gerais do regime previdenciário; debater a questão do direito indígena no Brasil; destacar na contemporaneidade o indígena enquanto segurado especial. Esse trabalho é oriundo de pesquisa bibliográfica e documental, onde buscamos por meio de discussões em artigos, livros e legislações, o mapeamento de informações juntamente com abordagem qualitativa, o que nos possibilitou trazer um breve apanhado geral das principais influências e modificações ocorridas. Trata-se de um trabalho inicial onde identificamos que historicamente, o processo de avanço da questão previdenciária inclui de forma tardia alguns grupos de trabalhadores, dentre os quais o índio. Esse por sua vez, ao sair da esfera integracionista para a tratativa enquanto direito originário, é reconhecido como cidadão de forma igualitária, com maior possibilidade de participação.

Palavras-chave: Direito Indígena; Direito Previdenciário; Segurado Especial.

ABSTRACT: This study deals some legislative changes about indigenous people and the access to rights specifically in social security. Our objective covers to explain about the indigenous people as a subject of rights under the social security system. As specific objectives we delimit: Describe the historical and general aspects of the social security system; Discuss the issue of indigenous rights in Brazil; To highlight in the contemporary the indigenous person as a special insured. This work is result from bibliographic and documentation research we search by means of discussions in articles, books and legislation the mapping of information together with a qualitative approach, which allowed us to do a brief synthesis of the main influences and changes that have occurred. It is an initial work in which we have identified that historically the process of advancing the social security issue includes late some groups of workers, among them the Indian. This, in turn, running through the integrationist area until the recognition of the primary law and citizen with a greater possibility of equal participation.

Keywords: Indigenous Law; Social Security Law; Special Insured;

1 Introdução

O Brasil herda as práticas caritativas, como primeiras formas de intervenção para com a sociedade, na prestação de assistência e amparo em situações de vulnerabilidade, velhice ou garantia de qualidade de vida. O que atualmente é reconhecido em Constituição, dentro da chamada seguridade social, não foi identificado num primeiro momento enquanto direito social.

As primeiras formas de regulamentação também tiveram influência de outros países, a exemplo do sistema Bismarckiano (Alemanha), com a contribuição compulsória por empregadores e empregados de empresas, e sistema de Beveridge (Inglaterra) que lança o aspecto da universalidade de cobertura, onde toda sociedade é contribuinte e usuária quando assim necessite, Castro e Lazzari (2020).

Algumas primeiras medidas protetivas vão gradativamente sendo inseridas no âmbito legislativo, resguardando o alcance dos direitos para com os trabalhadores assalariados e posteriormente sendo ampliado. A previdência social, atualmente alcança diversas formas de trabalho e possui modalidades de segurados que se diferenciam pela sua forma de garantia do sustento de vida.

Ao debatermos sobre os direitos dos povos indígenas, de um modo geral, estamos adentrando numa temática perpassada por mudanças ao longo da história, seja no trato legislativo, ou mesmo, na representatividade exercida por esses. Delimitamos nosso estudo para com as modificações ocorridas na área previdenciária, ao qual levantamos como problema inicial a discussão sobre quais os principais avanços que asseguraram o direito previdenciário ao índio.

Buscaremos explicar sobre o índio enquanto sujeito de direito do regime da previdência social. Para tanto, em consonância com o objetivo estipulado, trataremos na primeira seção uma breve análise de como o sistema previdenciário evoluiu em sua organização e ampliação de oferta, amparando e aderindo demais categorias de trabalhadores. Em seguida, iniciamos o debate da questão indígena e a evolução dos direitos no cenário brasileiro, e o reconhecimento da sua forma de trabalho enquanto segurado especial, tendo pleno direito como qualquer cidadão.

Verificamos a relevância da discussão tanto para o âmbito acadêmico – em fomentar maiores debates a respeito dos avanços e desafios postos na implementação de direitos para determinados segmentos – quanto para a sociedade em geral, visto que, a ampliação de ações, políticas e programas em consonância com a Carta Magna é oriunda do conhecimento da realidade e articulação de diversos setores na da efetivação dessas.

2 Breve contextualização histórica do regime previdenciário no Brasil

A questão previdenciária e todo objetivo que atualmente abrange esse conceito, é um campo de históricas mudanças em seu processo de sistematização e em como seria ofertada.

Verificamos algumas tentativas ao longo da história de acompanhar as mudanças ocorridas no aspecto de desenvolvimento nos modos de trabalho e nos processos organizativos da sociedade civil, no que tange a luta por melhorias em condições de alcance de direitos em diferentes esferas – dentre as quais o aspecto protetivo em situações de adversidades, qualidade de vida, velhice amparada dentre outros.

O aspecto das ações no sentido de “ajuda” inaugura o cenário da garantia de algumas ações para aqueles que necessitavam de assistência, permanecendo o Estado, inicialmente, sem a atribuição do dever em proteger e amparar os trabalhadores.

No cenário brasileiro, no que tange a intervenção no âmbito previdenciário dentro de um aparato legislativo nacional, destacamos a Lei Eloy Chaves como a precursora:

Em termos de legislação nacional, a doutrina majoritária considera como marco inicial da Previdência Social a publicação do Decreto Legislativo n. 4.682, de 24.1.1923, mais conhecido como Lei Eloy Chaves, que criou as Caixas de Aposentadoria e Pensões nas empresas de estradas de ferro existentes, mediante contribuições dos trabalhadores, das empresas do ramo e do Estado, assegurando aposentadoria aos trabalhadores e pensão a seus dependentes em caso de morte do segurado, além de assistência médica e diminuição do custo de medicamentos. (CASTRO e LAZZARI, 2020, p.99)

Mais tarde surgem os chamados Institutos de Aposentadorias e Pensões, passando a organizar por categorias profissionais de alguns segmentos. Até então, os abrangidos contemplavam apenas os que contribuía por intermédio de vínculo profissional.

No estudo de Castro e Lazzari (2020) verificamos sobre a nomenclatura específica “previdência social” em que aparece propriamente e a partir da Constituição de 1946, referindo-se aos seguros de acidentes de trabalho. Posteriormente, em 1960, foi promulgada a Lei n.3.807 (Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS). As normas na concessão de benefícios ganham uma padronização. No final da mesma década unificaram-se os IAPs, surgindo o INPS: Instituto Nacional de Previdência Social (Decreto Lei 21.11.1966).

No que concerne aos trabalhadores rurais, até então não integrantes do sistema de segurados, com a criação do FUNRURAL, no final da década de 60, objetivava a regulamentação desses para acesso como beneficiários.

A unificação do sistema previdenciário se deu em 1966 com a criação do INPS – Instituto Nacional de Previdência Social – reunindo todos os IAPs. Conforme estudo de Batich (2004), na década de 70 temos alguns novos benefícios previdenciários, como salário-família e o salário-maternidade, além da ampliação da cobertura para maiores segmentos profissionais, abrangendo um maior número de contribuintes que poderiam ingressar no sistema, a exemplo as empregadas domésticas. Mais adiante, em 1977, o INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica) surge para dividir o aspecto da gestão, sendo responsável do âmbito assistência médica.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VI - diversidade da base de financiamento [...] VII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados. VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite [...] (BRASIL, 1988).

As mudanças no campo dos direitos sociais também são influenciadas pelas transformações no cenário político de um país. Nesse sentido, após período ditatorial, temos a partir da Constituição de 1988 a garantia do acesso aos serviços de saúde e assistência, independente de vínculos trabalhistas, com a extensão da cidadania e qualidade de vida. Trata-se do tripé da seguridade: saúde, previdência e assistência social. Destacamos aqui o princípio da uniformidade, em que trabalhadores urbanos e rurais não mais são tratados com distinção.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (BRASIL, 1988).

Em substituição aos INPS e IAPS, foi criado o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), Lei n. 8.029, de 12 de abril de 1990, assumindo as funções administrativas das contribuições previdenciárias, análise e concessão de benefícios.

Esse foi um breve panorama da instituição do regime previdenciário enquanto direito, que até os dias atuais vem passando por modificações seja de cunho político ou econômico. A abrangência de alcance permite analisar o chamado segurado especial, a qual incluem-se o público indígena, conforme veremos a seguir.

3 Direito Previdenciário Indígena

3.1 Contexto dos direitos indígenas

Ao debatermos os direitos conquistados pelos índios, no cenário brasileiro, faz-se pertinente enfatizar uma luta histórica pelo reconhecimento desses enquanto cidadãos com respeito ao modo de trabalho, cultura e subsistência.

Aos povos indígenas foram direcionadas tentativas de impor traços culturais distintos dos que já detinham, com a justificativa de socialização, além das atividades escravistas, surgidas no período colonial.

O Sistema de Proteção do Índio (SPI), elaborado em 1910, foi uma medida para trazer alguma regulamentação na tratativa com os povos indígenas e ao mesmo tempo tentativa de expansão econômica, conforme Lopes (2014), o espaço territorial era interesse de disputa pelo mesmo que ofertava tal proteção.

[...] O SPI fomentou significativas mudanças, a igreja deixou de ter predominância no trabalho de assistência junto aos índios e além disso, com a criação órgão federal, diminui o papel que os

estados desempenhavam em relação às decisões sobre o destino das terras indígenas. (LOPES, 2014, p.95).

O chamado modelo “protecionista” buscou exercer domínio sobre os territórios e as populações indígenas neles habitantes, momento da retirada da igreja a condução “educativa” exercida até então.

Em 1967, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) é criada, com o objetivo para além da proteção, mas também da integração indígena junto a sociedade. A Lei 5.371/1967, traz dentre as finalidades os seguintes princípios norteadores:

Art.1º a) respeito à pessoa do índio e as instituições e comunidades tribais; b) garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes; c) preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contato com a sociedade nacional; d) resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução socioeconômica se processe a salvo de mudanças bruscas;

A abordagem passa a identificar elementos para garantia dos aspectos de preservação biológico e cultural indígena, com a perspectiva de inclusão sem deixar a margem os elementos já trazidos por esses. Nesse período já havia uma influência das discussões oriundas do campo dos direitos humanos pela Organização das Nações Unidas (ONU), que por sua vez destacava os direitos de todos os povos exercerem livremente o desenvolvimento econômico, social e cultural.

Mais tarde, em 1973, foi elaborado o Estatuto do Índio – Lei 6.001/73 – estabelece a relação Estado e sociedade com os índios. Respalda-se a importância de programas e projetos para beneficiar as comunidades indígenas e a garantia da posse das terras em que habitam, além do usufruto exclusivo das riquezas naturais.

“Art.2º IV- assegurar aos índios a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência; V- garantir aos índios a permanência voluntária no seu habitat, proporcionando-lhe ali recursos para seu desenvolvimento e progresso; [...]” (BRASIL, 1973)

A categorização como “índio” é situada de acordo com o grau de proximidade ou não com ambiente externo da comunidade de origem e habitação. Os isolados, os que compartilham algumas práticas de grupos externos para aquisição de sustento (em vias de integração) e os considerados em pleno exercício de direitos (integrados). No

entanto, orientado pelo código civil que estava em vigência nesse período, menciona a questão da tutela por um órgão representativo.

“O Estatuto do Índio seguiu o mesmo conceito do Código Civil Brasileiro de 1916 e considerava os povos indígenas como “relativamente capazes”, sendo tutelados por um órgão estatal”. (WENCZENOVICZ; BAEZ, 2016, p. 97).

Em seu estudo, Oliveira (2018), traz os estágios da tutela jurídica brasileira. O período exterminacionista se deu no momento inicial cuja proteção era omissa, os trabalhos escravos predominantes e diversas formas de opressão. O integracionista, ocorrido na fase das legislações iniciais, o índio era identificado como alguém que precisa de tutela. A criação da FUNAI passou a trazer outra abordagem frente às críticas de atuação do anterior SPI, e superou o modelo de integração. Temos ainda o período de reabertura democrática com o reconhecimento de direitos originários.

A Constituição Federal de 1988, traz um avanço na questão dos direitos, reconhecendo os índios como sujeitos de direitos originários, tratando ainda da do acesso à educação com respeito à língua materna, saúde, proteção às terras tradicionais, desenvolvimento econômico sustentável e o respeito ao aspecto cultural dos povos indígenas. Salienta-se o princípio da igualdade, além do reconhecimento da posse da terra habitada.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (BRASIL, 1988).

A CF/88 considera como terras tradicionalmente ocupadas pelos índios aquelas em que incidem sua habitação de forma permanente, implementadas em atividades de produção produtivas e que preservem os recursos ambientais necessários para reprodução e bem-estar.

“Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”. (BRASIL, 1988).

Destacamos aqui o direito em continuar vivendo de acordo com seus costumes, com suas terras asseguradas de proteção pela União. A lógica tutelar é rompida, uma vez que os índios não mais são tratados como incapazes para vida civil, tendo pleno exercício dos seus direitos.

“Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. ” (BRASIL, 1988).

O Estatuto do Índio em seu Art. 14 já traz algum debate acerca das condições de trabalho, em que “Não haverá discriminação entre trabalhadores, aplicando-se-lhes todos os direitos e garantias das leis trabalhistas e de previdência social”. (BRASIL, 1973).

Desse modo, o acesso aos direitos sem discriminação, incluem o atendimento em serviços e oferta de benefícios que contemplem a esfera da seguridade social, e nela o regime previdenciário, enquanto segurado especial.

3.2 Da categoria segurado especial

A lei 8.213 de 24 de julho de 1991, aborda, dentre outros elementos, a definição de quem são os segurados do regime previdenciários, as diferentes modalidades existentes.

No artigo 9º da respectiva lei é tratado sobre os regimes de previdência social, entre: Regime Geral e Regime Facultativo Complementar. Enquanto segurados do Regime Geral estão o empregado, o empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso e o segurado especial.

Art. 11. VII- como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente, ou em regime de economia familiar, ainda que com auxílio eventual de terceiros, na condição de: a) produtor [...]que explore atividade: agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais; de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do caput do art. 2º da Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida; b) pescador artesanal ou a este assemelhado, que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e b deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo. (BRASIL, 1991).

Como segurados especiais estão os trabalhadores que atuam em atividade rural como seu principal meio de sustento, seja com vínculo empregatício, avulso ou em regime de economia familiar.

Art.12 §1. Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes. (BRASIL, 1991).

Os indígenas possuem direitos aos benefícios de previdência social, uma vez que sejam cumpridos os requisitos legais. Muito embora as expressões “isolado”, “integrado”, “em vias de integração” constantes no estatuto, a análise é acerca da atividade exercida independentemente do local de moradia, desde que ocorra atividade em regime de economia familiar como principal fonte de trabalho.

Considerado segurado especial, ao indígena dentro dos critérios, são assegurados direitos a aposentadoria por idade (60 anos de idade para o homem e 55 anos para a mulher, juntamente com a comprovação de 15 anos de trabalho), salário maternidade, auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez, pensão por morte e auxílio reclusão.

Podemos citar também alguns benefícios da área da assistência, como: o BPC (Benefício de Prestação Continuada), destinado a idosos e pessoas com deficiência dentro do perfil de vulnerabilidade; Programa Bolsa Família, com a transferência de renda para famílias em situação de pobreza e extrema pobreza.

No estudo de Castro e Lazzari (2020) destaca-se acerca da decisão proferida nos autos da Ação Civil Pública n. 2008.71.00.024546-2/RS14, momento em que o INSS passa a considerar o índio como segurado especial, por meio do reconhecimento da FUNAI.

Art. 39. § 4º Enquadra-se como segurado especial o indígena reconhecido pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI, inclusive o artesão que utilize matéria-prima proveniente de extrativismo vegetal, desde que atendidos os demais requisitos constantes no inciso V do art. 42, independentemente do local onde resida ou exerça suas atividades, sendo irrelevante a definição de indígena aldeado, não-aldeado, em vias de integração, isolado ou integrado, desde que exerça a atividade rural individualmente ou

em regime de economia familiar e faça dessas atividades o principal meio de vida e de sustento. (BRASIL, 2015).

O regime de agricultura familiar, a pesca e o extrativismo são exemplos daquilo que faz parte do modo de vida desse segmento populacional. Sendo para a maioria o recurso utilizado para sustento alimentício ou rentável. A ampliação da cobertura previdenciária ao longo dos anos, a garantia por meio constitucional, e as reivindicações históricas foram determinantes para avanços postos numa realidade de histórica exclusão e um convite a novas conquistas para com os povos indígenas.

4 Considerações Finais

Aos índios, a oferta dos direitos fundamentais, vai além de admitir e respeitar a identidade cultural, envolve a necessidade da efetivação direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, conforme determina Art.5º da CF/88. O trabalho exercido e reconhecimento de sua especificidade, garantem o ingresso enquanto segurados especiais dentro do regime previdenciário.

Diferente do processo de inclusão ocorrido para outros segmentos, o trabalhador da esfera rural e nele os indígenas, foram incorporados em momento distinto em consonância com o próprio desenvolver histórico vivenciado, onde as conquistas em geral também ocorreram de forma tardia para esse segmento – posto muitos anos à margem. A oferta de condições que assegurem qualidade de vida e o próprio uso da terra habitada, necessita do acesso a políticas públicas e aos benefícios que amparam enquanto cidadãos e criam condições para o desenvolvimento pleno.

Referências

BATICH, Mariana. Previdência do Trabalhador uma trajetória inesperada. **São Paulo em Perspectiva**. V.18. 2004.

BRASIL. Instrução Normativa nº77 de 21 de janeiro de 2015. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados se beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos art.37 da Constituição Federal de 1988. Brasília, 22 dez. 2015. Edição 15/Seção:1. Página: 32.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/comstituicao.htm. Acesso em: 09 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº5.371, de 5 de dezembro de 1967. Autoriza a instituição da “Fundação Nacional do Índio” e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui o Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 24 jan. 2021.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23.ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LOPES Danielle Bastos. O direito dos Índios no Brasil. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v.8, n.1, p. 83-108, jan/jun.2014.

OLIVEIRA, Rosenilton Silva de. Educação para a diversidade racial no contexto brasileiro: o contexto das leis 10639/2003 e 11645/2008. **Argumentos**. Vol.15, n1. Departamento de Ciências Sociais, Unimontes-MG.2008.

WENCZENOVICZ, Thaís Janaína; BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos Fundamentais, Educação Indígena e Identidade Emancipatória: Reflexões acerca de ações afirmativas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**. IMED – Faculdade Meridional. Passo Fundo-RS. V12.2016.

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: O QUE PREVALECE É A AFETIVIDADE

CARLA DA SILVA PASSOS BEZERRA:

Graduanda do Curso de Direito no Centro Universitário Luterano de Manaus – ULBRA.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo o estudo da paternidade socioafetiva voltado ao direito, reconhecendo que a afetividade prevalece buscando uma melhor forma de auxiliar os aplicadores do direito na compreensão desse instituto, assim como verificar quais os critérios que deverão ser analisados juridicamente de forma que os mesmos estejam garantidos, seja calçado pela lei, doutrina ou jurisprudências.

PALAVRAS-CHAVE: Paternidade Socioafetiva; Filiação; Direito; Família.

ABSTRACT: This article aims at the study of socio-affective paternity focused on the law, recognizing that affectivity prevails by seeking a better way to help lawyers in the understanding of this institute, as well as to verify which criteria should be analyzed legally so that guaranteed by law, doctrine or jurisprudence.

KEYWORDS: Socio-Affective Paternity; Affiliation; Law; Family.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. DO DIREITO DE PERSONALIDADE. 3. PATERNIDADE; 4. DIVERSAS FORMAS DE PATERNIDADE. 5. REGISTRO E AUSÊNCIA DO VINCULO BIOLÓGICO. 6. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. 7. OS EFEITOS. 7.1 Efeitos pessoais. 7.2. Dos Efeitos Patrimoniais. 7.2. Efeitos de sucessão. 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente vê-se que no decorrer dos tempos passou-se a considerar na sociedade os vários modelos de família, dentre os quais aquele fundamentado nos laços adquiridos através da convivência, onde filhos recebem a proteção, o carinho e os cuidados necessários de pais que não são propriamente os biológicos e os pais em reciprocidade quando precisam também são cuidados pelos filhos socioafetivos.

Dentre os principais meios observa-se que os princípios da dignidade da pessoa humana, o da igualdade e intrinsecamente o da afetividade amparado no art. 226 § 4º, 277, caput, § 5º c/c § 6º da Constituição Federal, é o que mais têm-se utilizado nos tribunais para fundamentar o pedido, que nem sempre é favorável, pois o entendimento jurisdicional ainda não encontra-se devidamente pacificado ficando a

critério e visão de cada julgador, mesmo que o STJ- Superior Tribunal de Justiça e STF- Supremo Tribunal Federal entendam que tanto a paternidade quanto a filiação socioafetiva possuem alta relevância observando-se cada caso em concreto, os quais na maioria das vezes devem sobrepor-se aos laços meramente biológicos, enfatizando a isonomia constitucional.

Diante desse questionamento observa-se a necessidade de que sejam devidamente entendidos os seguintes itens: o que são os direitos de personalidade no âmbito jurídico, o conceito de paternidade, as diversas formas de paternidade, registro e ausência de vínculo biológico, reconhecimento de paternidade sócioafetiva e/ seus efeitos.

O estudo objetiva de forma geral pesquisar os fundamentos constitucionais, doutrinários e jurisprudenciais cabíveis ao direito de paternidade sócioafetiva que garantam aos pais e filhos socioafetivos tais direitos de forma mais célere, e de forma específica revisar o ramo do Direito Civil de família, bem como, no que tange as relações socioafetivas entre pais e filhos; estudar os pressupostos para a aplicabilidade efetiva dos princípios da afetividade e dignidade da pessoa humana em tais relações; identificar as principais visões doutrinárias nos âmbitos jurídicos e jurisprudenciais que asseguram a proteção legal nas relações paterno-filial socioafetivas, utilizando como procedimento técnico a pesquisa bibliográfica.

2. DO DIREITO DE PERSONALIDADE

A Personalidade é todo grupo de propriedades importantes ou de forma que constituem a identidade própria de todo ser. É a estrutura prática dos elementos intelectivos, afetivos, fisiológicos e morfológicos de qualquer pessoa, que tem como consequência uma qualidade de prática permanente, cujos conceitos apontam alguma atividade, em todas as condições da vida: possibilidade de interação social, modo de pensar, sentir e agir.

Pode-se considerar que a personalidade é a forma de ser de cada um, a disposição para agir de alguma forma, conforme seu legado genético, sua história e princípios morais próprios. Este modo de vida da pessoa tem sua estrutura, e, é complementado de acordo com o sua natureza, que lhe possibilita ser único, e molda sua personalidade e o torna um ser especial.

A psicologia reflete que o modo de personalidade são a forma de ser do indivíduo, seu conhecimento e forma de sentir as emoções ou o meio de agir. Mas, quando esses traços são muito variáveis e mal colocados, pode-se dizer que há alguns transtornos de personalidade. Os problemas de personalidade, entre os quais são conceituados na

psicologia, são: o de personalidade esquizoide, histriônica e borderline, formam uma classe de doença mental e etc.

Em seu artigo 226, §6º, a Constituição Federal defende a paternidade socioafetiva, sendo a equiparação da filiação de filhos naturais e adotados, como sendo iguais. De acordo com os princípios regedores dos direitos humanos, a família se desenvolveu se tornando um lugar de formação e desenvolvimento do homem, por meio de conhecimento da cultura, respeito, laços fraternais, dentre outros meios necessários para a harmonia do ambiente familiar.

A filiação era vista de forma discriminada, dividida em classes do tipo filhos legítima, ilegítima e legitimados, simples e unicamente pelo fato da família seguir a regra de que sua constituição era feita e aceita somente pelo casamento.

Na atualidade podemos conceituar a filiação não somente aquela moldada nos termos da moral familiar ou na constância do casamento, onde a verdade biológica era de certa forma desconsiderada juridicamente e passou a ser absoluta, mas, também a dos filhos nascidos de reprodução heteróloga, de fecundação artificial homóloga e de união estável, a filiação social, a adoção, a filiação socioafetiva, ou seja, assim como as famílias atuais estão estruturadas pela presença do vínculo afetivo paterno-filial, também o estado e a posse de filho afetivo alcançam o reconhecimento independente do tipo de concepção, prevalecendo o nascimento de fato.

Conforme conceitua Maria Helena Diniz, a filiação é uma ligação de parentesco consanguíneo, podendo também ser estabelecida pela relação paternidade socioafetiva, no caso de filiação adotiva e etc, *in versis*.

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda, ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga (DINIZ, 2005).

Os Direitos da Personalidade são aqueles que integram uma condição essencial da pessoa humana, como pressupostos de seus direitos fundamentais, de sua existência e de sua dignidade. Uma das principais projeções acerca dos reflexos da constitucionalização do direito privado se refere aos chamados direitos da personalidade. De fato, não se poderia deixar de reconhecer, face às profundas implicações da cada vez mais intensa implicação do Direito Público sobre o Direito Privado, que os direitos de personalidade, intimamente ligados ao próprio homem,

poderiam deixar de ser afetados, por não mais ser visto o homem como um mero titular de propriedades (DINIZ, 2005, p. 426-427).

No Direito Civil, os direitos de personalidade podem ser estudados no Capítulo II, artigos 11 e seguintes, vejamos:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. [...]

Portanto, é direito de conhecer quem é o genitor (origem genética), nesses casos o simples fato de se questionar o direito da personalidade, o qual prisma por cada pessoa ter esse direito titular da tutela humana, pois essa compreensão decorre do interesse relativo a questões de saúde, numa relação entre medidas preventivas de saúde.

É preciso salientar que o conhecimento da origem genética não se confunde com a identidade de filiação, pois o caso de conhecimento para obter direito à personalidade é extremamente excepcional e se aplica a casos de saúde de relevância maior, enquanto que estado de filiação é um dado construído por laços da convivência familiar (DELGADO, 2006).

Sendo assim, os direitos à honra, imagem e privacidade, que podem ser remetido como direitos da personalidade em geral, representam inegáveis elementos de proteção ao ser humano em face de ilícitos praticados pelos demais. Não se resguarda ao homem, nesse sentido, apenas sua integridade física e seu acervo patrimonial, mas sim lhe é reconhecida a existência de um conjunto de direitos de que dispõe, ainda que deixem de se revestir de conteúdo econômico.

O direito de personalidade está elencado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que se encontra no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, no inciso III, *in fine*.

Artigo 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;

A dignidade da pessoa “[...] não possui contornos exatos, podendo ser conhecida e reconhecida de maneiras diferentes por cada cidadão, de acordo com sua visão e valoração da vida” (LIMA, 2010, p. 68). Contudo, conceituar o referido princípio é tarefa complexa, como bem ensina Sarlet (2010, p. 36):

[...] não há como negar que uma conceituação clara do que efetivamente seja esta dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida, isto sem falar na inquestionável (e questionada) validade de se alcançar algum conceito satisfatório do que, afinal de contas, é e significa a dignidade da pessoa humana. Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina [...].

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana é um dos principais direitos básicos garantidos pela Constituição Federal, ao não ser assegurado esta confrontando diretamente a Carta Magna.

3. PATERNIDADE

Paternidade é um termo que vem do latim “*paternita*” e quer dizer ao conceito de da condição de ser pai. Isto significa que o homem que tenha tido um filho acede à paternidade, paternidade usa-se para designar a qualidade do pai (homem).

A paternidade apresenta a responsabilidade de um pai diante de seu filho, assim como proporcionar-lhe segurança e boa educação. Realizar a paternidade responsável significa a ética de cada pai que aceita seus serviços e obrigações como um dever moral, mas também como uma decisão livre marcada pelo amor. Qualquer pai responsável almeja o melhor do mundo e se preocupa com o bem-estar dos seus filhos.

O pai no âmbito da família, sempre foi considerado aquele que se presumia ser o pai, existia o fato certo de que se a esposa seria a mãe dos filhos do marido e esse independente da verdade biológica seria o pai, essa presunção era identificada pela presunção latina “*pater is est quem nuptae demonstrant*”, nada mais sendo que “qualquer que seja a origem o filho é do marido”.

Na época quem definia quem era ou não o pai era o sistema jurídico, certificando essa paternidade também definia que os filhos provenientes do matrimônio os eram de pleno direito, calçados no dever de fidelidade da esposa, regulava-se também a geração de sucessores.

Não que esta presunção tenha deixado de existir, pois a mesma ainda encontra-se respaldada no Código Civil, estabelecendo os devidos prazos para que a mulher possa novamente casar, de acordo com o art. 1.523, só se admite o casamento da mulher após 10 meses da viuvez ou da dissolução da sociedade conjugal, ainda o art. 1598, caso haja o casamento em período anterior, se o filho nascer antes de 300 dias, presume-se que o pai é o primeiro marido. Se nascer depois desse prazo, será considerado filho do atual marido.

Pode-se dizer que a condição de ser pai não mais é um ato físico, pode ser considerado como uma opção, visto que para excluir um pai presumido basta utilizar o exame de DNA- ácido desoxirribonucleico, que se obtém a prova da ausência de vínculo consanguíneo, já não há essa facilidade quando um pai optou por essa condição e adquiriu todos os direitos garantidos por conta do vínculo afetivo.

Por tanto tempo a presunção pater est foi a base para e definir a paternidade, atualmente com mais força e relevância temos o dito “pai é quem cria”, e na prática é o que vem dominando os julgados, visto que os laços socioafetivos vão além do antigo núcleo patriarcal do matrimônio, assim como o da consanguinidade.

Normalmente a paternidade socioafetiva se dá a partir da relação familiar de um pai com um filho, onde esse criou, educou, deu afeto e atenção, assumiu todos os deveres e obrigações de um pai, o que prevalece aqui são os princípios norteadores desse vínculo, quais sejam, afetividade e convivência familiar.

Com a desbiologização da paternidade firmou-se o critério da relação de amor e companheirismo entre pais e filhos, configurada desde então a relação de parentesco e conseqüentemente os direitos e deveres de uns para com os outros.

Diante da mesma ideia paternidade socioafetiva em consagração dos direitos à ela inerentes, têm-se o posicionamento de Dias (2015, p.406):

Pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar do pai (a função) É uma espécie de adoção de fato. É aquele que ao dar abrigo, carinho, educação, amor ao filho, expõe o foro mínimo da filiação, apresentando-se em todos os momentos, inclusive naqueles em que se toma a lição de casa e ou verifica o boletim escolar. Enfim, é o pai das emoções, dos sentimentos.

É mister salientar que toda paternidade é socioafetiva independente da origem se biológica ou afetiva e que obrigatoriamente deve derivar do estado de filiação, mesmo que se busque a origem biológica, não estando presente o requisito do estado de filiação, a questão somente servirá para garantir o direito da personalidade, não podendo de forma alguma excluir o pai socioafetivo de um direito já adquirido.

4. DIVERSAS FORMAS DE PATERNIDADE

Pensar em família ainda traz à mente o modelo convencional: “um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos. Mas essa realidade mudou. Hoje, todos já estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional” (DIAS, 2010, p. 38).

A vastidão de mudanças das estruturas políticas, econômicas e sociais produziu reflexos nas relações jurídico-familiares. Os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo voltaram-se à proteção da pessoa humana. A família adquiriu função instrumental para melhor realização dos interesses afetivos existentes entre seus componentes (GAMA, 2003, p. 101).

A família só tem sentido enquanto unida pelos laços de respeito, consideração, amor e afetividade. A família é um fato natural, criada pela natureza e não pelo homem, motivo pelo qual excede a moldura que o legislador a enquadra, pois ele não cria a família como o jardineiro não cria a primavera (LÔBO, 2008). Ressalta-se que a afetividade, no campo jurídico, relaciona-se à ideia de parentesco.

Além disso, as mudanças que a Constituição Federal de 1988 trouxe consagrou a igualdade de filiação, acabando com as denominações relacionadas aos filhos, quais sejam: incestuoso, legítimo, ilegítimo, bastardo, adotivo, adúltero, etc. Tais nomenclaturas, hoje, são consideradas inconstitucionais, de acordo com o art. 227, parágrafo 6º da Carta Magna de 1988.

A Constituição Federal de 1988, através do princípio da isonomia entre os filhos, equiparou de forma a não mais considerar as categorias diversas de filiação biológica: a legitimada, a ilegítima e a legítima. Equiparou, ainda, os filhos biológicos e os adotivos.

Existem três tipos de paternidade, apesar de a afetividade prevalecer, sendo elas a Paternidade Biológica, paternidade socioafetiva e jurídica, iremos discorrer sobre elas. A paternidade biológica tem relação direta com os laços de sangue entre pais e filhos.

De acordo com o doutrinador Jorge Shiguemitsu Fujita trata-se de uma filiação com vínculo consanguíneo em linha reta de primeiro grau e aqueles que lhe deram a vida, através de uma relação sexual, tendo como consequência a concepção, não importando a sua origem, que poderá ser através do matrimônio, extra matrimonial, entre namorados ou noivos, ou mesmo de um relacionamento sem compromisso (FUJITA, 2011).

Ou seja, são filhos nascidos da junção entre pai e mãe, são os filhos legítimos. Mas há também aqueles filhos providos que não são de nenhuma união sexual, os que são reproduzidos de através da inseminação artificial homóloga ou heteróloga, podendo ser ainda através de fertilização in vitro ou na proveta, neste caso poderá ser usado esperma de marido falecido, porém esse acordo entre os cônjuges deve estar documentado, antes da morte do cônjuge, por exemplo: em testamento.

Com a atualização da Constituição Federal de 1988, surgiu o direito ao reconhecimento do estado de filiação, sua origem genética, considerado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, em seu artigo 27, além de a qualquer tempo requerer o reconhecimento de paternidade biológica existente, como um direito de personalidade, imprescritível e indisponível.

Portanto, os filhos nascidos ou não na relação de casamento, terão o direito de conhecer a sua origem, seus ascendentes, sua identidade pessoal, características e semelhanças genéticas.

Então, é direito de todos nascidos de união heterossexual ou não, ter seu direito de personalidade resguardado, De acordo com o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, após o réu negar-se a realizar o exame de DNA, o Tribunal julgou ser indispensável o exame para se alcançar, por meio de provas, a verdade real biológica sobre a origem genética do investigante, in verbis:

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA - NÃO REALIZAÇÃO - INDISPENSABILIDADE - PRODUÇÃO DA PROVA GENÉTICA - ARTIGO 130 DO CPC - ANULAR A SENTENÇA, PARA SE REALIZAR O EXAME DE DNA. A ação investigatória de paternidade é ação de estado. Envolve discussão acerca de direito indisponível e personalíssimo do investigante e a pretensão de se alcançar, por meio de provas, a verdade real biológica acerca de sua origem genética. Se a parte autora requereu a realização do exame de DNA que, somente não se realizou por acolhimento de justificativa do réu acerca de sua incapacidade financeira de se locomover ao local designado para a realização do exame e por ausência de condições

financeiras da parte autora de arcar com o custo do exame em laboratório particular, compete ao Juiz diligenciar na busca da realização da prova, mormente se considerada sua indispensabilidade no caso e a natureza da demanda que debate direito indisponível.

Sendo assim, o suposto pai recusando-se a realizar o exame de DNA para comprovação de paternidade, deve ser entendido segundo a Súmula 301 do STJ que “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção de paternidade”. Logo, em caso de origem biológica forma-se apenas em casos vínculo sanguíneo.

5. REGISTRO E AUSÊNCIA DO VINCULO BIOLÓGICO

A paternidade socioafetiva se sobrepõe a da paternidade registral nos casos de erro substancial apto a autorizar a retificação do registro civil de nascimento. Esse entendimento foi aplicado após o julgamento feito pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar uma ação em que o homem ajuizou a retificação de registro civil cumulada com pedido de exoneração de alimentos em face de seus dois filhos registrais.

O caso repercutiu após, o homem registrar por livre espontânea vontade o primeiro filho, logo após manter um relacionamento com a mãe da criança e aceitou registra-la mesmo não sendo o pai biológico, com o passar dos anos surgiu uma segunda gravidez da mãe e o mesmo acreditou ser o pai biológico, após 13 anos de convívio, e desconfinça ajuizou a ação para retificação do registro civil, que comprovou, após sua morte, por exame de DNA, a inexistência de vínculo biológico. A sentença teve o fundamento de que o ato praticado no registro do primeiro filho é irrevogável, pois o pai agiu de livre vontade. Já em relação ao outro filho, foi considerado preponderante o vínculo afetivo consolidado ao longo do tempo. Segundo o STJ a relatora Nancy Andrichi, não permitiu alterar os documentos de registro e ressaltou que a presença de vínculo afetivo supera a falta de vínculo biológico nas situações em que o autor da ação tenha interesse em retificar a certidão de nascimento puramente por não se verificar a relação genética que ele imaginava existir.

Pois, alterar os registros de nascimento após haver vínculo afetivo, é uma afronta ao direito de personalidade, portanto, o filho que conviveu com o genitor e consolidou nele uma figura paterna, e não pode simplesmente ter suas memórias apagadas e sua história.

No entanto, nos casos onde havia vínculo biológico, o qual depois foi afastado pelo exame de DNA, se caracteriza como erro substancial apto a, em tese, modificar o registro de nascimento, desde que inexista paternidade socioafetiva, que prepondera sobre a paternidade registral em atenção à adequada tutela dos direitos da personalidade.

DIREITO DE FAMÍLIA. SENTENÇA PROFERIDA SOB A ÉGIDE DO CPC/73. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO LEGÍTIMA. DEMANDA AJUIZADA POR FILHO EM FACE DO GENITOR E DA IRMÃ. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO PERSONALÍSSIMO E INDISPONÍVEL DO PAI. PRECEDENTES DO STJ. EVENTUAL AUSÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE AFASTAR A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. ESTADO DE FILIAÇÃO EVIDENCIADO PELA RELAÇÃO MATERIAL DE CARINHO, AFETO E ASSISTÊNCIA EXISTENTE ENTRE PAI E FILHA, O QUE É RECONHECIDO, INCLUSIVE, PELO PRÓPRIO GENITOR, ORA RECORRIDO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a legitimidade ativa da ação negatória de paternidade compete exclusivamente ao pai registral por ser ação de estado, que protege direito personalíssimo e indisponível do genitor, não comportando sub-rogação, porquanto direito intransmissível. 2. Além disso, para se lograr êxito em uma ação negatória de paternidade, faz-se necessária a demonstração de inexistência de vínculo biológico e a ausência de estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. 3. Com efeito, o objetivo principal do demandante não é discutir o erro no registro civil e apontar a existência de falsidade ideológica, mas negar a paternidade, sob o fundamento de que a registrada não é filha biológica do seu genitor. 4. Corrobora esta conclusão o fato de que o próprio genitor apresentou contestação ao presente feito, reafirmando a paternidade ora questionada, que, embora não haja comprovação de que seja biológica, não exclui a relação socioafetiva, esta, sim, devidamente evidenciada nos autos. 5. Dessa forma, resta patente que o feito em exame trata-se de verdadeira negatória de paternidade, intentada com fins

patrimoniais, carecendo o autor, portanto, de legitimidade para a propositura da ação, uma vez que, não obstante eventual ausência de vínculo biológico, permanece o socioafetivo. 6. A pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva, que perpassa, necessariamente, pela vontade e pela voluntariedade do apontado pai, ao despendar afeto, de ser reconhecido juridicamente como tal. 7. De fato, não basta para a impugnação de um registro de nascimento que seja comprovada a inexistência de origem biológica, devendo-se provar ainda que não se havia formado qualquer vínculo de afetividade entre pai e filho. 8. No caso sob comento, é nítida a formação de socioafetividade entre os apelados, tanto é assim que o genitor jamais questionou a paternidade da primeira recorrida, restando consignado na peça contestatória a existência de relação material de carinho e afeto voluntários entre pai e filha. 9. Portanto, o reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento; não há como desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade, em que o próprio pai, mesmo diante da possibilidade de inexistência de vínculo biológico, reconheceu a pessoa como seu filho. 10. Recurso de apelação conhecido e não provido. ACÓRDÃO Vistos, discutidos e relatados os presentes autos, em que são partes as pessoas acima indicadas, acorda a 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de Turma, por unanimidade, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora. DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA Relatora (TJ-CE - APL: 00131750820108060151 CE 0013175-08.2010.8.06.0151, Relator: LIRA RAMOS DE OLIVEIRA, 3ª Câmara Direito Privado, Data de Publicação: 28/03/2017)

Sendo assim, o vínculo afetivo prevalece ao do vínculo biológico, não sendo cabível em caso de registro a anulação do mesmo, visto que fere o direito a personalidade do menor.

6. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

O princípio da igualdade absoluta constituído na Constituição Federal traz os direitos de igualdade entre os filhos, estando previsto no artigo 227, §6º da Constituição Federal de 1988, impediu terminantemente nenhum tipo de discriminação entre os filhos advindos ou não da relação matrimonial, e, conseqüentemente, passou a admitir a filiação socioafetiva.

A paternidade socioafetiva surge quando há uma relação estabelecida de pai e filho mesmo sem vínculo biológico e sanguíneo ou de adoção. Este de paternidade é comum nas famílias brasileira.

Apesar de haver casos comuns, o registro de paternidade socioafetiva nem sempre foi fácil e precisava de sentenças judiciais para sua efetivação. Porém, em novembro de 2017, com a publicação do Provimento 63 pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), facilitou o reconhecimento de paternidade extrajudicial, portanto, hoje é possível efetuar o reconhecimento de paternidade socioafetiva diretamente nos Cartórios de Registro Civil, vejamos:

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS - 0006194-84.2016.2.00.0000
INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO CONSELHO
NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. A Corregedoria Nacional de
Justiça, no âmbito de sua competência regimental, editou o
Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017 (DJe de 17 de
novembro de 2017), que institui modelos únicos de certidão de
nascimento, casamento e de óbito, a serem adotadas pelos
ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o
reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e
maternidade socioafetiva no Livro "A" e sobre o registro de
nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos
por reprodução assistida.

Ainda que alguns estados já estiverem realizando o reconhecimento extrajudicial da "paternidade" socioafetiva mediante a edição de normativos próprios, o Provimento 63/2017 do CNJ vem para consolidar a possibilidade de que o

reconhecimento da filiação socioafetiva seja efetivado nos cartórios do registro civil de qualquer unidade federativa, uniformizando o seu procedimento.

Portanto, de acordo com o referido provimento, os requisitos para que o reconhecimento da filiação socioafetiva seja deferido extrajudicialmente são os seguintes:

- I - Requerimento firmado pelo ascendente socioafetivo (nos termos do Anexo VI), testamento ou codicilo (artigo 11, parágrafos 1º e 8º, do Provimento 63/2017 do CNJ);
- II - Documento de identificação com foto do requerente – original e cópia simples ou autenticada (artigo 11 do Provimento 63/2017 do CNJ);
- III - Certidão de nascimento atualizada do filho – original e cópia simples ou autenticada (artigo 11 do Provimento 63/2017 do CNJ);
- IV – Anuência pessoalmente dos pais biológicos, na hipótese do filho ser menor de 18 anos de idade (artigo 11, parágrafos 3º e 5º, do Provimento 63/2017 do CNJ);
- V – Anuência pessoalmente do filho maior de 12 anos de idade (artigo 11, parágrafos 4º e 5º, do Provimento 63/2017 do CNJ);
- VI - Não poderão ter a filiação socioafetiva reconhecida os irmãos entre si nem os ascendentes (artigo 10, parágrafo 3º, do Provimento 63/2017 do CNJ);
- VII - Entre o requerente e o filho deve haver uma diferença de pelo menos 16 anos de idade (artigo 10, parágrafo 3º, do Provimento 63/2017 do CNJ);
- VIII - Comprovação da posse do estado de filho (artigo 12 do Provimento 63/2017 do CNJ).

Desse modo, para que não ocorram fraudes e litígios de má fé, além do requisito da manifestação de vontade do requerente, dos pais biológicos e do filho maior de 12 anos, a referida norma institui ao oficial de registro a necessidade de observar a configuração da posse de estado de filho como condição indispensável à caracterização da filiação socioafetiva.

Nesse sentido, a posse do estado de filho deve construída por três requisitos, o primeiro é o tratamento (*tractatus*), este está presente quando o indivíduo é tratado na família como filho; o segundo é nome (*nomem*) acontece quando ao filho é atribuído o nome e sobrenome dos pais; já o terceiro é a fama ou reputação (*reputatio*), ocorre quando há repercussão social da relação de filiação, do tratamento de pais e filhos, quando os vizinhos reconhecem aquela relação de pai e filho.

Portanto, o oficial de registro deve estar atento à comprovação da posse do estado de filho, mais especificamente, no tocante aos elementos do tratamento e da fama que, aliados ao requisito da manifestação de vontade, caracterizam a filiação socioafetiva. Além dos requisitos escritos para o reconhecimento de paternidade socioafetiva, segundo o Provimento 63/2017 do CNJ, são exigidos os seguintes documentos: a) certidão de casamento ou instrumento de reconhecimento de união estável, referente ao pretense ascendente socioafetivo e a mãe ou pai biológico - *tractatus*; b) declaração de duas testemunhas, parentes ou não, que atestem conhecer o requerente e o filho, reconhecendo entre eles a existência de relação afetiva de filiação.

7. OS EFEITOS

Sendo assim, pode-se concluir que o reconhecimento da filiação socioafetiva produzirá os mesmos efeitos pessoais e patrimoniais resultantes da filiação consanguínea.

A filiação existente entre pai e filho, seja ela biológica ou socioafetiva é incapaz de, por si só, gerar consequências jurídicas, haja vista ser necessário o seu reconhecimento, caso contrário o filho não terá a possibilidade de usufruir de seus direitos (PEREIRA, 2006, p. 208). “Os direitos subjetivos do filho, provenientes, sem nenhuma dúvida, da relação de parentesco, tornaram-se juridicamente exigíveis por via do reconhecimento, por efeitos do reconhecimento” (PEREIRA, 2006, p. 208).⁶

7.1 Efeitos pessoais

O estado de filiação é a da relação jurídica de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres que devem ser reciprocamente divididos entre os filhos, sem distinção do mesmo.

Segundo o autor, Caio Mário da Silva Pereira (PEREIRA, 2006, p. 218), estabelece sobre a filiação que:

“O estado, pois, constitui uma realidade objetiva, de que cada um é titular, e que usufrui com exclusividade. Realidade tão objetiva, que se lhe prendem atributos peculiares aos bens incorpóreos: diz-se ter o estado de filiação adotiva; vindicar o estado de filiação legítima; reclamar o estado de filiação natural. Diz-se, mais, de alguém que não tem, declarado, o estado de filiação ilegítima, que ele está na sua posse, quando a símile da posse de coisa se apresenta aos olhos de todos como titular daquele estado, como tendo o exercício dos direitos respectivos, posto que proibida a designação discriminatória (SOBRAL, 2015).

A utilização do patrimônio paterno é um direito exclusivo do filho socioafetivo, no qual surge no vínculo de parentesco, que se determina pela filiação biológica ou socioafetiva, no qual é um efeito do reconhecimento de paternidade. Nesta esteira, o direito ao nome é um direito personalíssimo, que identifica a pessoa perante a sociedade e o torna único. Segundo Spencer Vampré o direito ao nome: “é um direito da personalidade. Consiste no poder de individualizar-se, e tem, portanto, caráter de direito pessoal inalienável, imprescritível, inalienável e absoluto (*erga omnes*)” (apud PEREIRA, 2006, p. 244).

Portanto, o nome dispõe a um valor inerente a dignidade da pessoa humano, no qual todo indivíduo deve possuir para ser reconhecido perante a sociedade. O reconhecimento da paternidade socioafetiva submete o filho menor ao poder familiar. É isso que reza o artigo 1.612 do Código Civil de 2002, que segue transcrito: “O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor”.

O poder familiar gera para os pais, as obrigações de criar, educar e manter os filhos em sua guarda e companhia representá-los até os 16 anos e assisti-los até os 18 anos, e administrar seus bens até que completem a maioridade (FIÚZA, 1998, p. 657). Por este motivo, os pais tem o direito de exigir obediência e respeito dos filhos. Este instituto deve ser compreendido como uns poderes de proteção como um principiam da proteção integral ao filho.

Vale ressaltar, que o artigo 249 da Lei 8.069/90, e os pais deixarem de cumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar poderá ser condenado ao pagamento da multa.

7.2. Dos Efeitos Patrimoniais

No reconhecimento de paternidade social gera direito de alimentos ao filho socioafetivo, sendo assim surge à obrigação alimentícia do pai para com o filho. Explicita Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 312) que:

“Reconhecido o filho, declarada, portanto, a relação de parentesco, cria-se a obrigação de prestar alimentos, obrigação recíproca entre pai e filho, nos termos do artigo 397 do Código Civil de 1916 (art. 1.696, CC de 2002), extensiva a todos os ascendentes, e subsidiariamente aos parentes colaterais.”

Ressalta-se que o direito aos alimentos encontra-se amparo no Código Civil de 2002, nos artigos 1.634 e 1.694, e artigos 227 e 229 da Carta Magna de 1988, bem como o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Logo, “a lei transformou os vínculos afetivos que existem nas relações familiares em encargo de garantir a subsistência dos demais parentes”.

Preceitua o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 sermos o dever de sustento um direito inerente da dignidade da pessoa humana. Vale salientar que, uma nova corrente doutrinária defende a possibilidade de se pleitear a ação alimentos junto ao pai biológico, caso o pai socioafetivo não possuir condições econômicas de prover o sustento do filho, com o entendimento de “que a responsabilidade alimentar antecede o reconhecimento civil ou judicial da paternidade”, de modo que “a concepção gera o dever de prestar alimentos, ainda que o pai biológico não saiba da existência do filho nem de seu nascimento (...)”, é o que pode ser chamado de paternidade alimentar (DIAS, 2007, p. 469)⁷.

7.3. Efeitos de sucessão

O instituto da sucessão visa resguardar o direito à herança e que o patrimônio de alguém que veio a falecer “o de cujus”, permaneça segundo sua vontade com seu sucessor. No entendimento quanto ao fundamento da sucessão para Gonçalves (2012, p.28), têm-se o seguinte:

O fundamento da transmissão sucessória, ou seja, a razão pela qual se defere a uma pessoa indicada por lei, ou pela vontade manifestada em vida pelo autor da herança, o acervo de direitos que até então a este pertencia, apresenta variações conforme o momento histórico que se esteja a analisar e a corrente de pensamento a que se queira filiar.

Pode-se dizer que a sociofatevidade no direito de família atual encontra mais respaldo e menos discussões, os litigantes contentam-se com as decisões judiciais, algumas inclusive já pacificadas. O mesmo não se pode dizer quando esse tema se volta para as questões patrimoniais, mesmo porque o direito sucessório sempre foi tema de opiniões diversas quanto a quem de direito mereça ou a quem se acha no direito de merecer.

Conforme Gonçalves (2012, p.30)

O direito sucessório tem sofrido, todavia, numerosas impugnações, especialmente dos jusnaturalistas e escritores da escola de Montesquieu e Rousseau, ao argumento de que a sucessão, como a propriedade, constitui pura criação do direito positivo, que este pode conseqüentemente eliminar, logo que isso interesse às conveniências sociais.

O afeto no direito sucessório há algum tempo já vem sendo requisito para determinar uma ordem ou classe de quem faz jus à herança sabe-se que os descendentes têm a chamada prioridade devido o seu grau de proximidade ao de cujus.

Nos dizeres de Pereira, (2015, sem paginação):

Para priorizar as relações de afeto, e o dever de mútua assistência que está atrelado a elas, a lei criou uma ordem de prioridade entre os herdeiros, beneficiando aqueles mais próximos do de cujus. Essa classificação é conhecida como ordem de vocação hereditária. Dividem-se os herdeiros em classes (descendentes, ascendentes, cônjuge e companheiro (embora de forma diferenciada) podendo parentes colaterais), graus (1º, 2º, 3º, etc.) e linha (materna e paterna).

No entanto não se pode dizer que os casos envolvendo o parentesco socioafetivo nas relações familiares voltadas ao direito sucessório encontre respaldo jurídico, não há lei específica e as decisões ficam a cargo dos magistrados para que seja analisado cada caso concreto, o que na maioria das vezes leva anos até uma sentença definitiva, que inclusive só são resolvidas nas instâncias superiores.

Um exemplo que podemos citar é o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

TJRS, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, AP 70014775159, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 28.06.2006. Caso de um filho adotivo que buscou ser reconhecido como filho socioafetivo e conseqüentemente com direito à petição o direito de herança, visto que sempre cuidou da mãe socioafetiva e esta sempre o teve como filho, inclusive como guardião judicial quando este era incapaz, em seu voto Maria Berenice Dias defende que "a filiação não se constitui somente pelos vínculos de consanguinidade, mas por outras formas também, e aí está a filiação que ele prefere chamar de sociológica, que todos chamam de socioafetiva, mas que eu prefiro chamar de filiação afetiva." A ação foi julgada improcedente por maioria dos votos, sob a alegação de que o apelado tão somente buscava as vantagens financeiras nos seguintes termos "É bom ter os olhos bem abertos, para não se deixar tomar pela bem intencionada, mas ingênua ilusão de que em tais situações se estará preservando o princípio da dignidade da pessoa humana, pois o que invariavelmente se encontra por trás e pretensões da espécie aqui deduzida nada mais é do que o real interesse patrimonial. É de indagar se o apelado deduziria este pleito se a falecida guardiã fosse pessoa desprovida de posses.

É nítido que a maioria dos litígios é sempre para desconstituir a legitimidade ou a garantia dos direitos aos herdeiros socioafetivos, sempre sobre o questionamento de não haverem sido constituídos como herdeiros testamentários se era essa a vontade do de cujus, o que há de se observar nessa questão é que um pai ou um filho afetivo devem ser constituídos como herdeiros legítimos, não cabendo a estes somente o quinhão da parte testamentária, mas sim sobre toda a legítima do patrimônio. Assim que provado os devidos laços de parentesco, juridicamente cabe os devidos direitos e a legitimidade para pleitear a herança.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É necessário observar o novo entendimento de família no direito brasileiro, a Constituição de 1988, reconheceram os diversos modelos de entidade familiar, salvaguardando-os através dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, convivência familiar e pelo não menos importante da afetividade, a paternidade socioafetiva então se tornou comum nos novos modelos de família brasileira.

O que há de mais comum na família moderna é o convívio entre pais e filhos afetivos, que passam a conviver juntos por anos, muitas das vezes até o falecimento,

por exemplo padrasto com seu enteado ou casais que cuidam de crianças abandonadas ou que necessitam dos cuidados de uma família, quer por falta de tempo, conhecimento ou até mesmo comodismo, não ajustam suas condições aos moldes jurídicos, ou o fazem com a chamada “adoção à brasileira”.

Ocorre que no momento o registro da paternidade socioafetiva, a relação entre pai e filho é concretizada, não podendo mais ser desfeita, pois independente do vínculo biológico, o que prevalece é afetividade.

Mesmo com todas as divergências e contradições, os laços de socioafetividade vêm se sobrepondo à verdade biológica, em caso voltados ao reconhecimento da paternidade ou do estado de posse do filho, a maioria das sentenças, senão todas no último ano, tem sido favorável ao reconhecimento, não havendo contestações ou recursos das partes envolvidas.

A maior problemática se dá na parte onde envolve a parte patrimonial, enquanto vivo todos aceitam os laços de parentesco, convivem como família, há toda uma publicidade do vínculo e da relação familiar.

Se as relações paterno-filial, que já não são exclusivas da origem biológica ou matrimonial, que consideram a socioafetividade como requisito fundamental de sua constituição, se são protegidas pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, se o estado de filiação dá a qualificação jurídica necessária à relação de parentesco e estas relações são protegidas por lei específica, qual seja, o código civil e pela Constituição, é necessário que se entenda essa proteção jurídica ao direitos do filho afetivo, diminuindo os conflitos sociais e jurídicos que atolam os tribunais.

Uma medida que seria viável à preservação do direito sucessório diante dos casos de socioafetividade seria o reconhecimento, inclusive tivemos decisões jurisprudenciais recentes favoráveis à inclusão dos nomes dos dois pais e também dos ascendentes, pois a partir de então não haverá diferença na partilha, as quotas partes serão iguais aos filhos e pais como legítimos, não tendo que depender da parte testamentária, assim como evitaria os desgastes em litígios judiciais.

No ordenamento jurídico já temos todos os princípios basilares que guardam a socioafetividade, buscando valorizar a pessoa humana, sua vida na sociedade e principalmente as relações familiares que são protegidas pelo Estado de forma a prestar a tutela judicial adequada quando necessário, então se há oportunidade dessa tutela ser resguarda de forma preventiva, que se faça acompanhando as mudanças culturais, sociais, jurídicas, etc. Um exemplo do quanto essas mudanças acontecem é o fato de “o afeto” atualmente ser o dever jurídico mais valorado no âmbito do Direito

de Família, diante de todos os outros anteriormente primordiais como o matrimonial e o consanguíneo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. Editora: Revista dos Tribunais, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Volume VII: direito das Sucessões**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva – Efeitos Jurídicos**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar: ABDR, 2009.

Registro de paternidade: vínculo socioafetivo prevalece em relação à verdade biológica. Disponível em; <http://boletimjuridico.publicacoesonline.com.br/registro-de-paternidade-vinculo-socioafetivo-prevalece-em-relacao-a-verdade-biologica/>. Acesso em: 21/05/2021.

Carlos Magno Alves de Souza. CNJ cria regras para reconhecimento extrajudicial de filiação socioafetiva. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-03/carlos-souza-cnj-cria-regras-reconhecer-filiacao-socioafetiva>. Acesso em: 20/05/2021.

"Ser pai. É ter sempre palavra. Socorrer filho que cai. Mostrar valor da lavra. Cultivar sempre carinho. O significado da verdade. Mostrar sempre o caminho. E a importância da liberdade."

Sidney Poeta Dos Sonhos