

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1065

(Ano XIV)

(01/01/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

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: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Caso Allan dos Santos: narrativas e arbítrios x constitucionalidade e legalidade

Eduardo Luiz Santos Cabette, 07.

ARTIGOS

Imposto de Renda e a Tributação sobre a Pessoa Física e sobre Mercado Financeiro e de Capitais.

Ana Carolina Lessi Matarésio, 56.

Família Multiespécie: Os efeitos jurídicos e a possibilidade de guarda compartilhada para os animais de estimação na dissolução do vínculo conjugal

Daniela de Carvalho Franco e Daniel Malta Vasconcelos de Souza, 63.

Morosidade no processo de adoção e o não cumprimento do melhor interesse da criança e do adolescente perante a Constituição Federal

Ruan Cavalcante Rocha e Talita Priamo Machado, 78.

A importância do diagnóstico social e indicadores no que tange o trabalho social com famílias, meio a garantia de direitos na política de assistência social

Ana Lúcia Barbosa de Oliveira, 95.

A desjudicialização e o enfrentamento à cultura do Judiciário estatal no Brasil

Domitilla Isabel Lopes de Assis e Gabriela Cristina da Costa Lima, 110.

Movimentos sociais no processo de inclusão social: Pesquisa Temática

Josiele Souza Santos, 124.

Pensando o direito empresarial: o título ao portador, a nota promissória, o boleto, a duplicata e o cheque

Alexandra Gomes dos Santos Matos, 127.

Ministério Público: função essencial ao acesso à justiça.

Brenno Augusto Freire Menezes, 136.

Os direitos humanos no século XXI

Benigno Núñez Novo, 163.

A dualidade jurisdicional entre a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral

Elisa da Penha de Melo Romano dos Reis, 169.

Concessão de isenção heterônoma, no contexto do ISSQN – Imposto Sobre Serviços De Qualquer Natureza, em face do princípio da vedação constitucional da vedação de concessão de isenções heterômas

Marcos André Moreira da Silva, 178.

A contribuição humanista de Antonio de Nebrija

Benigno Núñez Novo, 197.

A interceptação telefônica como meio de prova no processo penal para combater as organizações criminosas

Matheus Batista dos Santos, 203.

Imprescindibilidade do inquérito policial e seus standards probatórios.

Vitor Freitas Andrade Vieira, 218.

A violação da dignidade da pessoa humana à luz das relações consumeristas

Francisco Gustavo Alves Araújo, 226

Dano moral por alienação parental

Janália Najara Pinto e Natália Ellen Lourenço Ferreira, 247.

Abandono afetivo de crianças: é ato ilícito? Deve ser reparado?

Ana Luiza Gomes Anacleto e Beatriz Silva da Costa, 261.

CASO ALLAN DOS SANTOS: NARRATIVAS E ARBÍTRIOS X CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE, Delegado de Polícia aposentado, Mestre em Direito Social, Pós – graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na Pós – graduação do Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.

*“Pior do que um bandoleiro, só um tribunal falso
Onde dorme a lei, o juiz é nosso inimigo
O pescoço do cidadão, sem abrigo,
Estende-se para o cadafalso”.*

Gávrila Romanovich Derzhavín
(1743 – 1816)

Em meio ao turbilhão de narrativas sem lastro probatório (ou pior, sem assento na realidade dos fatos) e arbítrios a que nos vamos, na falta de melhor palavra, “acostumando” ou “sendo acostumados” (a fórceps), eis que surge a notícia da decretação pelo STF da prisão preventiva do jornalista ALLAN LOPES DOS SANTOS. E não somente isso, do bloqueio de todos os seus recursos financeiros pessoais e empresariais, bem como do fechamento do veículo de imprensa de sua titularidade denominado TERÇA LIVRE e ainda da determinação de sua extradição dos Estados Unidos, onde se encontra, para o Brasil. 1

Obviamente há imensa desproporção (sem considerar mais profundamente por ora o mérito) nessa decisão inusitada, sendo indispensável, nem mesmo que seja somente para registro histórico, dadas as peculiaridades do momento a não alimentarem maiores esperanças de justiça, analisar suas insustentáveis bases que mal se podem comparar aos famosos pés de barro de um gigante, 2 já que a única coisa realmente gigantesca é exatamente a ausência de qualquer espécie de sustentação plausível para as medidas

1 HIGÍDIO, José. Alexandre de Moraes determina a prisão preventiva de Allan dos Santos. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-out-21/alexandre-moraes-determina-prisao-preventiva-allan-santos>, acesso em 03.11.2021.

2 A imagem do gigante de pés de barro é emprestada do escritor lusitano José Saramago, utilizada por ele em outro contexto, mas extremamente adequada ao caso em destaque. Cf. SARAMAGO, José. *Cadernos de Lanzarote*. 2ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 375.

draconianas adotadas em afronta à Constituição, às leis e até mesmo à isonomia com relação a outros profissionais, órgãos de imprensa e indivíduos.³

Sabe-se que todo o esforço para expor as ilegalidades e inconsistências, já para iniciar deveria ser desnecessário, deveria ser uma constatação de obviedades, mas, na verdade, se torna praticamente inútil, tendo em vista o que parece ser um poder incontestável e ilimitado, cujo abuso patente se reitera nos braços da impunidade e, ao menos até agora, se apresenta indelével.

Mas, como a autoridade do sujeito (seja individual ou coletiva) não se pode derivar de uma mera “crença” nessa autoridade, de um autoritarismo qualquer ou de um automatismo subserviente, é preciso ter a iniciativa de encetar a crítica e buscar a verdade, a qual não se torna verdade porque advém de uma autoridade qualquer, mas sim confere autoridade a quem a abriga e respeita. Em suma, a autoridade tem origem e legitimação na verdade, jamais a verdade precisa da autoridade para se sustentar.

Na Petição 9.935/DF – STF, 4 o Ministro Alexandre de Moraes inicia sua fundamentação, destacando trechos da representação da Prisão Preventiva pela Autoridade Policial.

Logo de início, a leitura desses trechos já demonstra a inconsistência não somente do pedido de medida cautelar privativa de liberdade e restritivas de direitos, mas do próprio feito principal em que são pleiteadas.

Acontece que a Autoridade Policial descreve condutas que sequer se amoldam a qualquer tipo penal que possa justificar nem mesmo a instauração de um inquérito, quanto mais medidas restritivas contra alguém. A mera leitura das manifestações da Autoridade

³ A respeito das várias ilegalidades e inconstitucionalidades dos Inquéritos em que tais decisões são proferidas, afora o tratamento totalmente desigual conferido a indivíduos, órgãos de imprensa, jornalistas e movimentos da chamada “esquerda”, já nos manifestamos à exaustão: Cf. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Bloqueio Cautelar Processual Penal de Redes Sociais e Desprezo da Ampla Defesa e do Contraditório ou Ah, que Saudades das Ordálias! Disponível em <https://jus.com.br/artigos/84234/bloqueio-cautelar-processual-penal-de-redes-sociais-e-desprezo-da-ampla-defesa-e-contraditorio>, acesso em 03.11.2021. Cf. também CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Inquérito Judicial das “Fake News”: as obviedades que precisam ser explicadas. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/854579298/inquerito-judicial-das-fake-news-as-obviedades-que-precisam-ser-explicadas>, acesso em 03.11.2021. Cf. ainda: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O Julgamento “Fake” News e a Continuidade da Ilegalidade. Disponível em <https://juspil.com.br/o-julgamento-fake-news-e-a-continuidade-da-ilegalidade/>, acesso em 03.11.2021. Também muito instrutivos a respeito são os seguintes livros: PIOVESAN, Cláudia R. de Moraes (org.). *Inquérito do Fim do Mundo*. Londrina: EDA, 2020, “passim”. PIOVESAN, Cláudia R. de Moraes (org.). *Sereis como Deuses – O STF e a subversão da Justiça*. Londrina: EDA, 2021, “passim”.

⁴ STF, Petição 9.935/DF. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/alexandre-moraes-determina-prisao.pdf>, acesso em 03.11.2021.

Policial demonstra a total inexistência de Justa Causa para o constrangimento, seja de Allan dos Santos, seja de quaisquer outros envolvidos naquele feito.

Menciona-se a “articulação de pessoas para a divulgação de notícias falsas ou parciais”. Desde logo é preciso deixar claro que a parcialidade ou falsidade de notícias é algo cujo julgamento certamente não cabe a órgãos policiais e/ou judiciais, e menos ainda a eventuais organismos censores estatais ou privados. Há muitos órgãos de informação, alguns de grande alcance e imensos recursos, outros mais modestos ou até mesmo amadores, iniciativas puramente individuais. Em todos esses veículos podem surgir informações parciais ou até mesmo falsas. Não passa de puerilidade ou ingenuidade das mais crassas a credence de que se algo é veiculado pelos jornais, revistas, rádio, televisão etc., é necessariamente verdadeiro. Ora, as mentiras divulgadas por toda a história estão a comprovar, indubiosamente, que dizer que “se saiu na imprensa, então é verdade, se não saiu, é mentira”, constitui a maior “fake News” de que se possa ter conhecimento! Ou ainda uma das maiores cretinices e imbecilidades de que um ser humano possa ser capaz. O filtro da credibilidade dos veículos somente pode ser um: o indivíduo que recebe a informação e deve aprender a filtrá-la autonomamente. E em nada se altera o quadro quando se parte para os agora tão difundidos órgãos de checagem de notícias, os quais sofrem dos mesmos vícios que os veículos noticiosos. A suposta checagem e orientação heterônoma das pessoas se constitui em uma espiral infinita de vigias que vigiam os vigias. E tudo isso, inevitavelmente acaba descambando para uma censura que se pretende velada, mas está escancarada aos olhos de todos que podem ver e só não enxergam os cegos voluntários.

Salvo situações aberrantes, na grande maioria dos casos a alegação de falsidade ou parcialidade tem se dado, seja por órgãos estatais (inclusive o judiciário), seja por agências de suposta checagem, devido a uma temível e terrível incapacidade de distinção entre divulgação de *informações* e expressão de *opiniões*. Nada mais do que uma carência (motivada pela ignorância ou pela má – fé) de capacidade de discernimento entre *juízos de fato* e *juízos de valor*.

Quando autoridades policiais, magistrados, membros do ministério público passam a pretender ditar o que é *verdade* em meio a esse emaranhado de opiniões e informações que giram na mídia, alguns efeitos altamente deletérios são inevitáveis, dentre eles: o império do subjetivismo muitas vezes guiado por posições ideológicas; a arbitrariedade; a censura prévia; a restrição indevida do direito de opinião, pensamento, informação, liberdade de imprensa e liberdade em geral; a criminalização de opiniões e discordâncias, geralmente também guiada por posicionamentos ideológicos e subjetivismos; o silenciamento do discurso pelo poder da força e da intimidação e o impedimento do debate salutar, mediante a imposição totalitária de um discurso único. Estamos diante de uma bastarda ou degenerada apropriação pelo Estado, por meio de seus agentes repressores e opressores, da liberdade de definição do que seja *verdade*, o

que deveria ser um ato do indivíduo, no sentido político do “agir” a que se refere Arendt. 5 Somente faltaria criar e organizar uma “Polícia do Pensamento” e um “Ministério da Verdade” (“Miniver” em “Novilíngua”) nos moldes da distopia de Orwell. 6 Trata-se basicamente da produção em massa do “homem – massa”, disforme, dócil, covarde e moldável, totalmente destituído da mais mínima autonomia e maturidade intelectual. 7 E note-se que a coisa não abranda quase nada quando se tratam de controles exercidos por Redes Sociais ou Agências Particulares de suposta checagem. Talvez o único fator de abrandamento nesses casos seja a incapacidade desses entes privados de criminalizar condutas. No mais, seus poderes podem ser ainda mais arbitrários do que aqueles exercidos pelo Estado. Observe-se que em bloqueios e banimentos realizados pelas próprias redes diretamente, não há sequer um simulacro de fundamentação, uma satisfação mínima que seja ao usuário. Por mais desprovida de sustentação, uma decisão judicial como a que se analisa neste texto pelo menos tenta apresentar uma aparência de legitimidade e de fundamentação para formalmente (e só formalmente) satisfazer o comando constitucional do artigo 93, IX, CF/88.

Note-se que ainda que se pretendesse fazer uma ligação da conduta descrita com o crime eleitoral previsto no artigo 326 – A, da Lei 4737/65 (Código Eleitoral), com redação dada pela Lei 13.834/19, com o crime de “Denúncia Caluniosa” previsto no artigo 339, CP ou mesmo com crimes contra a honra previstos seja no Código Eleitoral seja no Código Penal, a situação se assemelharia à descrição de um homem como um “bípede sem penas ou asas”, 8 já que, na verdade, a exposição da conduta é, no mínimo, absolutamente lacunosa, para não dizer vazia. Não há indicação sobre alguma imputação concreta a alguém, muito menos menção à causa de uma apuração indevida contra algum sabidamente inocente decorrente da ação do increpado, simplesmente nada a não ser uma expressão verbal genérica. Retornando ao artigo 326 – A, do Código Eleitoral é bom lembrar que o mantra equivocado de que este constituiria a incriminação legal das chamadas “fake News”, é totalmente “fake”. Esse dispositivo nada mais é do que uma forma especial de denúncia caluniosa com qualificação eleitoral. Nunca existiu no Brasil a criminalização de notícias falsas ou “fake news” em geral, isso é uma ilusão, para não dizer a maior das “fake News”. Ademais, como já se demonstrou, tal criminalização seria inviável

5 É no “agir” que o homem se torna individualizado, se abre para a *pluralidade*, é nele que “os homens” e não “o Homem” vive na Terra e habita o mundo. Cf. ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 15.

6 ORWELL, George. 1984. Trad. Wilson Velloso. 29ª. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005, p. 6 – 7.

7 Cf. ORTEGA Y GASSET, José. *A Rebelião das Massas*. Trad. Marylene Pinto Michel. São Paulo: Martins Fontes, 2002, “passim”.

8 LAÉRTIOS, Diôgenes. *Vidas e Doutrinas de Filósofos Ilustres*. Trad. Mário da Gama. 2a. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2008, p. 162.

dada a indeterminação das diversas circunstâncias, interpretações, opiniões etc. A única consequência de uma criminalização como essa é exatamente a que ocorre com a atual violação patente da legalidade, ou seja, opressão, abuso e censura. 9

Outra alegação da Autoridade Policial destacada pelo Ministro é a de que se pretende com tais notícias e comentários “influenciar a população em relação a determinado tema”. Pergunta-se: desde quando o intuito de influenciar o público em relação a qualquer tema passível de discussão é uma conduta criminosa? O que fazem todos os órgãos de comunicação diuturnamente senão isso? O que fazem pessoas e grupos em geral que divulgam eventos culturais de toda espécie? O que fazem escritores, sejam eles poetas, ficcionistas ou autores de não – ficção ligados a alguma área do saber? O que faz cada um de nós quando discute com alguém pessoalmente ou nas redes sociais acerca de uma questão qualquer?

No mínimo se a tal “influência” pretendida pode configurar algum crime como, por exemplo, “apologia ao crime ou ao criminoso”, “racismo” ou seja lá o que for, seria exigível a descrição pormenorizada da conduta criminosa e não a referência genérica ao intuito livre e natural de pretender influenciar terceiros com as ideias que lhe pareçam acertadas. E frise-se, não importando se tais ideias subjetiva ou objetivamente possam ser consideradas corretas, coerentes, verdadeiras ou absurdas, ridículas, estúpidas ou mesmo falsas. Por uma razão ou outra alguém estaria proibido de divulgar e tentar convencer as pessoas acerca da existência de extraterrestres e inclusive de um plano mirabolante de invasão e domínio da Terra? Estaria alguém proibido de questionar a lei natural da gravidade ou, como gostam tanto do exemplo, de defender que a Terra é plana? Estaria alguém proibido de tentar demonstrar a real existência de Lobisomens ou Vampiros, do Pé – Grande ou do Curupira? Sendo as informações ou opiniões estapafúrdias ou contraditadas por outras, cabe ao “livre mercado de ideias” seu afastamento num ciclo natural e desimpedido, benfazejo até mesmo ao aprimoramento do conhecimento humano e ao banimento de dogmas indiscutíveis que escravizam e manietam o pensamento e a inteligência.

O embate de ideias contraditórias, segundo Mill, é altamente vantajoso. Caso uma ideia seja descabida, a força argumentativa da ideia oposta vencerá com facilidade a colisão, ensejando ainda mais o fortalecimento desta no seio da sociedade. O pensamento absurdo, dessa forma, favoreceria à ideia considerada mais correta ou objetivamente correta. Doutra banda, em não conseguindo a ideia dominante prevalecer no embate racional, seria certo considerar que a ideia oposta, inicialmente tida como absurda, devesse

9 Para maior aprofundamento a respeito da falsidade da chamada “criminalização das ‘fake news’”, vide: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Criminalização das “Fake News”: a maior “Fake News” do momento. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/753882213/criminalizacao-das-fake-news-a-maior-fake-news-do-momento>, acesso em 04.11.2021.

ser acolhida, sobrepondo-se às convicções antecedentes. Seja como for, a liberdade de expressão do pensamento foi de utilidade para a discussão pública, protegendo a humanidade do engessamento em dogmas perpetuados pela blindagem à crítica, mesmo em se tratando de uma ideia que acabou se apresentando como errônea. 10

É bem verdade que os críticos do “livre mercado de ideias” como acrisolador dos pensamentos e suas expressões no debate público podem apresentar objeções com casos extremados como, a defesa do Nazismo, da discriminação de pessoas ou grupos, do genocídio etc. Há, porém, quem defenda mesmo a expressão desses discursos, embora deles discorde peremptoriamente. Não obstante, é possível estabelecer uma regra com exceções bem marcadas pela legislação, inclusive penal, sempre com muito cuidado para não ferir a liberdade de expressão e marcar de forma determinada as práticas proibidas e sancionadas, o que não se consegue com a descrição de condutas genéricas como aquela exposta pela Autoridade Policial e reproduzida acriticamente pelo Ministro Alexandre de Moraes, nem também com o recurso à expressão absolutamente aberta e, portanto, indefinida, do que se convencionou chamar genericamente de “discurso do ódio” (“Hate Speech”). A referência a essas espécies de expressões de sentido multifário, inseguro ou indeterminado constitui um perigo ou mesmo já um dano (potencial ou efetivo) à liberdade de expressão, informação, imprensa, pensamento e manifestação, além de uma evidente violação ao Princípio da Legalidade Estrita. Esta, como aduz Ferrajoli, para além da legalidade penal, exige uma chamada “legalidade estrita”, consistente não somente na previsão legal escrita da conduta incriminada, mas na necessidade de que tal conduta seja descrita no tipo penal de uma forma semanticamente segura e indubitosa. 11 E não só no tipo penal, mas também em toda e qualquer descrição de conduta imputada a alguém, a fim não somente de legitimar a persecução penal em qualquer de suas fases, mas de possibilitar o exercício do devido processo legal em suas vertentes da ampla defesa e do contraditório.

A redação dada pela Autoridade Policial, em sua precariedade técnica, acaba ensejando uma espécie de “ato falho”, porque depois de apresentar a afirmação de que a conduta perseguida é a de divulgação de notícias falsas ou parciais para o fim de influenciar pessoas, acaba reconhecendo que aquilo que descreveu não constitui ilícito penal, já que observa entre parêntesis: “também incidindo na prática de tipos penais previstos na legislação” (sic). Ora se as condutas descritas já fossem crimes, não seria possível utilizar a palavra “também”. Esta última transmite o recado de que as condutas anteriormente descritas não são “práticas” criminosas, não configuram “tipos penais”. A mensagem é a de que, além dessas condutas, que não seriam crimes (e realmente não são), haveria incidência

10 MILL, John Stuart. *On liberty*. Kindle edition. Start Publishing LLC: 2012, p. 272.

11 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer “et al.” São Paulo: RT, 2002, p. 31.

em supostos tipos penais, os quais, porém, nem sequer são elencados ou indicados minimamente pela Autoridade Policial.

Finalmente, ainda no mesmo parágrafo destacado pelo Ministro, a Autoridade Policial se refere ao intento do agente de “obter vantagens político – partidárias e/ou financeiras” (sic). Novamente se trata de descrição de conduta absolutamente atípica, a não ser que se pretenda criminalizar a atividade política em geral (que invariavelmente objetiva ganhos político – partidários) e ainda a atividade jornalística e empresarial também em geral, onde é natural e economicamente salutar o intuito de lucro financeiro. Acaso se pretendesse punir todos os jornalistas que apresentam viés político – ideológico, certamente haveria um agigantamento do problema de lotação carcerária no Brasil e o tão propalado “estado de coisas inconstitucional”¹² chegaria ao paroxismo. O mesmo se diga a respeito dos órgãos de imprensa que, por meio de seus dirigentes, objetivam ganhos financeiros. Seria necessário encarcerar e processar criminalmente à margem da legalidade simplesmente todos os jornais, revistas, programas radiofônicos, televisivos, transmitidos via internet, blogs etc., salvo aqueles comunitários sem fins lucrativos (v.g. rádios comunitárias, jornais de bairro distribuídos gratuitamente).

É difícil elucidar se é a Autoridade Policial que, descurando de sua função de primeiro filtro garantidor, se submeteu a uma missão de Procusto a qualquer preço, a fim, talvez, de agradar o Ministro que determinou a instauração do feito ou de não se envolver em polêmicas eventualmente prejudiciais à sua carreira; ou se é o próprio Ministro que, em um afã punitivista e opressor cego e incontido, faz vista grossa à inanidade jurídica da exposição da Autoridade Policial. Ou talvez, possam ser as duas coisas ao mesmo tempo, as quais se retroalimentam numa espécie de círculo vicioso.

Como bem lembram Rosa e Tobler:

Na mitologia grega, o personagem Procusto, da história do herói Teseu, foi um ladrão que assolou a Grécia Antiga. O sádico Damastes ou Polipêmon, como também era chamado Procusto, hospedava viajantes em sua casa, situada na serra de Elêusis entre Trezena e Atenas, local onde articulava singular procedimento com seus hóspedes: deitava-os em uma cama de ferro que dispunha serrando os pés daqueles que excedessem o tamanho do leito bem como distendendo violentamente as pernas dos que

¹² GONÇALVES, Cristiane Lopes. O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e as suas possíveis consequências na ordem jurídica brasileira. Disponível em <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/1132>, acesso em 03.11.2021.

não preenchessem todo o comprimento da cama. Todos acabavam vítimas. 13

Pois é, parece que a Delegada e o Ministro estão usando conjuntamente do “jeitinho de Procusto”. O Ministro estaria sofrendo do que Rosa e Tobler chamam de “Síndrome do Procusto Togado”, a Delegada, se me é permitido parafrasear, de “Síndrome do Procusto Armado”. E na lição dos autores: “O Direito não é o juiz” (nem o Delegado) “embora muitos pensem que *‘esse cara sou eu’*. Só que não” (interpolação nossa e grifos no original). 14

A autoridade da lei se interpõe como ponto de equilíbrio e limite às chamadas “autoridades”, pois como bem nos lembra Soljenítsin, “o poder ilimitado nas mãos de pessoas limitadas sempre leva à crueldade”. 15 Não se trata de diminuir ou desprezar a capacidade de ninguém. Fato é que basta ser humano para ser limitado. Soljenítsin não fala apenas como um intelectual ou escritor, mas como uma pessoa que viveu o terror e foi testemunha da história. Lembra o autor em destaque que a concentração do poder em pessoas (sempre limitadas) permitiu que artigos do código penal soviético fossem submetidos às mais diversas interpretações e ampliações analógicas, sob uma visão arbitrária da lei que “como o timão de uma carroça, volta-se para o lado onde se quer ir”. Essa mesma lei passa a ser vista como um obstáculo ao juiz, que a instrumentaliza a seu bel prazer a fim de remover qualquer contenção sob a alegação de que “o Código não pode ser uma pedra que barre o caminho do juiz”. 16 Sim, pode e deve ser uma pedra, um limite à arbitrariedade judicial e de quaisquer outras autoridades. Claro que não num ambiente como o soviético, mas sim num pretense “Estado Democrático de Direito”. Isso é de trivial conhecimento desde as legislações das Cidades – Estado gregas na antiguidade, onde se dizia que “governavam não os homens, mas as leis”. 17

No seguimento, o Ministro destaca nova manifestação da Autoridade Policial. Desta feita há a alegação de que Allan dos Santos atuaria a “pretexto” de jornalista. Não há descrição de qualquer prova ou indício de que Allan dos Santos não seja efetivamente

13 ROSA, Alexandre Morais da, TOBLER, Giseli Caroline. Quando o Juiz pensa “Esse Cara Sou Eu” e se vale do jeitinho de Procusto. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/leitura/quando-o-juiz-pensa-esse-cara-sou-eu-e-se-vale-do-jeitinho-de-procusto> , acesso em 03.11.2021.

14 Op. Cit.

15 SOLJENÍTSIN, Alexander. *Arquipélago Gulag* (Obra Completa). Trad. n/c. LeLivros. Ebook, p. 995. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/493889301/Arquipelago-Gulag-Obra-Completa-Aleksandr-Soljenitsyn> , acesso em 13.11.2021.

16 SOLJENÍTSIN, Alexander. *Arquipélago Gulag*. Trad. Francisco A. Ferreira, Maria M. Llistó e José A. Seabra. Lisboa: Círculo do Livro, 1973, p. 283.

17 CARDOSO, Ciro Flamarion S. *A Cidade – Estado Antiga*. São Paulo: Ática, 1985, p. 12.

uma pessoa dedicada à atividade jornalística. Ao reverso, ao que se sabe e se pode constatar na várias redes sociais, sites, programas etc., tal pessoa exerce e vive da profissão de jornalista. Para descaracterizar essa avalanche de *evidências* seriam necessárias uma nova avalanche de evidências em contrário e mais uma avalanche de provas, o que sequer é mencionado. Na verdade o fato de que Allan dos Santos é um jornalista é nada mais nada menos que “notório” e fatos notórios não precisam nem mesmo ser provados pela parte interessada, sendo a contraprova impossível (“Notoria non eget probatione”).

Fala-se em uma suposta “associação” que seria objeto de investigação, mas sem sequer esclarecer que espécie de associação seria (Criminosa???? Sociedade comercial???? Associação de Bairro????), seria uma referência ao crime do artigo 288, CP? Ou ao artigo 288 – A, CP, já que a expressão “Milícia Digital” acha-se banalizada? Parece que não pode jamais se tratar deste último caso, uma vez que não existe crime algum de “Milícia Digital” e jamais seria possível subsumir o que quer que isso queira dizer à conduta descrita no artigo 288 – A, CP! Afinal “Milícia Digital” não passa de uma espécie de gíria, um signo que não tem sequer significado muito menos referente, uma verdadeira fantasmagoria, e não deveria jamais ser utilizada por pessoas do meio técnico – jurídico, constituindo um vício hediondo de terminologia. Seria uma “Associação para o Tráfico” (artigo 35 da Lei 12.343/06)? Não é possível, não há qualquer referência a drogas ilícitas. Estaria, enfim, se referindo a Autoridade Policial, corroborada pelo Ministro, a uma “Organização Criminosa”, conforme previsto no artigo 1º, § 1º. c/c artigo 2º, da Lei 12.850/13? Se sim, não há a mais mínima descrição das características necessárias à configuração de tal agrupamento infrator. Não se sabe se a Autoridade Policial quer dizer que Allan dos Santos integra ou participa de alguma das infrações de concurso necessário acima mencionadas, muito menos quais crimes cometeriam e quais seriam seus comparsas, mesmo porque também não se sabe nada a respeito das características dessa suposta “associação” ou “organização”. Nada além de “flactus vocis” sem qualquer sentido aferível e pior, sem indicação de correspondência no mundo real que se tenha transcrito nos ou carreado aos autos da famigerada investigação.

Mas, eis que surgem os supostos objetivos dessa “associação” indeterminada.

A Autoridade policial se refere a “atacar integrantes de instituições públicas”. Mas, atacar como? Fisicamente? Moralmente? Com palavras? Com gestos? Com sinais? Com desenhos? Com textos escritos? Quais os meios utilizados? Não há descrição mínima! Ou será que por “atacar” se entende o que Allan dos Santos e todos os jornalistas e até mesmo pessoas em geral fazem diariamente? Criticar agentes públicos, funcionários públicos e agentes políticos? Isso é proibido? Pior, isso é crime!? Seria isso seletivamente proibido, ou seja, proibido para alguns jornalistas e algumas pessoas e não para outras? Proibido com relação a certos agentes públicos e não com relação a outros? Mas isso não geraria insegurança jurídica e não violaria a isonomia? Ao que se sabia nem mesmo na época do

Regime Militar havia algum crime previsto em lei consistente nessas atitudes críticas! Talvez se encontrem crimes dessa espécie no Direito Comparado, visitando legislações como a de Cuba, Coreia do Norte, China etc. No Brasil, contudo, foi o próprio Ministro Alexandre de Moraes quem afirmou categoricamente e em bom tom quando proferia voto, que quem não quer ser alvo de críticas ou sátiras não deve se apresentar para ocupar cargos públicos ou políticos, sendo inconstitucional qualquer intervenção constrictiva estatal relativa à liberdade de expressão. Afirmiação esta devidamente documentada em áudio e vídeo no Youtube. 18 Alegam os detratores que Fernando Henrique Cardoso teria mandado *esquecerem tudo que ele escreveu*. Por seu turno, o citado político nega lembrar-se de alguma vez ter proferido tal afirmação. Não há gravação e então a questão virou uma polêmica e faz parte do folclore político brasileiro. 19 Porém, o que dizer do Ministro Alexandre de Moraes? Afinal, seu voto proferido vale? Ou devemos esquecer o que escreveu e assinou? Vale? Ou devemos esquecer o que falou? Ao que parece, houve uma enorme mudança de convicção acerca do tema da liberdade de expressão por parte do nobre Ministro. E nesse caso temos áudio e vídeo perenizados no Youtube.

Outra conduta apontada pela Autoridade Policial e corroborada pelo Ministro seria a de “desacreditar o processo eleitoral brasileiro”. Indaga-se novamente, qual é o crime que tem como descrição essa conduta, seja na legislação codificada, seja na legislação esparsa ou mesmo na legislação eleitoral especificamente? É proibido expressar descrença ou insegurança quanto ao sistema eleitoral, quanto à eficácia e segurança das urnas eletrônicas e do sistema de apuração? É proibido expor a verdade de que as urnas brasileiras são de uma geração bastante antiga e ultrapassada? 20 O brasileiro em geral, não somente Allan, é **obrigado** a confiar na Justiça Eleitoral e jamais colocar em dúvida, de qualquer forma, a lisura dos pleitos? É de se pensar para que serve então a própria Justiça Eleitoral, senão para solver questões que envolvam suspeitas de eventuais fraudes? Colocar em dúvida o sistema e pedir maior segurança e exigir apurações sobre a efetividade deste é crime? É proibido? Se isso tudo é crime por que não era quando, no governo Lula, por exemplo, a questão do voto impresso auditável foi levantada e foi aprovado tal sistema, somente não vigorando na prática porque acabou sendo rechaçado

18 Cf. MORAES, Alexandre de. “Quem não quer ser criticado, quem não quer ser satirizado, fique em casa”. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=9BoXub7VMVE>, acesso em 03.11.2021.

19 “ESQUEÇAM o que escrevi” é polêmica até hoje. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/10/13/mais!/7.html>, acesso em 03.11.2021.

20 Vide o Parecer completo e insofismável do Deputado Filipe Barros, relator da PEC 135/19 relativa ao Voto Impresso e auditável: BARROS, Filipe. Parecer PEC 135/19. Disponível em http://www.agfadvice.com.br/wp-content/uploads/2021/06/PEC-135_2019_Voto-Impresso_Parecer-Relator-Dop-Filipe-Barros.pdf, acesso em 13.11.2021. Ver também exposição técnica a respeito do tema: VASQUES, Silvia. Urnas Eletrônicas Brasileiras são Ultrapassadas e Sujeitas à Fraude. Disponível em <https://silviasvasques237.jusbrasil.com.br/artigos/251923167/urnas-eletronicas-brasileiras-sao-ultrapassadas-e-sujeitas-a-fraude>, acesso em 13.11.2021.

por decisão do STF? 21 Antes podia haver questionamento, agora não? Mudou alguma coisa na legislação a respeito disso? Não? Então o que mudou? Seria o subjetivismo da Autoridade Policial e do próprio STF ou ao menos do Ministro Alexandre de Moraes? Mas, o Direito Penal e suas consequências altamente prejudiciais aos sujeitos passivos da persecução criminal podem se coadunar com voluntarismos ou subjetivismos?

Outra conduta seria a de “reforçar o discurso de polarização”. Novamente é impossível encontrar o tipo penal em que se encaixaria essa ação. Ademais, existe alguma norma legal no Brasil que obrigue as pessoas a se colocarem em posições medianeiras, como se diz popularmente, “em cima do muro” ou, como tem sido modismo, buscarem uma “terceira via” conciliadora? As pessoas estão proibidas de adotar posições diametralmente opostas às dos demais ou de determinados grupos? A defesa de uma posição totalmente oposta a um grupo, corrente de pensamento, corrente política, filosófica etc., é vedada? Parece que não, ou melhor, é certeza absoluta que não.

Finalmente, afirma a Autoridade Policial que Allan dos Santos e a tal “associação” cometem o crime de “gerar animosidade dentro da sociedade brasileira, promovendo o descrédito dos poderes da república”. Existe o crime de “gerar animosidade”? Não. Aliás, há uma infinidade de condutas que podem gerar animosidade nas relações intersubjetivas e grupais. Isso passa pela adoção de um time de futebol de predileção, a comentários indiscretos, discordâncias de várias espécies etc. A discordância e a animosidade em si não são, nunca foram e nunca devem ser crimes e nem mesmo objeto de qualquer proibição. As pessoas são singulares e em suas singularidades sempre apresentarão discordâncias e até animosidades, as quais devem ser objeto de administração sem repressão numa sociedade minimamente democrática e saudável. Doentia, patológica seria uma sociedade em que não existam conflitos de qualquer espécie. Seriam seus componentes autômatos catatônicos que concordam com qualquer coisa ou estariam sob o tacão de um regime totalitário e violento ao ponto de reprimir a própria natureza humana, isso considerando que não vivemos em grupos sociais de santos ou anjos. Neste ponto pode-se afirmar com Durkheim que a pretensão de uma sociedade sem conflito, sem “animosidade”, constitui uma tremenda confusão entre o “fisiológico e o patológico”. 22 O último tópico das condutas mescla um “non sequitur” com mais uma descrição de conduta atípica. O “non sequitur” é uma falácia lógica que ocorre quando a conclusão não decorre das premissas. No caso ora em análise é visível que o descrédito de poderes da república ou de qualquer serviço público não pode decorrer de qualquer produção de animosidade entre as pessoas.

21 BECHARA, Victória. Voto impresso já foi sancionado por Lula, aprovado pela Câmara e derrubado no STF; confira a trajetória. Disponível em <https://jovempan.com.br/noticias/politica/voto-impresso-ja-foi-sancionado-por-lula-aprovado-pela-camara-e-derrubado-no-stf-confira-trajetoria.html>, acesso em 03.11.2021.

22 DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 82 – 90.

O crédito de um poder ou de qualquer serviço público ou mesmo privado decorre da sua confiabilidade, da qualidade dos serviços prestados aos cidadãos ou clientes. Ademais, a eventual produção de descrédito de poderes da república ou de quaisquer serviços públicos devido a críticas formuladas somente ocorrerá se esses poderes ou serviços já não contarem com a confiança da população. É fácil testar isso empiricamente. Tente desacreditar os Bombeiros, será muito difícil. Agora, tente desacreditar um político profissional, será muitíssimo fácil. O crédito ou descrédito de uma instituição é construído dia a dia por ela mesma, por seus componentes humanos e suas ações e omissões concretas. A crítica, ainda que contundente, de qualquer poder, serviço ou instituição não é crime, é direito de manifestação e expressão de qualquer do povo, mormente dos jornalistas e comunicadores em geral. Se por acaso gerar o descrédito de poderes ou quaisquer instituições mediante críticas formuladas fosse crime, então isso corresponderia à criação "ipso facto" de um crime impossível nos termos do artigo 17, CP, a uma porque a instituição sadia e confiável não é abalável por críticas desprovidas de sustento, surgindo então a "ineficácia absoluta do meio"; a duas porque se uma instituição já é desacreditada, não há crédito a ser destruído, não há bem jurídico a ser tutelado, vindo à baila a "absoluta impropriedade do objeto". O suposto crime, acaso existisse, acaso tivesse sido objeto de previsão legal, seria uma figura criminosa natimorta. O só fato de uma instituição temer por seu descrédito devido a críticas de um jornalista ou de quem quer que seja, já é sintoma de sua baixa credibilidade, a qual se reflete em baixa autoconfiança em sua capacidade de manutenção de uma imagem respeitável. O problema não está na crítica nem nos críticos, está na própria instituição. É como aquele "meme" do Instagram em que as pessoas enviam reclamações de uma lanchonete e o proprietário ou responsável, ao invés de buscar corrigir os erros e desculpar-se, passa a destratar os clientes descontentes e adotar uma posição defensiva e arrogante a qualquer custo.

Para fechar esse parágrafo, pinçado pelo Ministro, da manifestação da Autoridade Policial, é interessante notar que após a descrição acima, desprovida de qualquer conteúdo juridicamente aproveitável, encerra com a expressão "além de outros crimes" (sic). Dizer "além de outros crimes" e não indicar quais sejam é o mesmo que não dizer nada. Ademais, para usar essa expressão seria pressuposto que antes dela houvesse a descrição de alguns crimes, o que, como demonstrado, não ocorreu em momento algum.

A seguir o Ministro reproduz a apresentação da dinâmica supostamente criminosa ofertada pela Polícia Federal, a qual desde logo consiste em "transmissão de informações" (sic). É de se indagar logo de início: desde quando *transmitir informações* é crime?

Ah, mas essas *transmissões de informações* são dotadas de certas características que parecem ser apresentadas como espécies de "malla in se", senão vejamos:

-São feitas em "alto volume e por multicanais, implicando em variedade e grande quantidade de fontes". Não parece que isso é uma descrição que caberia a qualquer veículo

de informação que pretenda atingir ao público de maneira considerável? Então o fato de que grandes mídias tenham várias bases e filiais no país e no estrangeiro, bem como vários canais, inclusive em redes sociais, é crime? A reiteração de notícias por várias fontes de informação que ocorre cotidianamente é crime? Meu avô costumava assistir vários telejornais e ler vários jornais todos os dias. No fim do dia ele sempre brincava: esses jornais noticiam todos as mesmas coisas! Eu sempre pensei que era uma brincadeira e não a descrição de uma ignominiosa conduta criminosa da imprensa em geral.

-Apresentação “rápida, contínua e repetitiva, focada na formação de uma primeira impressão duradoura no receptor a qual gera familiaridade com a informação e, conseqüentemente sua aceitação”. A rapidez na atividade jornalística, a ideia de ser o primeiro veículo a apresentar dada notícia é conhecida pela gíria de “Furo”. Ao que se saiba o “furo jornalístico” nunca foi crime e é considerado uma virtude nessa atividade, um sucesso. O sucesso é agora também criminalizado? A continuidade e repetição da informação, como já visto, é algo inerente ao meio noticioso. E o intento de formar convicções com a emissão tanto de notícias de fatos como de opiniões é absolutamente natural nessa atividade. Procurar convencer os ouvintes, leitores, internautas, telespectadores nunca foi crime. Será que agora é? Por quê? Por ato de vontade de alguma Autoridade Policial ou Judicial? Mas, isso viola a legalidade e também, como já visto, a isonomia, já que seria crime para alguns e não para outros que praticam a mesmíssima conduta. Além disso, faça-se como quiser, é preciso ter em mente que as pessoas não precisam ser “tuteladas” em sua consciência por esta ou aquela autoridade ou órgão estatal. São perfeitamente capazes de formar suas opiniões, mediante o acesso aos vários canais disponíveis. Ao reverso, a prática de uma espécie de “paternalismo” sufocante, que pretende escolher o que é verdade, o que pode ou não ser dito ou divulgado, é que tolhe a autonomia das pessoas e as pode realmente transformar em uma massa sem espaço para o livre pensamento e a individualidade.

-A atuação seria “sem compromisso com a verdade”. Aqui, remetemos o leitor às observações já feitas anteriormente a respeito da indeterminação dessa espécie de alegação. Afinal, quem irá decidir o que é verdade ou mentira? Quais critérios? Não haverá confusão entre juízos de valor e juízos de fato, entre opinião e informação? Não se está dizendo que a verdade não exista no acatamento de um relativismo tosco. Entretanto, é preciso observar que esse mantra de relativismo é muitas vezes acenado e festejado exatamente pelas pessoas que agora vêm falar tão veementemente em defesa da verdade. O que se quer dizer aqui é que a verdade (que realmente existe) não pode ser imposta por um grupo, por um órgão estatal, por uma autoridade, ela deve ser objeto de descoberta pelo indivíduo autônomo, senhor de si e livre de amarras ideológicas e totalitárias. É fato que no seio do STF e enquanto Presidente do órgão na época, já houve quem dissesse que

"enquanto Judiciário, enquanto Suprema corte, nós somos editores de um país inteiro." 23 Pois é, mas isso não soa como muito democrático, legal ou constitucional, parece muito mais censura ou ditadura judicial, parece que a preocupação não é jamais com "a" verdade, mas com a capacidade de impor "uma" verdade. É muito importante ter em mente que mesmo quando, por alguma coincidência do destino, a verdade imposta reflita a verdade real, o fato de ter sido imposta pela força corresponde à situação em que se faz a coisa certa pelos meios ou pela forma errada. E saliente-se que se uma suposta "verdade" precisa ser imposta, normalmente não é genuína.

-As informações seriam desprovidas de "compromisso com a consistência do discurso ao longo do tempo (i.e uma nova difusão pode contrariar absolutamente a anterior sem que isso gere perda de credibilidade do emissor)". Causa perplexidade que pessoas dotadas de certo grau de cultura sejam capazes de apresentar tal fato da vida como algo que pode ser vicioso e, pior, criminoso!

Na Grécia Antiga já se vislumbrava o devir como integrante da natureza humana:

Em rio não se pode entrar duas vezes no mesmo, segundo Heráclito, nem substância mortal tocar duas vezes na mesma condição; mas pela intensidade e rapidez da mudança dispersa e de novo reúne (ou melhor, nem mesmo de novo nem depois, mas ao mesmo tempo) compõe-se e desiste, aproxima-se e afasta-se. 24

Um pouco de literatura também nos pode tirar do fundo do poço cultural e antropológico. Sugestivo é o texto intitulado "O Reencontro", de autoria de Brecht:

"Um homem que o sr. K. não via há muito o saudou com as palavras: 'O senhor não mudou nada'. 'Oh!', fez o sr. K., empalidecendo". 25

Comentando essa passagem, Vilma Botrel Coutinho de Melo, explica que a reação do sr. K. é diversa da que se esperaria, considerando o aspecto estético e de saúde física embutido na saudação do antigo conhecido. Brecht atribui ao sr. K. uma reação muito mais profunda, ligada à questão existencial ou à própria natureza humana. Por isso o sr. K. se mostra perplexo, não se alegrando com o fato de não ter mudado. Ele "empalidece, *porque*

23 SUPREMO e Judiciário atuam como "editores" do país, diz Dias Toffoli. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-28/dias-toffoli-stf-nao-abandonar-combate-fake-news> , acesso em 04.11.2021.

24 PLUTARCO, In: HERÁCLITO. *Fragmentos (Sobre a Natureza)*. Trad. José Cavalcanti de Souza. Ebook Pdf, p. 11. Disponível em <https://www.dropbox.com/sh/jxfjnz5bipxbbpj/AACFzr0sYZB5bYS0k2AWU46Ea?dl=0&preview=fragmentos-de-heraclito-da-natureza.pdf> , acesso em 04.11.2021.

25 BRECHT, Bertolt. *Histórias do sr. Keuner*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Editora 34, 2006, p. 30.

acredita firmemente que aquele que pensa está sempre mudando. O próprio pensamento muda, de acordo com a situação" (grifo nosso). 26

A partir do momento em que mudar se transformou em crime, somente não puniríamos Raul Seixas, louvando aquela "Metamorfose Ambulante", por Apologia ao Crime e ao Criminoso devido à extinção de punibilidade pela morte do agente (artigo 107, I, CP)!!! Afinal, que hediondo seria dizer:

"Prefiro ser essa metamorfose ambulante/ Eu prefiro ser essa metamorfose ambulante/ Do que ter aquela velha opinião formada sobre tudo/ Do que ter aquela velha opinião formada sobre tudo/ Eu quero dizer agora o oposto do que eu disse antes". 27

E no caso de Raul Seixas ainda teríamos a agravante já mencionada como fundamento da convicção da Autoridade Policial e do Ministro, de que se utilizava do recurso da "repetição" exaustiva na formação dos versos, dando ênfase à ideia, e na execução da canção, usando isso como um refrão! Realmente, se algum crime houvesse em tudo isso, Seixas teria sido um dos criminosos mais perigosos do Brasil e não um artista de reconhecido talento. E talvez tenha sido mesmo um bandido, quem sabe o que nossas autoridades iriam entender hoje? Afinal ele também afirma ser um "Cowboy fora da lei" e não ser "besta pra tirar onda de herói". Ademais, na mesma letra Seixas criticaria a noção hoje corrente de "fake News", que pretende impor algumas verdades e não raras vezes afirmar que estas somente podem ser encontradas nas chamadas "grandes mídias". Seixas dizia: "Eu não preciso ler jornais/ Mentir sozinho eu sou capaz/Não quero ir de encontro ao azar". 28 Nossa, como esse sujeito seria um subversivo da lei e da ordem hoje em dia!

Afinal, somente Allan dos Santos e alguns escolhidos a dedo não podem apresentar incoerências, inconsistências ou simplesmente mudar de ideia, descobrir novos fatos e alterar uma notícia ou um comentário anterior? Não são os órgãos de imprensa que, de tempos em tempos, são obrigados a se desdizer porque noticiaram falsidades? Muitas vezes até por ordem judicial (civil, não penal, já que "fake News" é fato atípico penalmente)? Não são esses mesmos órgãos da grande mídia que ora dizem que vacinas,

26 MELO, Vilma Botrel Coutinho de. *"A verdade, minha casa e meu carro"*. In: BRECHT, Bertolt. *Histórias do sr. Keuner*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Editora 34, 2006, p.135.

27 SEIXAS, Raul. *Metamorfose Ambulante*. Disponível em <https://www.google.com/search?q=letra+metamorfose+ambulante&oq=%22Letra+Metamorfo&aqs=chrome.1.69i57j0i512i3j0i22i30i6.5743j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8>, acesso em 04.11.2021.

28 SEIXAS, Raul. *Cowboy Fora da Lei*. Disponível em https://www.google.com/search?q=raul+seixas+eu+n%C3%A3o+quero+ser+prefeito+letras&sxsrf=AOae_mvIoE5AOzBWeq15TBx73FnYc7XJuFA%3A1636054869543&ei=VTeEYaq0IjV1sQPgvGg2AQ&oq=raul+seixas+eu+n%C3%A3o+quero+ser+prefeito+letras&gs_lcp=Cgdnd3Mtd2l6EAMyBggAEBYQHjoHCAAQRxCwA0oECEYAFCoB1iND2DAE2gBcAJ4AIAB2QGIAb8KkgEFMC4zLjSYAQCgAQHIAQjAAQE&sclient=gws-wiz&ved=0ahUKewjqtOqu_zAhWbqpUCHYI4CEsQ4dUDCA4&uact=5, acesso em 04.11.2021.

por exemplo, tem 100% de eficácia para evitar casos graves, ora dizem que não é bem assim? Não são esses órgãos que noticiam que um dado Senador está envolvido em diversos casos de corrupção, desvios etc. e, logo depois, o exaltam como a um Santo ou herói como presidente, relator ou membro de uma CPI? Não é fato de que componentes da chamada "grande mídia" *tuitam* opiniões ou noticiam fatos e, quando desmentidos vergonhosamente apagam essas emissões? Não há órgãos de imprensa e TV que abominam campeonatos de futebol em meio à pandemia, mas, em seguida, quando vão transmitir outro campeonato, passam a defender a ida aos estádios e o saudável acompanhamento do evento esportivo? Nem vamos falar a respeito de guinadas jurisprudenciais que solapam totalmente a mais mínima segurança jurídica no país sobre diversos temas. Muito menos do critério absolutamente variável para a eleição de quem pode ou não pode mudar de opinião, de qual mudança de opinião, de qual alteração de conteúdo é ou não criminosa. É melhor nem falar disso. Na realidade, a única coisa que importa é que mudar de opinião ou perspectiva não é, nunca foi e nunca poderá (ou poderia) ser crime.

Depois de toda essa verborragia vazia, consta que a Autoridade Policial teria encontrado indícios da prática de vários crimes por Allan dos Santos, os quais se dariam de forma reiterada. São finalmente nomeados os seguintes delitos: "ameaça, crimes contra a honra e incitação à prática de crimes, bem como o tipo penal decorrente de integrar organização criminosa" (sic). São ainda apontados os artigos do Código Penal e da legislação esparsa em tese infringidos: "art. 2º da Lei 12.850/2013; arts. 138, 139, 140, 286 e outros do Código Penal; art. 20, § 2º, da Lei 7.716/1989" (sic.).

Sem nenhuma observação crítica o Ministro Alexandre de Moraes apenas transcreve o "parecer" da Polícia Federal.

Parece não notar que, além do fato já bem exposto de que não há qualquer descrição de conduta que se possa amoldar aos tipos penais elencados, também não existe coerência entre os crimes mencionados pelos seus "nomen juris" num primeiro momento e a relação de artigos de lei arrolados. O crime de "Ameaça" é apontado, segundo o Ministro, pela Polícia Federal, mas não consta citação do artigo 147, CP na relação de tipos penais que vem em seguida. Também, como já visto, a Autoridade Policial inicialmente menciona uma suposta "associação", deixando indefinida a prática criminal a que se referia, e finalmente vem a afirmar que se trata de uma "organização criminosa". Não estaria aqui, *de acordo com os critérios antes expostos no corpo do "decisum"*, havendo incidência de falta de "compromisso com a consistência do discurso ao longo do tempo", o que seria uma conduta criminosa? Na minha visão há apenas contradição ou pelo menos incoerência ou até mesmo falta de rigor terminológico, o que não é crime, é erro. Mas, não fui eu quem disse que a falta de compromisso com a consistência do discurso" seria indicadora de práticas criminosas. De qualquer forma, indicação de "nomen juris" de ilícitos penais, bem

como de artigos de lei, sem a adequada descrição de efetivas condutas humanas que se subsumam a eles não pode jamais fundamentar qualquer espécie de imputação.

Mas, a Autoridade Policial novamente produz um simulacro de descrição de condutas, o qual é acriticamente reproduzido pelo Ministro Alexandre de Moraes em sua decisão. Em nova manifestação vazia de conteúdo, a Autoridade Policial aduz que Allan dos Santos desde 2018, em datas não especificadas, teria aderido a uma suposta organização criminosa para a prática dos crimes acima transcritos, com o fito de “auferir vantagem econômica” com “monetização e doações”. Devido a tais suposta condutas não descritas em momento algum, teria desestabilizado o “Estado Democrático de Direito”. Os crimes consistiriam em **postagens em redes sociais, emissão de opiniões, reportagens, entrevistas em mídias de comunicação (grifo nosso)**. E mais, o “dolo específico” de tais crimes seria a disseminação e fortalecimento do “discurso de ódio e de polarização”, com ainda outra finalidade, qual seja, a de obter “vantagens de natureza financeira e político – ideológica”.

Repete-se a menção a uma suposta “organização criminosa” sem a mais mínima descrição de sua composição, organização, estrutura, “modus operandi” concreto, dos crimes acessórios que seriam seu objetivo (reforce-se que citar “nomen juris” e artigos de lei não é fundamentar; às pessoas devem ser imputados “fatos” criminosos, não artigos de lei ou nomes de crimes).

A finalidade de Allan dos Santos, tida como “criminosa” é apontada como aquela de “auferir vantagem econômica”. Mas, para que o auferir vantagem econômica possa ser crime, é necessário expor indubitavelmente qual a prática criminosa que tem por fim essa espécie de vantagem (v.g. furto, estelionato, crimes contra a ordem tributária, corrupção ativa etc.). Ou seja, o só fato de se pretender “auferir vantagem econômica” não é crime, é, aliás, o que impele a maioria das pessoas ao exercício de uma atividade laboral, dentre as quais a de jornalista ou comunicador. Ah, mas talvez a Autoridade Policial tenha apontado um “meio” criminoso de auferimento de vantagens econômicas perpetrado por Allan e por toda essa suposta “organização criminosa”. Só que não. Os meios indicados pela Autoridade são a “monetização” e “doação” voluntária de seguidores maiores e capazes, os quais simpatizam com o trabalho do envolvido. A monetização em redes sociais é corriqueira. Somente Allan dos Santos e pessoas escolhidas a dedo não podem receber vantagens financeiras em suas atividades nas redes sociais, enquanto outras auferem milhões sem qualquer espécie de questionamento? Infelizmente nunca recebi doações de quem quer que fosse, mas fico preocupado com o fato de que se um dia recebesse uma doação voluntária ou até mesmo espontânea de alguém maior e capaz, estaria incorrendo em crime ou ao menos em uma espécie de “dolo específico” de natureza criminal. O ato de aceitar doações foi agora erigido a crime ou a intuito criminoso. É preciso urgentemente rever as leis penais e também o Código Civil, pois, ao que consta, a doação espontânea ou

voluntária, livre e consciente, realizada por sujeito capaz é um instituto respeitável e regular há séculos.

Ficam a esclarecer também dois pontos cruciais:

a) Como as condutas de Allan dos Santos e outras pessoas teriam sido capazes de “desestabilizar o Estado Democrático de Direito”? Isso é alegado, mas jamais descrito.

b) Talvez a falta de descrição esteja ligada a este segundo ponto. Salvo situações inusitadas como uma revolução intestina, a ação de grupos armados civis ou militares, é muito difícil “desestabilizar” o “Estado Democrático” ou a própria configuração da “Democracia”. Isso porque é impossível “desestabilizar” aquilo que é, por natureza, constitutivamente “instável”. A Democracia se caracteriza pela mudança, pela alternância e alteridade do poder, pelo livre debate de ideias, pela livre crítica das instituições (as quais não são democráticas por si mesmas, mas o são de acordo com o seu funcionamento efetivo, podendo perfeitamente haver um executivo ditatorial, um legislativo totalitário e uma ditadura do judiciário, por exemplo). Aí está a força e a fraqueza da Democracia, lembrando a famosa frase de Hölderlin quanto ao fato de que muitas vezes onde está a doença também está a cura. Mais exatamente em suas palavras:

“Ora, onde mora o perigo, é lá que também cresce o que salva”. 29

Em estudo anterior intitulado “Qual Democracia?” já refleti sobre essa questão tão importante, conforme segue: 30

É perceptível que a Democracia, diversamente das utopias totalitárias como o socialismo ou o comunismo, não tem a pretensão megalômana de criar um “Paraíso Terrestre”. É inerente ao pensamento democrático o reconhecimento da irreduzível imperfeição de toda ordem social. Justamente essa inerente imperfeição é que impõe as liberdades democráticas e a possibilidade de revisão contínua das ideias. Esse reconhecimento da imperfeição inerente à ordem social não significa de modo algum uma posição de fatalismo, mas sim o reconhecimento da necessidade de aprimoramento contínuo.

Basta ao interessado um breve estudo da Filosofia Grega para que perca qualquer grande confiança nos efeitos *milagrosos* da

29 Apud, HEIDEGGER, Martin. Ensaios e Conferências. Trad. Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel e Márcia Sá Cavalcanti Schuback. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 37.

30 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Qual Democracia?* Curitiba: Prismas, 2016, p. 20 – 21.

“Teoria Política”. Isso porque logo notará “que o estudo das formas políticas parece ter surgido do fracasso dos sistemas políticos, e que nem Platão nem Aristóteles estavam muito preocupados com a predição ou eram otimistas com relação ao futuro”. 31

Isso não significa desordem, mas o que se pode chamar de uma “sociedade aberta e livre”, entendida como um conflito contínuo interrompido periodicamente por compromissos, os quais, por sua vez se convertem em novos conflitos que desembocam em novos compromissos e assim sucessivamente. O controle do poder está baseado no compromisso entre o legislativo, o executivo e o judiciário. Uma sociedade desprovida de compromissos é totalitária. Por isso se pode descrever uma sociedade “aberta e livre” nessa palavra: “compromisso”. Compromisso este construído no debate livre de ideias, na autocrítica do que está posto e na ciência de que o que agora se põe não é jamais inquestionável. 32 Por isso é correto afirmar que “o conflito é o coração mesmo de uma sociedade aberta e livre. Se alguém desejar compor a trilha sonora da democracia, o tema dominante seria a harmonia da dissonância”. 33

O que pode desestabilizar ou até mesmo desnaturar a Democracia não é o conflito, o debate, a crítica (ainda que grosseira ou altamente incisiva), mas a submissão à força, o quietismo heteronomamente imposto, a apatia ou a indiferença, a massificação e o automatismo intelectual, político e social.

Quando a Autoridade Policial, secundada por transcrição acrílica pelo Ministro, pretende descrever condutas criminosas mais detalhadamente, aí então é que a situação se torna mais alarmante. Segundo sua exposição, os crimes consistiriam em **postagens em redes sociais, emissão de opiniões, reportagens, entrevistas em mídias de comunicação**. Parece crucial a indagação de como foi possível chegarmos a esse ponto? Como foi que postagens em redes sociais são agora descritas como crimes, sem qualquer espécie de qualificação, de especificação? Como é que se pode aceitar que a “emissão de opiniões” possa ser um crime? Assim como reportagens e entrevistas em mídias de comunicação? E ainda ser um crime que se erige em nome da tutela de um suposto “Estado Democrático de Direito”? Observe-se que em nenhum dos casos há descrição de alguma

31 ELIOT, T. S. *Notas para a definição de cultura*. Trad. Eduardo Wolf. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 98 – 99.

32 ALINSKY, Saul. *Tratado para Radicales*. Trad. Marta Alvarez Sáez. Madrid: Traficantes de Sueños, 2012, p. 90.

33 Op. Cit., p. 92. Tradução livre do autor.

questão específica que tornaria a conduta criminosa. E ainda que se pretendesse uma descrição dessa espécie, somente se podem imaginar abusos de autoridade e lesão à liberdade de expressão, imprensa, informação e pensamento. Até mesmo a defesa de sistemas políticos totalitários numa democracia é admissível, senão como explicar a existência um Partido Comunista que tem pretensões de implantar essa espécie de regime no país? Como não perseguir criminalmente pessoas que teimam em defender regimes como os da China, da Coreia do Norte, de Cuba, da Venezuela etc.? A criminalização da crítica (ainda que contundente) corresponderia a proibir e criminalizar a “Marcha da Maconha” como Apologia ao Crime e ao Criminoso ou perseguir um estudioso de Criminologia ou Direito Penal, tendo em vista sua defesa convicta da liberação das drogas, considerando-o como um colaborador do tráfico! Mas, será que estamos diante de uma seleção de alvos a serem perseguidos, de uma ação dirigida pela chamada “tolerância repressiva” de acordo com o modelo de Marcuse? Efetivamente não parece ser possível negar essa situação concreta, seja ela perpetrada de forma consciente ou inconsciente. Afinal o autor por último citado defendia abertamente essa estratégia política e intelectual consistente na “tolerância libertadora” que “significa intolerância contra os movimentos de direita e tolerância em relação a movimentos de esquerda”. 34

Mais uma vez, agora sob a qualificação de “dolo específico” apresenta a Autoridade Policial uma finalidade especial de disseminação de um “discurso de ódio” e “polarização”. Seja lá o que se queira entender como “discurso de ódio” (já vimos a indefinição desse termo), não há nenhuma descrição ou pretensão de descrição. Quanto à “polarização”, já se deixou consignado e demonstrado que a defesa de uma posição, seja ela mais ou menos radical de acordo com uma ideologia ou uma convicção não é nem jamais foi proibida, ninguém é obrigado a ser, defender ou lutar por uma posição mediana ou uma chamada “terceira via”. E a finalização se dá com outro “dolo específico”, que consistiria no intuito de “obter vantagens financeiras e político – partidárias”. Novamente é preciso repetir, embora já esteja se tornando cansativo, que o intento de obter lucros ou “vantagens financeiras” com sua atividade laboral não é e não pode ser crime. Também não é e não pode ser crime a atitude de defender convicções políticas e/ou ideológicas. O contraponto a qualquer defesa dessa espécie será feito naturalmente por aqueles que discordam dessas ideias. No momento em que se pretende calar, sob ameaça ou execução de criminalização, a defesa de um determinado viés político ideológico, aí é que se fulmina sem piedade qualquer chance de debate democrático. A Democracia não é um monólogo, mas um diálogo ou mesmo uma discussão.

É com fulcro nessa “fundamentação” material nula que a Autoridade Policial pleiteia a Prisão Preventiva do jornalista Allan dos Santos, sendo sua primeira justificativa

34 MARCUSE, Herbert. Crítica da tolerância pura. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970, p. 112.

para a medida extrema, “fazer cessar a prática criminosa”! Eis o uso espúrio do fundamento da chamada “ordem pública” como sustento da Prisão Preventiva. Cessar a prática criminosa, tudo bem, mas qual ou quais???? Não há a mais mínima descrição de qualquer crime em todo o arrazoado da Autoridade Policial repetido em seus pontos “cruciais” pelo Ministro Alexandre de Moraes! Para fundar a Prisão Provisória na finalidade de “cessar a prática criminosa” o mínimo que se esperaria seria a descrição convincente de efetivas práticas criminosas realizadas pelo sujeito passivo da medida constritiva pleiteada. Em seguida menciona a necessidade da prisão para garantir a aplicação da lei penal, já que o jornalista está residindo nos EUA. A considerar essa espécie de fundamento como válido, seguiria que todo estrangeiro ou brasileiro investigado ou processado que estivesse fora do país teria de ser necessariamente preso preventivamente, o que é um absurdo. Ainda acresce a conveniência da instrução criminal, alegando que com a prisão seriam amealhados novos indícios e provas de sua atividade “criminosa”. Será que a Autoridade Policial esqueceu que o investigado ou réu tem direito ao silêncio? Tem direito a não – autoincriminação? E, segundo o STF, sequer é obrigado a prestar interrogatório e não pode nem mesmo ser conduzido coercitivamente? 35 Será que a Autoridade Policial está cometendo um ato falho e admitindo implicitamente que a prisão servirá para intimidação, coação e obtenção de confissões inválidas, o que é absolutamente vedado? 36 Sobre essa espúria conversão da prisão provisória em instrumento de coação de investigados já nos falam com propriedade Trindade e Streck. Descrevem os autores o surgimento de uma nova modalidade de violência simbólica, psicológica e até física, ou seja, o uso da constrição da liberdade como “meio de obtenção de prova”, por vezes de “delação”. Claramente uma modalidade de “prisão indevida”, a que os autores dão o epíteto de prisão “para o acusado ‘abrir o bico’”. 37

Ao contrário do Ministro Alexandre de Moraes, que corrobora as “razões” ofertadas pela Autoridade Policial, a Procuradoria Geral da República manifestou-se pelo indeferimento da Prisão Preventiva. Isso é algo bastante relevante, vez que se trata do verdadeiro titular da ação penal e, portanto, maior interessado naqueles que seriam supostamente os fundamentos expostos pela Autoridade Policial. Mesmo assim, o Ministro seguiu em sua decisão desprezando a manifestação do Ministério Público, e na fase de relatório do “decisum” sequer expõe os fundamentos discordantes para posterior

35 Julgamento das ADPFs 395 e 444, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Cf. STF Condução Coercitiva para Interrogatório é Inconstitucional. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/281835/stf--conducao-coercitiva-para-interrogatorio-e-inconstitucional>, acesso em 09.11.2021.

36 RENAULT, Sérgio, TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Usar Prisão Preventiva como Forma de Coação é Afronta ao Direito. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-dez-29/usar-prisao-preventiva-forma-coacao-afronta-direito>, acesso em 09.11.2021.

37 TRINDADE, André Karam, STRECK, Lenio Luiz. “O Passarinho para Cantar Precisa estar Preso”. Viva a Inquisição! Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-nov-29/diario-classe-passarinho-para-cantar-estar-presos-viva-inquisicao>, acesso em 13.11.2021.

contradição. Há longa exposição dos argumentos da Autoridade Policial, vazios de conteúdo em termos descritivos, conforme demonstrado, e apenas três linhas, informando que a PGR se manifestou contrariamente, sem qualquer exposição dos motivos apresentados pelo órgão. Isso, no mínimo, indica uma posição judicial de “primado da hipótese sobre os fatos”, de modo que parece que já havia uma convicção formada e apenas se procura construir uma argumentação que a subsidie, não importando sequer considerar alegações contrárias. 38

Sabe-se que o magistrado não é um homologador automático, uma espécie de “carimbador maluco” das manifestações ministeriais, mas isso não significa que possa tomar suas decisões sem um mínimo de enfrentamento das razões aduzidas pelo titular da ação penal. Essa atitude não somente viola o preceito constitucional que diz respeito a essa titularidade, mas conduz à nulidade devido à falta de fundamentação (inteligência do artigo 93, IX, CF).

Findo o relatório do pedido policial, passa o Ministro Alexandre de Moraes a tomar sua decisão. E nada mais ocorre que não seja um procedimento *alquímico* encetado sobre o material aduzido pela Autoridade Policial, onde, parafraseando Anders, “tudo que é real se converte em fantasmagórico, tudo que é fictício em real”. 39

Sua primeira manifestação é referir-se ao fato de que os atuais autos (IP STF 4874) são originários do famigerado Inquérito dos “Atos Antidemocráticos” (IP STF n. 4228), o qual foi arquivado por promoção da Procuradoria Geral da República. Acontece que o Ministro, inusitadamente, ao arquivar o feito acima, imediatamente instaurou novo inquérito para apuração dos mesmos fatos, no bojo do qual agora se pleiteava a Prisão Preventiva de Allan dos Santos! 40

É bem verdade que o artigo 18, CPP permite o desarquivamento de Inquéritos Policiais e prosseguimento de investigações, desde que não operada a extinção da punibilidade de eventuais ilícitos. Entretanto, é necessário que surjam fatos novos. Isso porque não cabe exercer persecução penal, ainda que em fase investigatória, de maneira desarrazoada e sem limite temporal (Princípio da Razoabilidade dos Prazos – CF, artigo 5º, LXXVIII). Aceitar isso seria permitir que o Estado mantivesse uma persecução, em especial uma investigação indeterminada, pairando sobre as pessoas tal qual uma “Espada de Dâmocles”, em escrachada manobra opressiva. Não por outros motivos é que o artigo

38 CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: UTET, 1986, p. 51.

39 ANDERS, Günther. *La Obsolescencia Del Hombre*. Volume I. Trad. Josep Monter Pérez. Valencia: Pre – Textos, 2011, p. 146. No original: “Todo lo real se convierte en fantasmagórico, todo lo ficticio en real”.

40 MINISTRO abre inquérito sobre organização criminosa que atua contra a democracia. Disponível em <https://www.acritica.com/channels/cotidiano/news/moraes-arquiva-inquerito-que-investigava-atos-antidemocraticos>, acesso em 09.11.2021.

18, CPP somente permite o desarquivamento no caso de notícia de fatos novos, bem como assim o faz, em sua dicção, a Súmula 524, STF:

“Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas”.

Já se inicia, portanto, a fundamentação do Ministro, por caminhos tortos. A manobra utilizada de arquivar um inquérito e, sem qualquer fato novo, com fulcro nos mesmos elementos, abrir outro em seu lugar, contornando a questão do desarquivamento, é de ilegalidade e inconstitucionalidade patentes, vulnerando de morte a titularidade da ação penal, a razoabilidade dos prazos, a razoabilidade geral e o mecanismo legal de reabertura de investigações.

Trata-se exatamente do que já alerta Bonfim, com espeque no escolio de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo:

É de notar que **a prova exigida pelo dispositivo legal deve ser materialmente nova, vale dizer, aquela de que não se tinha notícia no curso das investigações.** Assim *“novas provas ou outras provas consistem naquelas cujo conhecimento emerge superveniente ao ato decisório. Não se cuida, por óbvio, de reciclar as provas já conhecidas ou de reinterpretar o sabido e afirmado, na decisão anterior”* (negrito nosso). 41

Prossegue o Ministro falando em atentar contra a “Democracia e o Estado de Direito” sem descrição de condutas efetivas e arrola tipos penais, também sem indicar qualquer subsunção.

É feita menção a dispositivos da revogada Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83). Sabe-se que a lei revogadora (Lei 14.197/21) tem “vacatio legis” de 90 dias e somente entrará em vigor em dezembro de 2021. Acontece que no campo penal não parece sustentável pretender fundamentar a prisão, ainda que provisória, de alguém, em dispositivos cuja revogação já foi formalmente decretada, ou seja, crimes moribundos juridicamente. Esses cadáveres jurídicos adiados 42 certamente não constituem uma boa justa causa para o decreto de medidas constritivas contra ninguém, mesmo porque uma prisão provisória, na qualidade de cautelar que é, não se constitui em medida satisfativa,

41 BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de Processo Penal Anotado*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 72. Vide também: PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Arquivamento do Inquérito Policial. Sua força e efeito. Disponível em <https://www.apitombo.com.br/sergio-pitombo>, acesso em 09.11.2021.

42 Expressão utilizada parafraseando Fernando Pessoa que canta o homem como um “cadáver adiado que procria”. Cf. PESSOA, Fernando. *Poesias*. Porto Alegre: L& PM, 2001, p. 7.

mas acessória de futuro processo principal (Princípio da Acessoriedade das Cautelares). Indaga-se: qual processo principal se pode vislumbrar num futuro, que certamente será posterior a dezembro vindouro, com base em artigos revogados da Lei de Segurança Nacional? A prisão decretada se apresenta, portanto, como uma *espécie de zumbi com pretensões a futura assombração*.

Faz-se referência ao artigo 18 da LSN que menciona a tentativa de impedimento do exercício dos poderes da União ou dos Estados. E o crime não é de forma livre, mas de forma vinculada, ou seja, deve ser perpetrado, necessariamente, por meio de “violência ou grave ameaça”. Ora, primeiro não há descrição de condutas que configurem grave ameaça e muito menos violência. Depois, nada existe descrito ou mesmo que se saiba que possa ser conduta eficaz para o fim de impedir o exercício de poderes da União ou dos Estados, seja por parte de Allan dos Santos ou de qualquer pessoa no Brasil. O crime que seria correspondente ao revogado, de acordo com a Lei 14.197/21, seria o novo artigo 359 – L, CP, mas para além de ainda não estar em vigor (“vacatio legis”), também exige “violência ou grave ameaça”, bem como tentativa idônea de abolição do Estado Democrático de Direito ou impedimento ou restrição do exercício dos poderes constitucionais.

Não obstante a escolha da tipificação da suposta (misteriosa) conduta no artigo 18 da LSN não é criticável por si só, como ocorre com outros dispositivos mencionados do mesmo diploma. Isso porque o novel artigo 359 – L,CP constituirá “novatio legis in pejus” quando passar a vigorar, o que confere ultratividade ao artigo 18 da LSN e impede a retroatividade do novo dispositivo. Se houvesse uma descrição de conduta efetiva supostamente perpetrada por Allan ou outras pessoas, realmente a responsabilização se daria pelo antigo dispositivo. Entretanto, não existe conduta descrita supostamente perpetrada por Allan dos Santos, que tenha esse tipo de efeito, muito menos mediante violência ou grave ameaça. Pretender que a crítica, ainda que contundente, a qualquer poder seja crime, qualquer crime que seja, é indicação de falta de autoridade e sobra de autoritarismo.

As mesmas críticas cabem quanto à indicação dos artigos 22, I e IV e 23, I, II e IV da LSN, os quais, aliás, nem sequer encontram o mais mínimo vestígio de continuidade normativo típica na Lei 14.197/21, não sendo possível sequer defender a sua tipificação “in abstracto”. Tais crimes não passam realmente de cadáveres jurídicos adiados que nem sequer terão ultratividade em face de algum crime correspondente mais gravoso previsto na Lei 14.197/21. Significa dizer que mesmo que houvesse alguma descrição plausível de conduta tipificável nesses dispositivos revogados a prazo ou a termo, não seria legítimo seu uso para perseguir criminalmente alguém, devido à evidente irrazoabilidade dessa persecução, jamais suficiente para ofertar justa causa a uma futura ação penal. O emprego de dispositivos revogados em perspectiva somente pode ser encarado como uma forma de intimidação estatal desmesurada e injustificável.

Importante ressaltar que a Lei 14.197/21, em direção oposta à empregada na condução desses inquéritos ilegais, inclui no Código Penal o artigo 359 – T, como causa de exclusão de ilicitude, nos seguintes termos:

“Não constitui crime previsto neste Título a manifestação crítica aos poderes constitucionais nem a atividade jornalística ou a reivindicação de direitos e garantias constitucionais por meio de passeatas, de reuniões, de greves, de aglomerações ou de qualquer outra forma de manifestação política com propósitos sociais”.

Muito embora tal dispositivo somente entre em vigor em dezembro vindouro, nada mais é do que a positivação da razoabilidade democrática que impede a criminalização da crítica, conforme se tem visto ocorrer por toda a extensão desse decisório sob comento.

Ainda que aquilo que se interprete tratar-se de atentado contra o Estado Democrático seja a pretensão de alguns quanto à aplicação do disposto no artigo 142, CF, é preciso ter em mente que isso se refere a um pleito com sustento em dispositivo constitucional democraticamente promulgado em 1988. A aplicação do artigo 142, CF não significa ruptura da ordem democrática, mas instrumento constitucional de sua manutenção. Conforme esclarece Saad em sua obra:

O bloqueio temático que impede que o art. 142 seja discutido sem preconceitos e receba um tratamento acadêmico adequado se deve, (...), a uma enorme confusão conceitual. Assimila-se um instrumento como a intervenção do art. 142 com a introdução de um regime de exceção, o que não é verdade. O art. 142 disciplina a exceção, mas não institui um regime de exceção. Muito pelo contrário, (...), a função do art. 142 é recompor a ordem constitucional violada, e não instituir uma nova constituição. 43

E prossegue com importante esclarecimento:

Descrever um mecanismo não é fazer apologia de seu uso, nem tampouco significa uma oposição à ordem constitucional, à democracia e ao Estado de Direito. Até porque, no caso brasileiro, a intervenção está prevista no texto constitucional, que foi aprovado pelos representantes do povo no momento da fundação do atual

43 SAAD, Amauri. *O Art. 142 da Constituição de 1988 – Ensaio sobre a sua interpretação e aplicação*. Londrina: EDA, 2021, p. 12.

regime, destina-se à manutenção desse mesmo regime e é executada por um agente público democraticamente eleito. 44

Há sim discordâncias, até no meio jurídico, quanto a essa questão do artigo 142, CF e sua aplicabilidade, mas isso não significa que a discussão e inclusive a defesa de sua aplicação constituam crime e não somente a expressão livre do debate político, jurídico e acadêmico. Crime de abuso de autoridade é tentar suprimir o debate mediante a criminalização e o uso indevido da persecução penal.

Reitera o Ministro Alexandre de Moraes suposta participação em organização criminosa, nos termos do artigo 2º. da Lei 12.850/13. Novamente há somente indicação de artigo de lei sem a devida descrição de condutas.

Acresce os artigos 1º., I e II e artigo 2º., I da Lei 8.137/90 (Crimes Contra a Ordem Tributária). Basicamente os dispositivos se referem a atos de sonegação fiscal ou evasão fiscal, mas novamente não há descrição pormenorizada de condutas. Nesses casos a importância é ainda maior, uma vez que há que ponderar não somente se os atos indicados evitam o pagamento de tributos, mas se constituem evasão (ilegal) ou mera elisão (meios legais de redução tributária). Além disso, para a possibilidade de persecução penal tributária há necessidade de esgotamento da via administrativa fiscal com a devida representação da fazenda pública. Não é que o ilícito tributário seja de ação penal pública condicionada à representação. Não, não é isso. 45 Mas, é claro e evidente que o ilícito penal tributário tem como pressuposto a ilicitude administrativa da conduta. Se não há ilícito tributário estrito, é óbvio que não pode haver crime contra a ordem tributária. De acordo com Monteiro, o Direito Penal é instrumento para a realização das leis tributárias, embora não perca sua autonomia científica. Ele incide sobre fatos “cujos contornos jurídicos são dados pelo Direito Tributário”, não sendo possível haver desvinculação dessa condição. 46 Esse é o sentido do artigo 83 da Lei 9.430/96 e da Súmula Vinculante 24 do STF sobre o tema, a qual tem o seguinte teor:

44 Op. Cit., p. 14. Vide em senda similar os posicionamentos de Ives Gandra Martins: MARTINS, Ives Gandra. Harmonia e Independência dos Poderes? Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/ives-gandra-harmonia-independencia-poderes>, acesso em 09.11.2021. MARTINS, Ives Gandra. Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira>, acesso em 09.11.2021.

45 Sobre o tema há inclusive a Súmula 609, STF: “É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal”. Este também foi o entendimento adotado pelo STF na ADIn 1.571 – 1, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que versava sobre o teor do artigo 83 da Lei 9.430/96.

46 MONTEIRO, Rodrigo Oliva. Dos crimes contra a ordem tributária: definição do tributo e formação do tipo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 64, jan./fev., 2007, p. 148.

“Não se tipifica o crime material contra ordem tributária, previsto no art. 1º de I a IV, da Lei n 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”. 47

Isso significa que o próprio STF considera o lançamento definitivo do tributo como elemento do crime tributário. Nas palavras de Monteiro:

“(…) a integração do tipo penal dos crimes tributários depende do pronunciamento dos agentes do fisco. Enquanto não se pronuncia a autoridade fazendária, não há que se falar em crime tributário”. 48

E mais:

(…) os crimes contra a ordem tributária pressupõem não penas a subsunção de uma conduta ao modelo descritivo constante da lei penal, como também a inobservância de deveres previstos nas normas tributárias, de modo que não existirá injusto penal tributário que não configure reflexamente um injusto fiscal.

Pode-se dizer que nos delitos contra a ordem tributária está presente o fenômeno da dupla tipicidade, pressupondo a tipicidade penal a existência de uma tipicidade tributária. 49

Trazendo à baila a perspectiva de Carrazza, é possível afirmar que a relação entre o Direito Penal Tributário e o Direito Tributário é a de um “*direito de superposição*”, 50 significando que a lei penal se refere à lei tributária. Incide não apenas sobre fatos e condutas, mas sobre fatos e condutas previamente determinados por outra esfera do Direito, em relação transdisciplinar, no caso específico, o Direito Tributário.

Seria um contrassenso que algo considerado lícito no campo administrativo – tributário fosse ilícito na seara penal, sabidamente subsidiária e de “ultima ratio”. Conforme lição do autor lusitano Figueiredo Dias:

“As causas de justificação não têm de possuir caráter especificamente penal, antes podem provir da **totalidade da ordem jurídica** e constarem, por conseguinte, de um qualquer ramo do direito. Esta

47 Sobre o tema são esclarecedores os ensinamentos de Kiyoshi Harada, especialista na área tributária: HARADA, Kiyoshi. Representação Fiscal para Fins Penais. Disponível em <https://haradaadvogados.com.br/representacao-fiscal-para-fins-penais/>, acesso em 09.11.2021.

48 MONTEIRO, Rodrigo Oliva, Op. Cit., p. 184.

49 Op. Cit., p. 151.

50 CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 429 – 432.

verificação (...) é compreensível e, ao menos numa larga medida, indiscutível: se uma ação é considerada lícita (conforme ao 'direito') pelo direito civil, administrativo ou por qualquer outro, essa licitude – ou ausência de ilicitude – tem de impor-se a nível do direito penal, pelo menos no sentido de que ela não pode constituir um ilícito penal". 51 E prossegue o autor, apresentando, em reforço, a formulação de Merkel: "sempre que uma conduta é, através de uma disposição do direito, imposta ou considerada como autorizada ou permitida, está excluída, sem mais a possibilidade de, ao mesmo tempo e com base num preceito penal, ser tida como antijurídica e punível" (grifos no original e interpolação nossa). 52

Isso decorre da conhecida e acertada "Teoria da Unidade do Ordenamento Jurídico". A ordem jurídica há que configurar-se como uma unidade sistemática, exigindo-se impecável sintonia entre as normas que a compõem, obedecendo, outrossim, ao "Princípio da Não – Contradição", de acordo com o qual as proposições legais não podem se contradizer. 53 Não são admissíveis antinomias na ordem jurídica. Acaso surja uma antinomia, esta necessariamente será apenas aparente, devendo ser eliminada por uma atividade interpretativa. A cognição do Direito tem por objetivo a apreensão de seu objeto em sua totalidade de sentido, de forma a produzir uma descrição isenta de contradições internas. Parte-se do pressuposto de que conflitos aparentes de normas podem e devem invariavelmente e imperiosamente ser solvidos por meio da interpretação adequada. 54

Seria mesmo inadequado submeter uma pessoa (contribuinte) a um calvário de perseguição penal, antes do exame, no campo devido (tributário – administrativo), das razões que tenha ofertado para demonstrar a improcedência da autuação de que foi sujeito passivo por parte dos agentes da Fazenda Pública. 55 Muito pior ainda, a submissão de alguém à prisão provisória com base em algo tão insubsistente.

Note-se que a melhor doutrina aponta para a inexistência de legitimidade nem mesmo para o formal *indiciamento* de alguém por suposto crime tributário sem o esgotamento da instância administrativa. É inviável sequer fazer uma primeira imputação policial a uma pessoa de uma prática delituosa, já que para tanto é preciso, no mínimo, haver "prova da materialidade e indícios de autoria". E "a materialidade dos crimes

51 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Parte Geral*. Tomo I. São Paulo: RT, 2007, p. 387 – 388.

52 Op. Cit., p. 389.

53 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª. ed. Coimbra: A. Amado, 1984, p. 285.

54 Op. Cit., p. 286.

55 MACHADO, Hugo de Brito. Algumas questões relativas aos crimes contra a ordem tributária. *Revista dos Tribunais*. n. 751, mai., 1998, p. 453.

tributários é dada (...), pelo lançamento tributário definitivo”. Dessa forma, mesmo em havendo eventual autuação fiscal com elaboração de auto de infração, isso não constitui o bastante para “justificar o indiciamento do contribuinte suspeito de sonegação”. 56 Ora, se nem mesmo o indiciamento está justificado sem o esgotamento da via administrativa, quanto mais a decretação de uma prisão cautelar ou mesmo de qualquer cautelar constritiva.

Sustentar eventual autonomia absoluta entre as instâncias administrativo – tributária e penal – tributária violaria não somente a razoabilidade, conforme demonstrado, mas também a Separação dos Poderes:

O esquema constitucional de distribuição das funções estatais, seguindo a doutrina de Montesquieu, prevê a existência de três poderes independentes e harmônicos entre si. O Legislativo cria normas que inovam o ordenamento jurídico, o Executivo executa as leis criadas pelo Legislativo e o Judiciário julga os conflitos de interesses, aplicando a lei ao caso concreto. Nesse contexto, decorre implicitamente do texto constitucional que a atribuição para afirmar a ocorrência do fato gerador dos tributos em geral, determinar o *quantum debeatur* e individualizar o respectivo sujeito passivo, constituindo, assim, o crédito tributário, pertence exclusivamente aos agentes do fisco, integrantes do Poder Executivo. De fato, regulamentando o art. 146, III, *b*, da CF/88, dispõe o art. 142 do CTN, que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Escapa, portanto, à atuação dos membros da magistratura avaliar, no caso concreto, se houve ou não evasão fiscal, para fins de aplicação das normas penais incriminadoras consubstanciadas nos arts. 1º. e 2º. da Lei 8.137/90. Não se sustenta, assim, a singela alegação de que a supressão tributária pode restar largamente comprovada na instância penal, uma vez que a instrução probatória no âmbito penal é mais ampla do que na esfera administrativa. A decisão quanto à existência de tributo pertence à esfera administrativa, com exclusividade. Entendimento diverso representa inadmissível invasão

56 MONTEIRO, Rodrigo Oliva, Op. Cit., p. 187.

do Judiciário em seara exclusiva dos agentes públicos que integram a estrutura do Poder Executivo. 57

Não se pode olvidar também que o pagamento do tributo, mesmo em havendo real evasão ou sonegação criminosa, leva à extinção da punibilidade desde que realizado “in integrum”, seja à vista, seja em adimplemento de parcelas (inteligência do artigo 83 e Parágrafos da Lei 9.430/96). Percebe-se claramente que o ilícito tributário, ainda que configurado, não é apto a sustentar uma prisão provisória, salvo quando satisfeitas todas as condições para sua punibilidade. Prender alguém por um ilícito em perspectiva é absurdo, prender alguém provisoriamente que ainda pode quitar um débito e obter a extinção da punibilidade penal, além de irrazoável, configuraria uma espécie de prisão por dívida inconstitucional, além de violar a proporcionalidade. Não se está dizendo, reiterese, que a ação penal dependa de representação e que não possa haver investigação. Isso pode ocorrer livremente porque o crime é de ação penal pública incondicionada. No entanto, tal investigação estaria baseada ainda tão somente na autuação fiscal em debate na seara tributária, não seria possível, nesse estágio, afirmar materialidade delitiva suficiente a embasar cautelares penais, muito menos aquelas de natureza privativa de liberdade (vide artigo 312, CPP que exige “prova do crime e indício suficiente de autoria”). De maneira alguma, nessa quadra, se pode afirmar legitimamente a existência de “prova do crime”, requisito essencial para o decreto da preventiva, além de que a extinção da punibilidade pelo pagamento ainda é uma possibilidade, o que impediria qualquer sanção penal, tornando escandalosamente desproporcional a prisão provisória. Isso sem considerar o fato de que não há no r. decisório qualquer descrição de conduta imputável.

Numa perspectiva de dependência das instâncias tributária e penal – tributária em relação transdisciplinar

(...) sustenta-se que a ameaça de início da ação penal, sem o prévio exaurimento da via administrativa, constitui uma forma ilegítima de coação do contribuinte ao pagamento da exação, cuja exigibilidade não foi ainda afirmada pela administração fazendária. De fato, se o pagamento do tributo (...) extingue a punibilidade, (...) o contribuinte ficaria tentado a fazê-lo, para evitar o constrangimento de figurar como réu numa ação penal, ainda que isso implicasse em renúncia à impugnação administrativa da imposição tributária. Nessa situação apresentar-se-iam ao contribuinte as seguintes opções: insistir no recurso administrativo e se submeter à ação penal; ou desistir desta impugnação, pagar o valor do tributo e evitar a ação penal. Impõe-se, assim, um custo ao exercício do devido processo administrativo –

57 Op. Cit., p. 167.

fiscal, qual seja, a submissão do contribuinte ao processo – crime, o que não é nada razoável. 58

Dessa forma, seria necessário, para o recurso aos crimes contra a ordem tributária por Alexandre de Moraes, que não somente se descrevesse a evasão ou sonegação específica, demonstrando não se tratar de mera elisão, mas também que se indicasse a finalização da discussão da questão na seara fazendária. No mínimo houve omissão e precipitação nessa capitulação criminal e, principalmente, na pretensão espúria de decreto de uma prisão provisória com sustento nessa tipificação.

Acrescenta ainda o crime de “Evasão de Divisas”, conforme artigo 22, Parágrafo Único da Lei 7.492/86 e novamente não há descrição de conduta alguma, o que se repete com a última imputação, qual seja, a de “Lavagem de Dinheiro”, nos termos do artigo 1º da Lei 9.613/98. Neste último caso, sendo o crime de lavagem acessório ou parasitário, haveria necessidade não só de descrição pormenorizada dos processos de branqueamento de capitais (no mínimo suas fases básicas: “colocação ou “placement”; dissimulação ou “layering” e integração ou “integration” ou “recycling”), mas ainda, de crimes antecedentes dos quais teriam advindo tais valores. Nada disso é encontrável no decisório em análise.

No seguimento o Ministro passa a se utilizar da funesta técnica de “Fundamentação *Per Relationem*”, transcrevendo longamente manifestação do Ministério Público. Nessa situação o “jugador, ao invés de dar conta do seu dever de fundamentar, adota argumentos alheios, um recorta e cola”, o que tem, “inacreditavelmente”, contado com o beneplácito e conivência dos Tribunais Superiores, os quais, como se vê, inclusive adotam “essa prática vergonhosa”. 59

Mas, será que ao menos a fundamentação do Ministério Público é razoável?

58 Op. Cit., p. 161. Diga-se de passagem, que se é irrazoável a submissão à persecução penal, o que alegar quanto à prisão provisória de alguém com sustento em tal constrangimento ilegal e na falta da mais mínima justa causa, coarctando o direito ao devido processo legal não somente na seara administrativa, mas também na criminal? Permita-me o leitor ainda um esclarecimento. O autor Rodrigo Monteiro, no texto original faz menção à extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo “até antes do recebimento da denúncia”, nos termos do artigo 34, da Lei 9.249/95. Tais passagens foram suprimidas em razão de atualização, já que o pagamento do tributo hoje continua extinguindo a punibilidade, mas pode ser feito *a qualquer tempo e não somente antes do recebimento da denúncia*, conforme a atual redação do artigo 83, § 4º, da Lei 9.430/96 com nova redação dada pela Lei 12.382/11.

59 Essa é a opinião de Aury Lopes Júnior e de Alexandre Morais da Rosa, que reflete o pensamento de boa parte da doutrina nacional. Cf. LOPES JÚNIOR, Aury, ROSA, Alexandre Moarais da. Você sabe o que é fundamentação “per relationem”? Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-set-13/voce-sabe-fundamentacao-per-relationem>, acesso em 09.11.2021.

Um primeiro aspecto de alta relevância é o fato de que a manifestação ministerial em que se baseia o magistrado mediante pura transcrição foi exarada na época no bojo do Inquérito STF 4828, o qual, conforme já exposto, foi *arquivado pela própria PGR*. Ora, se naquele inquérito foram requeridas cautelares para apuração de eventuais ilícitos perpetrados por Allan dos Santos e outros e nada foi apurado de consistente, de modo que o feito foi arquivado, como é possível pretender o Ministro Alexandre de Moraes sustentar seu “decisum” numa fundamentação “per relacionem” com tal manifestação já superada. Isso é, como se diz popularmente, “requentar” uma argumentação. Nada mais que um ato de reciclagem de fundamentos já superados e rechaçados pelo próprio Ministério Público!

Somente esse fato já isentaria este autor de sequer fazer qualquer análise crítica do conteúdo da citada manifestação ministerial colada e copiada pelo magistrado. Mas, por amor ao debate e à busca da verdade, vejamos:

Inicia-se por platitudes descritivas da capacidade das redes sociais (a exemplo de vários outros meios de comunicação de massa) de arrebanhar seguidores, ouvintes, leitores, fãs etc. Também há comentários acerca da chamada “monetização” de conteúdos, que propicia a certos influenciadores obter ganhos financeiros com atividades exercidas na rede. O grande problema prossegue: qual é o crime existente no fato de que ao atuar em redes sociais se é capaz de cativar um público? E mais, de ganhar financeiramente com essa atividade, a qual, modernamente, se tornou uma fonte de renda e trabalho? Ou somente alguns podem ter esses “privilégios” a critério de algum órgão ou indivíduo censor, como já se afirmou, de acordo com as impressões subjetivas de um ou mais “editores” do Brasil?

E, afora isso, somente se faz menção à defesa de Allan dos Santos, assim como de muitas pessoas, quanto à “intervenção”, o que significa dizer aplicação legal e constitucional do artigo 142, CF, conforme já exposto, inclusive com os esclarecimentos irresponsáveis dos constitucionalistas Amauri Saad e Ives Gandra Martins. Parece que ao final se pretende incriminar a exigência legítima de poder se manifestar a respeito de uma questão política e jurídica, bem como de criticar a repressão totalitária e o silenciamento do discurso a respeito de um tema que, ao fim e ao cabo, é eminentemente técnico – jurídico, embora tenha repercussões políticas inegáveis. Na verdade, quase tudo tem repercussões políticas no agir humano e não se pode criminalizar a defesa de posições políticas, ainda que não se concorde com elas, muito menos a discussão popular e acadêmica de uma questão jurídico – constitucional. Ainda que houvesse uma decisão do STF considerando que o artigo 142, CF seria uma “norma constitucional inconstitucional” (o que, em tese, é possível segundo, por exemplo, Otto Bachof) 60, nada impediria a crítica,

60 BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977, “passim”.

ainda que ácida, quanto à posição do referido Tribunal Superior e a continuidade do debate popular, acadêmico e político. A imposição de mordaza seria inviável, a não ser que se admita exatamente o que se alega pretender impedir, ou seja, a derrubada sem peias do “Estado Democrático de Direito” exatamente pela instituição que o deveria defender sob o prisma constitucional. É que, na verdade, não há propriamente “instituições democráticas”, mas instituições que são consideradas importantes numa democracia, desde que seus componentes humanos atuem dentro das regras do jogo democrático. Uma suposta instituição democrática pode perfeitamente se desvirtuar e tomar forma totalitária ou, no mínimo, ditatorial (executivo, legislativo ou judiciário, forças armadas, Ministério Público, Polícia, Cátedra Universitária etc.). Não seria necessário dizer face à obviedade, mas é fato constatável que todas essas instituições se fazem presentes nos atuais regimes totalitários (China, Coreia do Norte, Cuba, Venezuela), assim como sempre foi ao longo da história. Aliás, historicamente, é possível afirmar com certeza que essas instituições, sob uma ou outra forma, precedem em séculos até mesmo a ideia de Democracia. Líderes com funções executivas, legisladores, magistrados, exércitos, indivíduos ou grupos responsáveis pela educação e pela manutenção da ordem sempre existiram nas mais diversas sociedades muito antes que a ideia democrática sequer fosse cogitada.⁶¹ Portanto, essas não são “instituições democráticas”, o que importa é o seu funcionamento de acordo com as regras democráticas.

Ao fim e ao cabo o conteúdo da manifestação ministerial referida como fundamento “per relacionem” volta à mesma cantilena de comentários acerca de fatos atípicos com ares imponentes de quem está descrevendo crimes bárbaros. Ou seja, do nada, nada se originou.

Finalmente o magistrado faz referência às suas próprias razões, mesmo assim não originalmente, mas repetindo alegações que fizera quando do arquivamento do Inquérito 4828 e da manobra de abertura deste Inquérito 4874. Retorna-se à reciclagem argumentativa ou à marmitta requentada de fundamentos. Esses giros e insistência em pontos antecedentes dão a clara evidência de que se lida com um círculo vicioso.

O conteúdo não diverge em seu vazio absoluto de descrição de condutas que possam ser consideradas penalmente típicas. São as mesmas reiteradas alusões à exploração da atividade de comunicação e jornalismo, de monetização, de busca de lucro com a atividade laboral, de críticas às instituições e agentes públicos, de sugestões de intervenção com base em norma constitucional vigente, de atuação política (que ao que se saiba é livre no Brasil), de proposta de alteração ou ajuste otimizado da tripartição de poderes, de busca (confessadamente não comprovada) de recursos públicos para a atividade jornalística (como se isso fosse crime e não ocorresse com praticamente todos

⁶¹ Para uma visão geral da questão: CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, “passim”.

os órgãos de imprensa), de pretensa criminalização de pagamentos relativos à administração do canal Terça Livre e do intento de internacionalizar o citado canal (Desde quando administrar, fazer pagamentos e ter ambição de internacionalizar um canal é crime? Se fosse, grave omissão estaria ocorrendo quanto à vinda da CNN para o Brasil, pois, ao que se saiba, não há qualquer investigação a respeito disso. E é claro que não deve nem pode haver, pois não há qualquer crime na internacionalização de um canal de comunicação, seja ele qual for, aliás de nenhuma empresa.).

E o círculo prossegue, voltando às manifestações da Polícia Federal acerca das mesmas imputações genéricas que não descrevem nada em termos de conteúdo. Uma novidade é criminalizar a crença na existência de fraude nas eleições americanas de 2020, bem como o fato de não ter confiança no sistema eleitoral brasileiro! Onde estariam tipificados tais crimes? Que se saiba nem aqui nem na China, nem nos EUA! Afinal confiança é algo que se conquista, não algo que se impõe a ferro e fogo ou com ameaças e repressão.

Finalmente Alexandre de Moraes, com sustento em toda essa coleção de “flactus vocis” jurídicos, considera que a única medida cabível para conter a suposta sanha criminosa de Allan dos Santos seria a decretação de sua prisão preventiva. O primeiro motivo seria a manutenção da ordem pública, já que o investigado *estaria praticando continuamente os ilícitos jamais descritos no decisório*, pelo magistrado, pelo Ministério Público e pela Polícia Federal. Cita-se também a necessidade por conveniência da instrução criminal devido a estar o investigado no estrangeiro, o que, como já demonstrado, é insustentável. Outro aspecto é o apontamento da motivação de assegurar a aplicação da lei penal, usando jurisprudência que trata de pessoa foragida, sendo fato que há uma diferença gritante para qualquer um não afetado de cegueira deliberada entre um foragido que procura homiziar-se, colocar-se em local incerto, de uma pessoa que mora em outro país e tem endereço fixo, atuando diariamente de forma pública e com localização até mesmo possível por rastreamento telemático.

Sob a alegação de recurso ao polêmico “poder geral de cautela no processo penal”, Alexandre de Moraes impõe bloqueios financeiros a Allan dos Santos e sua empresa, sob o argumento de que tal medida seria necessária para impedir o seguimento de sua atuação supostamente criminosa. Ora, se Allan é o autor de todos os atos descritos e estará preso, como é possível que continuasse com suas transmissões? Na verdade a única consequência prática desse bloqueio financeiro é a inviabilização da vida econômica do sujeito passivo da medida e, juntamente com ele, de sua empresa, e pior, de seus funcionários. Nesse passo a cautelar atinge até mesmo terceiros inocentes, o que não se coaduna com o “Princípio da Intranscendência” que se refere à pena, quanto mais a cautelares. Essa medida extrapola tudo que se possa pensar que seja razoável. Afinal, desde o Direito Romano já se sabe da iniquidade que consiste em punir terceiros absolutamente inocentes por ato de

outrem: "Peccata suos teneant auctores" – "Os crimes só atingem aqueles que os cometeram". 62

Todos os canais de comunicação de Allan dos Santos também foram bloqueados em ato que, sem a menor dúvida, configura censura prévia inconstitucional. Ademais, se foi decretada sua prisão e bloqueados seus canais, qual o intento do seu bloqueio financeiro a não ser a redução à penúria do comunicador (pena ou cautelar inexistente)? Percebe-se claramente que este último bloqueio foi determinado sob o falso pretexto de ser necessário para impedir sua atuação como jornalista e comunicador, uma vez que outras medidas incapacitantes já foram determinadas e seriam mais do que suficientes. Como já visto, também não há descrição minimamente segura, ainda que indiciária, de crimes como sonegação fiscal, evasão de divisas ou lavagem de dinheiro, mencionados na decisão, mas sem elementos concretos convincentes, seja de fato ou de direito. No bojo da própria decisão o Ministro repete várias vezes que a respeito desses temas são necessárias mais apurações! Não é dizer que para a decretação de uma cautelar se exija um juízo exauriente da questão, mas ao menos materialidade e indícios suficientes de autoria são imprescindíveis (juízo de probabilidade).

Na verdade há somente alegação de recebimento de monetização com remessa ao exterior em nome de terceiros. Mas também, ao que se depreende, tais operações foram todas registradas e, estando o envolvido no exterior, nada mais natural que os valores fossem remetidos. Em dado momento menciona-se uma pessoa como "sócio oculto", o qual receberia tais valores. A utilização da expressão jurídica "sócio oculto" sem maiores esclarecimentos e como foi posta no texto passa uma impressão (falsa) de que se trataria de alguma ilegalidade, algo obscuro ou clandestino, quando, na verdade, o "sócio oculto" é um instituto comum nas sociedades empresariais, algo totalmente legal e regulado pelo Direito Civil/Empresarial Brasileiro. Aliás, o chamado "sócio oculto" é mais comumente denominado de "sócio participante", o que certamente elimina, para o leigo, a má impressão da primeira expressão. O "sócio oculto ou participante" surge na chamada "*Sociedade em Conta de Participação*", a qual é legalmente regulada nos artigos 991 a 996 do Código Civil. Ela tem duas espécies de sócios: "Sócio Ostensivo", que é aquele que pratica em seu nome próprio a atividade empresarial e representa a sociedade perante terceiros; e o "Sócio Participante ou Oculto", o qual não se apresenta a terceiros, nem representa a sociedade em seus negócios ou pratica diretamente a atividade final ou relações de negócios. Trata-se, este último, na verdade, de alguém que investe na empresa. 63 Como bem esclarece Tomazzete:

62 Op. Cit., p. 110. Códex, 9, 47, 22.

63 Cf. SARHAN JÚNIOR, Suhel. *Direito Empresarial*. 3ª. ed. Leme: Mizuno, 2021, p. 243 – 244.

A Sociedade em Conta de Participação não aparece para o público, quem aparece é o sócio ostensivo, daí dizer-se que ela é uma sociedade oculta, **o que não significa que tenha fins fraudulentos, mas que não é ou não precisa ser conhecida pelo público** (grifo nosso). 64

A utilização da expressão “sócio oculto” da forma como se deu na decisão enfocada foi sofrível sob o ponto de vista de fundamentação, especialmente no aspecto “extraprocessual” que atine ao comum do povo, o qual não está obrigado a dominar o vocabulário técnico – jurídico e pode facilmente se equivocar ou iludir com o sentido real de uma palavra ou expressão. O cuidado com esse aspecto extraprocessual deve ser enorme, principalmente quando se sabe que tais decisões que envolvem questões políticas serão exploradas e divulgadas pela imprensa, também formada por pessoas em geral despreparadas sob o ponto de vista de uma linguagem jurídica mais apurada. Explica-se:

Sérgio Nojiri 65 põe em destaque o duplo aspecto da fundamentação das decisões judiciais, ou seja, pelo ângulo endoprocessual e pelo ângulo extraprocessual. No primeiro caso, surgiria a fundamentação como garantia da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, propiciando aos jurisdicionados o conhecimento das razões de decidir, podendo contrariá-las em grau de recurso, quando, por seu turno, os tribunais superiores poderiam também ter acesso aos motivos do juiz de primeiro grau, analisando-os criticamente para formação de sua convicção quanto à manutenção de eventual decisão recorrida ou de sua reforma total ou parcial. Já pelo aspecto extraprocessual ter-se-ia, a exemplo da conhecida “teoria da sociabilidade das decisões” apregoada por Malatesta, um reflexo do Estado Democrático de Direito a impedir o exercício arbitrário do poder, mediante o conhecimento, pela fundamentação e através da publicidade, dos motivos que levaram o magistrado a decidir no caso concreto. Nas palavras do autor, “a fundamentação das decisões judiciais, inserida nesse contexto, revela que o poder judiciário, ao motivar seus provimentos, age como um legítimo órgão de manifestação de um Estado Democrático de Direito. Ao proceder à subsunção do fato à norma, possibilita aos jurisdicionados a chance de conhecerem as razões que fundamentaram a decisão judicial.” 66 E aqui se tratam das pessoas comuns, não de juízes, advogados, promotores etc., de modo a exigir-se absoluta transparência e clareza na redação, o que não ocorre quando se usa uma expressão que pode ter um sentido aparentemente negativo no vocabulário comum e outro totalmente lícito na terminologia jurídica.

64 TOMAZZETE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. Volume I. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 288.

65 NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 31 – 74.

66 MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996, p. 64.

Outro fato que espanta na decisão é que o dinheiro que estaria sendo supostamente lavado adviria de “monetizações” em redes sociais, o que não é crime antecedente de forma alguma. É algo que é corrente nas redes sociais que remuneram as pessoas dessa forma devido à publicidade que explora em suas “lives”, aulas, vídeos, postagens etc. É simplesmente impossível “lavar dinheiro” oriundo de “monetização” de redes sociais porque não há crime nessa monetização! Seria como lavar dinheiro do próprio salário ou de honorários ou pagamentos recebidos por prestação de serviços! Em suma, lavar o que já é limpo, tal como um hipocondríaco que lava as mãos a cada dois minutos. A evasão de divisas também implicaria numa remessa não comunicada e, ao menos pelo que consta da decisão, a própria ciência sobre as remessas se deu por pesquisa em órgãos públicos onde estavam registradas!

Finalmente é interessante salientar que há alusão a propagandas do Governo Federal que seriam veiculadas esporadicamente nas redes sociais de Allan dos Santos e outros envolvidos, gerando monetização. Com isso ocorre uma insinuação quanto a algum patrocínio estatal das atividades em disquisição, dando a entender que esse suposto “patrocínio” seria ilícito. Em primeiro plano é importante destacar que propagandas do Governo Federal, Estadual ou Municipal são veiculadas pelos mais diversos órgãos de imprensa e comunicação sem que isso seja considerado crime jamais. Mas, o pior é que, ao menos aparentemente, nem a Polícia Federal, nem o Ministério Público e nem mesmo o Ministro que exara a decisão têm o menor conhecimento sobre o mecanismo de publicidade nas redes sociais, e nesse passo é preciso reconhecer que da decisão consta que há necessidade de maiores apurações (e realmente há ingente necessidade disso). Na verdade já haveria necessidade de uma verificação mínima até para fazer essa espécie de insinuação com mais responsabilidade e propriedade, o que, aliás, se constataria ser impossível. É preciso esclarecer que as propagandas veiculadas em redes sociais são firmadas entre a empresa ou órgão que quer a publicidade e a rede em si, não com os usuários. A veiculação das propagandas é feita por um algoritmo de forma randômica, ou melhor, mediante análises de acesso, estatísticas de resultado publicitário e podem surgir em qualquer das postagens de usuários, não sendo algo controlável por este último, pelo Governo, por empresas e nem mesmo, a rigor, diretamente pelas redes (já que se trata de uma escolha determinada por um algoritmo sem subjetividade). A não ser que se pretenda incluir na suposta “organização criminosa” o algoritmo do Google, a insinuação de patrocínio supostamente ilícito não passa jamais disso, uma insinuação provocada, espera-se, pela mais profunda ignorância dos mecanismos envolvidos no processo publicitário das redes. Espera-se que essas insinuações tenham decorrido de ignorância e precipitação, pois que não se pretende sequer cogitar de outra hipótese que possa envolver plena ciência da insustentabilidade do que foi insinuado, fato este que constituiria uma indecorosa conduta, até sob o prisma da honestidade intelectual, de *afetar não saber aquilo que se está “careca” de saber*. E isso é de extremada gravidade porque decorreria de pessoas que tiveram uma formação privilegiada, mas acabariam produzindo com a educação recebida, nada mais do

que “uma capacidade aumentada para o mal”. Não por outro motivo, nos lembra Scalia que diziam os romanos: “*corruptio optimi pessima est* – a corrupção do melhor é a pior”.⁶⁷ Contudo, mesmo considerando a simples ignorância sobre o tema como motor dessa insinuação, seria de se esperar mais de pessoas que ocupam cargos e funções de grande responsabilidade e dotadas de certa formação educacional e cultural. Até mesmo sem uma maior pesquisa, seria de desconfiar que o mecanismo de publicidade nas redes tem suas peculiaridades e de que seria precoce, temerário e leviano fazer afirmações sem o devido sustento.

Infelizmente é fato que o homem pode se recusar a reconhecer a evidência, pode fechar os olhos e simplesmente abandonar a intelegibilidade de que é dotado. Afinal “o exercício da inteligência, no homem, é livre e não necessário, já que, se fosse necessário, o homem entenderia tudo necessariamente, coisa que se vê, por experiência, que não acontece”.⁶⁸

Com base em todo esse conjunto de equívocos e vazio fundamental, é decretada pelo Ministro Alexandre de Moraes a Prisão Preventiva do jornalista Allan Lopes dos Santos, bem como outras medidas cautelares constantes da Petição STF 9.919/DF.⁶⁹ Essas medidas são ilegais, tendo em vista o fato de que em não havendo demonstração mínima do Direito Material respectivo, que serviria de justa causa para futura ação penal, impossível decretar cautelares. A ação penal respectiva, que precisaria ser embasada em eventuais crimes cometidos seria o “processo principal” no qual se sustentaria acessoriamente a cautelaridade da prisão e demais medidas. Sem o principal devidamente demonstrado o acessório não se pode sustentar (“*accessorium sequitur principale*”).

As cautelares são acessórias de um processo principal, não podendo subsistir por si mesmas. Destaque-se que se em sede de Processo Civil é possível falar em “Cautelares Satisfativas” (que se exaurem em si mesmas), embora tal ponto seja mesmo nessa seara bastante discutido⁷⁰, não há se cogitar de satisfatividade cautelar no Processo Penal. Nesta sede a acessoriedade se agiganta, impedindo que a providência cautelar se

67 SCALIA, Antonin. *Scalia Fala – Reflexões sobre Fé, Direito e vida bem vivida*. Trad. Amauri Feres Saad. Londrina: EDA, 2021, p. 100.

68 CARVALHO, Olavo de. *Inteligência e Verdade*. Campinas: Vide Editorial, 2021, p. 88.

69 STF, Petição 9.919/DF. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/pet-9919-alexandre-moraes-determina.pdf>, acesso em 13.11.2021.

70 Mesmo no Processo Civil há autores que negam a possibilidade de cautelares satisfativas. Para estes quando a suposta medida cautelar se exaure em si mesma (ex. uma busca e apreensão de menor em que o requerente já tem a guarda definitiva), perde a característica cautelar porque se torna definitiva e independente, não comportando as características da provisoriedade, revogabilidade e da acessoriedade, senão até mesmo da instrumentalidade. Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 13ª. ed. São Paulo: Leud, 1992, p. 87.

transforme em antecipação de pena, muito menos uma pena sustentada em ilícitos sequer minimamente descritos. 71

Tendo em vista o fato de que o agora “procurado” se acha em território norte – americano, determina o magistrado que o Ministério da Justiça proceda aos trâmites de sua extradição.

É bom esclarecer que não se trata da chamada “extradição passiva”, na qual “o Estado estrangeiro solicita ao Estado Brasileiro a entrega de pessoa que se encontre no território nacional”. Nessa espécie de extradição há necessidade de “autorização do STF” (artigo 102, I, “g”, CF), que se cinge tão somente à “análise da legalidade e da procedência do pedido” de acordo com o disposto na Lei 13.445/17, regulamentada pelo Decreto 9.199/17 e RISTF, artigos 207 – 214. Acaso tal pedido seja indeferido não se constitui título executivo hábil à extradição, de modo que o Presidente da República está impedido de efetivá-la. Porém, se for deferida pelo STF a extradição a questão assume foros políticos e cabe ao Presidente da República discricionariamente decidir se efetua ou não a entrega da pessoa ao Estado estrangeiro (Pleno STF, Ext. 1.114/ Chile; Ext. 1.085/ Itália, este segundo “decisum” refere ao famigerado caso Battisti). 72

No caso Allan dos Santos, se trata de “extradição ativa”, na qual “é o Estado Brasileiro que requer, a algum Estado estrangeiro, a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso”. 73 Mais especificamente, a extradição ativa enfocada se destina à instrução de processo penal em curso, pois que não há condenação definitiva contra Allan. Denomina-se doutrinariamente essa situação de “extradição instrutória”, referindo-se aos casos em que a extradição é requerida “antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, podendo ocorrer tanto “no curso do processo penal”, quanto “na fase investigatória” (caso específico em estudo) (inteligência do artigo 83, II, da Lei 13.445/17 – Lei de Migração). 74 Observe-se que na extradição ativa não há necessidade de autorização do STF, mas basta a deliberação de um órgão judiciário, o qual apresenta o pedido de extradição ao

71 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Lei 12.403 Comentada*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013, p. 13 – 14.

72 BERNARDES, Juliano Taveira, FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito Constitucional*. Tomo II. 10ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 540 – 541.

73 Op. Cit., p. 543.

74 MUZZI, Tácio. Extradição, Transferência de Execução da Pena e Transferência de Pessoas Condenadas. In: PEREIRA, Eliomar da Silva, FORNAZARI JÚNIOR, Milton (orgs.). *Direito Internacional de Polícia Judiciária*. Volume 6. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 172. Destaca o autor que existe também a chamada “extradição executória”, que se refere a casos de pedido de extradição ativa vinculados à prévia condenação definitiva do extraditado a pena de prisão.

Ministério da Justiça e Segurança Pública (artigo 88, "caput" da Lei 13.445/17). 75 Também não há qualquer atuação do Presidente da República ou avaliação política discricionária. No caso de Allan dos Santos, apenas por uma coincidência o pedido foi realizado por um Ministro do STF. O procedimento é baseado tão somente nas normas legais. Dessa forma:

Uma vez apresentado o pedido de extradição ativa pelo órgão do Poder Judiciário responsável pelo processo penal, competirá ao Ministério da Justiça e Segurança Pública **examinar a presença dos pressupostos formais e admissibilidade exigidos em lei ou em tratado. Caso atendidos, a autoridade executiva providenciará o encaminhamento imediato do pedido de prisão ou de extradição ao Estado requerido, por via diplomática ou por meio das autoridades centrais respectivas** (grifo nosso). 76

Tendo em vista os inúmeros vícios ocorridos tanto no pedido de prisão quanto na decisão de seu deferimento, conforme exaustivamente enumerados neste texto, há manifestações pretendendo que o Ministro da Justiça indefira o encaminhamento da extradição. Acontece que não se deve confundir a extradição ativa com a passiva. É somente nesta segunda que ao poder executivo, na pessoa do Presidente da República, é conferida discricionariedade após a decisão do STF. No caso da extradição ativa, quando a lei determina que o Ministério da Justiça examine a presença ou não dos "pressupostos formais" e de "admissibilidade", isso se refere tão somente ao exame da documentação necessária e das formalidades legais e convencionais. Não é dado ao Ministro da Justiça adentrar na análise de mérito da decisão judicial. Fala-se de uma necessária desobediência a uma ordem judicial ilegal a fim de barrar ou arrefecer certo ativismo judicial descontrolado. Entretanto, é preciso ter em mente que se um ativismo judicial exacerbado é deletério, também o será um ativismo generalizado em vários órgãos estatais. A pretensão de fazer contraponto a um ativismo judicial incontido pode acabar criando novos ativismos (v.g. policial, administrativo, burocrático etc.), pulverizando e ampliando esse maléfico fenômeno. Observe-se que para que uma autoridade administrativa, por exemplo, se negue a cumprir uma ordem judicial, sob a alegação de sua ilegalidade, necessariamente terá de fazer uma análise subjetiva dessa suposta ilegalidade e então, de subjetivismo em subjetivismo chegaríamos a um caos completo em termos de segurança jurídica. Não que já não soframos desse mal com o ativismo judicial (e algumas vezes policial e ministerial), mas certamente a solução não é combater ativismo com mais ativismo e sim criar mecanismos e uma cultura de autocontenção das autoridades em geral, mediante o respeito à lei e à Constituição. É bem verdade que essa proposta implica em muitas dificuldades e passa até mesmo pela formação dos profissionais da área jurídica

75 Op. Cit., p. 181.

76 BERNARDES, Juliano Taveira, FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves, Op. Cit., p. 543.

nos bancos universitários e nas escolas de formação (v.g. Escola da Magistratura, Escola do Ministério Público, Academias de Polícia etc.), não obstante é a única saída racional e efetiva para o problema em debate.

É equivocada a referência à possibilidade de não cumprimento de ordens “manifestamente ilegais”. Essa terminologia é retirada da redação do artigo 22, CP que trata da chamada “Obediência Hierárquica” e, *só aparentemente* poderia ser aplicável a casos como o em estudo, muito embora não se possa falar com propriedade em “hierarquia” entre magistrados e membros do poder executivo. Haveria, porém, uma ordem judicial a ser cumprida. Poderia a autoridade administrativa não dar cumprimento, avaliando sua ilegalidade? Sim. Mas para isso seria necessário que a ordem fosse “manifestamente ilegal”. E isso quer dizer que teria de ser uma determinação “flagrantemente, visivelmente ilegal”. 77 Ou seja, “a ordem pode ser *ilegal*, mas não *manifestamente* ilegal, não flagrantemente ilegal”. 78 Por exemplo, a ordem de torturar ou matar alguém. Perceba-se que neste texto tivemos de expor várias razões de fato e de direito, formais e materiais e de certa complexidade para chegar à conclusão de que a prisão não se sustenta. Isso significa que a ordem expedida, embora eivada certamente de vários vícios, não é “manifestamente ilegal”, ao reverso, ela se traveste ou disfarça de legalidade com pretensos fundamentos cuja análise requer detido exame. Não se trata, nem de longe daquilo a que se refere a situação prevista no artigo 22, CP e que permitiria a desobediência de ordem “manifestamente ilegal”. Não se trata de uma constatação imediata, intuitiva ou evidente, mas de uma análise que seria feita por um órgão de revisão do decisório enfocado. Não é possível permitir que a polícia, autoridades administrativas ou burocráticas acabem se convertendo em órgãos de revisão de decisões judiciais similares a instâncias recursais, apenas com a diferença de que agiriam de ofício. Essa confusão que leva a uma ampliação do chamado ativismo é demasiadamente perigosa, pois se hoje tratamos de um abuso judicial, nada impede que outros abusos em detrimento de ordens judiciais legítimas sejam cometidos por outras autoridades. Estamos diante de um impasse que exige muito equilíbrio e prudência, tal como já alertava Francisco Campos, com fulcro no escólio de De Marsico, ao apontar que temos “de um lado, um excesso de poder na indagação da legalidade da ordem”, o que “quebraria o princípio de autoridade, mas, de outro, um excesso do dever de obediência quebraria o princípio do Direito”. 79

No caso concreto, como tem ocorrido em muitos outros similares, recursos ou ações de impugnação interna têm sido inúteis, pois que julgadas pelo próprio órgão

77 DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 166.

78 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1. 22ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 491.

79 Apud, AMARO, Mohamed. *Código Penal na Expressão dos Tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 200 – 201.

coator. O que resta é o apelo a Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, a fim de que haja alguma espécie de intervenção, capaz de impor no plano imediato a necessária autocontenção e respeito à lei, às Convenções Internacionais e à Constituição Federal.

Nunes, em matéria de jornal, aponta a possibilidade de negativa da extradição de Allan dos Santos pelos EUA, tendo em vista a consideração de que as condutas imputadas são basicamente o que se chamaria de “crime de opinião” perpetrado na atividade jornalística, 80 embora se colacionem, sem maior consistência, tipos penais os mais variados, conforme se demonstrou ao longo deste texto.

Parece, porém, inevitável que se esteja a depender de alguma instância externa para a solução de casos abusivos como o que é objeto do presente trabalho.

REFERÊNCIAS

ALINSKY, Saul. *Tratado para Radicales*. Trad. Marta Alvarez Sáez. Madrid: Traficantes de Sueños, 2012.

AMARO, Mohamed. *Código Penal na Expressão dos Tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ANDERS, Günther. *La Obsolescencia Del Hombre*. Volume I. Trad. Josep Monter Pérez. Valencia: Pre – Textos, 2011.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977.

BARROS, Filipe. Parecer PEC 135/19. Disponível em http://www.agfadvice.com.br/wp-content/uploads/2021/06/PEC-135_2019_Voto-Impresso_Parecer-Relator-Dop.-Filipe-Barros.pdf, acesso em 13.11.2021.

BECHARA, Victória. Voto impresso já foi sancionado por Lula, aprovado pela Câmara e derrubado no STF; confira a trajetória. Disponível em <https://jovempan.com.br/noticias/politica/voto-impresso-ja-foi-sancionado-por-lula-aprovado-pela-camara-e-derrubado-no-stf-confira-trajetoria.html>, acesso em 03.11.2021.

80 NUNES, Augusto. Um Deputado é Alvo Predileto do Carcereiro Fora da Lei. Disponível em <https://revistaeste.com/revista/edicao-86/um-deputado-e-o-alvo-predileto-do-carcereiro-fora-da-lei/>, acesso em 13.11.2021.

BERNARDES, Juliano Taveira, FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito Constitucional*. Tomo II. 10ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1. 22ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Código de Processo Penal Anotado*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRECHT, Bertolt. *Histórias do sr. Keuner*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Editora 34, 2006.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Bloqueio Cautelar Processual Penal de Redes Sociais e Desprezo da Ampla Defesa e do Contraditório ou Ah, que Saudades das Ordálias! Disponível em <https://jus.com.br/artigos/84234/bloqueio-cautelar-processual-penal-de-redes-sociais-e-desprezo-da-ampla-defesa-e-contraditorio> , acesso em 03.11.2021.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Criminalização das “Fake News”: a maior “Fake News” do momento. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/753882213/criminalizacao-das-fake-news-a-maior-fake-news-do-momento> , acesso em 04.11.2021.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Inquérito Judicial das “Fake News”: as obviedades que precisam ser explicadas. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/854579298/inquerito-judicial-das-fake-news-as-obviedades-que-precisam-ser-explicadas> , acesso em 03.11.2021.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Lei 12.403 Comentada*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O Julgamento “Fake” News e a Continuidade da Ilegalidade. Disponível em <https://juspil.com.br/o-julgamento-fake-news-e-a-continuidade-da-ilegalidade/> , acesso em 03.11.2021.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Qual Democracia?* Curitiba: Prismas, 2016.

CARDOSO, Ciro Flamarion S. *A Cidade – Estado Antiga*. São Paulo: Ática, 1985.

CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, Olavo de. *Inteligência e Verdade*. Campinas: Vide Editorial, 2021.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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

DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Parte Geral*. Tomo I. São Paulo: RT, 2007.

DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ELIOT, T. S. *Notas para a definição de cultura*. Trad. Eduardo Wolf. São Paulo: É Realizações, 2011.

"ESQUEÇAM o que escrevi" é polêmica até hoje. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/10/13/mais!/7.html> , acesso em 03.11.2021.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer "et al." São Paulo: RT, 2002.

GONÇALVES, Cristiane Lopes. O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e as suas possíveis consequências na ordem jurídica brasileira. Disponível em <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/1132> , acesso em 03.11.2021.

HARADA, Kiyoshi. Representação Fiscal para Fins Penais. Disponível em <https://haradaadvogados.com.br/representacao-fiscal-para-fins-penais/> , acesso em 09.11.2021.

HEIDEGGER, Martin. *Ensaio e Conferências*. Trad. Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel e Márcia Sá Cavalcanti Schuback. Petrópolis: Vozes, 2001.

HIGÍDIO, José. Alexandre de Moraes determina a prisão preventiva de Allan dos Santos. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-out-21/alexandre-moraes-determina-prisao-preventiva-allan-santos> , acesso em 03.11.2021.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª. ed. Coimbra: A. Amado, 1984.

LAËRTIOS, Diôgenes. *Vidas e Doutrinas de Filósofos Ilustres*. Trad. Mário da Gama. 2a. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury, ROSA, Alexandre Moarais da. Você sabe o que é fundamentação “per relationem”?

Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-set-13/voce-sabe-fundamentacao-per-relationem> , acesso em 09.11.2021.

MACHADO, Hugo de Brito. Algumas questões relativas aos crimes contra a ordem tributária. *Revista dos Tribunais*. n. 751, p. 453 – 466, mai., 1998.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

MARCUSE, Herbert. *Crítica da tolerância pura*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970.

MARTINS, Ives Gandra. Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira> , acesso em 09.11.2021.

MARTINS, Ives Gandra. Harmonia e Independência dos Poderes? Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/ives-gandra-harmonia-independencia-poderes> , acesso em 09.11.2021.

MELO, Vilma Botrel Coutinho de. “*A verdade, minha casa e meu carro*”. In: BRECHT, Bertolt. *Histórias do sr. Keuner*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Editora 34, 2006.

MILL, John Stuart. *On liberty*. Kindle edition. Start Publishing LLC: 2012.

MINISTRO abre inquérito sobre organização criminosa que atua contra a democracia. Disponível em <https://www.acritica.com/channels/cotidiano/news/moraes-arquiva-inquerito-que-investigava-atos-antidemocraticos> , acesso em 09.11.2021.

MONTEIRO, Rodrigo Oliva. Dos crimes contra a ordem tributária: definição do tributo e formação do tipo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 64, p. 145 – 196, jan./fev., 2007.

MORAES, Alexandre de. “Quem não quer ser criticado, quem não quer ser satirizado, fique em casa”. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=9BoXub7VMVE> , acesso em 03.11.2021.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2000.

NUNES, Augusto. Um Deputado é Alvo Predileto do Carcereiro Fora da Lei. Disponível em <https://revistaoeste.com/revista/edicao-86/um-deputado-e-o-alvo-predileto-do-carcereiro-fora-da-lei/> , acesso em 13.11.2021.

ORTEGA Y GASSET, José. *A Rebelião das Massas*. Trad. Marylene Pinto Michel. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ORWELL, George. *1984*. Trad. Wilson Velloso. 29ª. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

PEREIRA, Eliomar da Silva, FORNAZARI JÚNIOR, Milton (orgs.). *Direito Internacional de Polícia Judiciária*. Volume 6. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

PESSOA, Fernando. *Poesias*. Porto Alegre: L& PM, 2001.

PIOVESAN, Cláudia R. de Moraes (org.). *Inquérito do Fim do Mundo*. Londrina: EDA, 2020.

PIOVESAN, Cláudia R. de Moraes (org.). *Sereis como Deuses – O STF e a subversão da Justiça*. Londrina: EDA, 2021.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Arquivamento do Inquérito Policial. Sua força e efeito. Disponível em <https://www.apitombo.com.br/sergio-pitombo> , acesso em 09.11.2021.

PLUTARCO, In: HERÁCLITO. *Fragmentos (Sobre a Natureza)*. Trad. José Cavalcanti de Souza. Ebook Pdf, Disponível em <https://www.dropbox.com/sh/jxfjnz5bipxbbpj/AACFzr0sYZB5bYS0k2AWU46Ea?dl=0&preview=fragmentos-de-heraclito-da-natureza.pdf> , acesso em 04.11.2021.

RENAULT, Sérgio, TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Usar Prisão Preventiva como Forma de Coação é Afronta ao Direito. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-dez-29/usar-prisao-preventiva-forma-coacao-afronta-direito> , acesso em 09.11.2021.

ROSA, Alexandre Moraes da, TOBLER, Giseli Caroline. Quando o Juiz pensa “Esse Cara Sou Eu” e se vale do jeitinho de Procusto. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/leitura/quando-o-juiz-pensa-esse-cara-sou-eu-e-se-vale-do-jeitinho-de-procusto> , acesso em 03.11.2021.

SAAD, Amauri. *O Art. 142 da Constituição de 1988 – Ensaio sobre a sua interpretação e aplicação*. Londrina: EDA, 2021.

SARAMAGO, José. *Cadernos de Lanzarote*. 2ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

SARHAN JÚNIOR, Suhel. *Direito Empresarial*. 3ª. ed. Leme: Mizuno, 2021.

SCALIA, Antonin. *Scalia Fala – Reflexões sobre Fé, Direito e vida bem vivida*. Trad. Amauri Feres Saad. Londrina: EDA, 2021.

SEIXAS, Raul. Cowboy Fora da Lei. Disponível em https://www.google.com/search?q=raul+seixas+eu+n%C3%A3o+quero+ser+prefeito+letras&sxsrf=AOaemvIoE5AOzBWeq15TBx73FnYc7XJuFA%3A1636054869543&ei=VTeEYaq0IJvV1sQPgvGg2AQ&oq=raul+seixas+eu+n%C3%A3o+quero+ser+prefeito+letras&gs_lcp=Cgdnd3Mtd2l6EAMyBggAEBYQHjoHCAAQRxCwA0oECEEYAFCoB1iND2DAE2gBcAJ4AIA B2QGIAb8KkgEFMC4zLjSYAQcG AQHIAQjAAQE&scient=gws-wiz&ved=0ahUKEwjstOqu_zAhWbqpUCHYI4CEsQ4dUDCA4&uact=5 , acesso em 04.11.2021.

SEIXAS, Raul. Metamorfose Ambulante. Disponível em <https://www.google.com/search?q=letra+metamorfose+ambulante&oq=%22Letra+Meta morfo&aqs=chrome.1.69i57j0i512l3j0i22i30l6.5743j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8> , acesso em 04.11.2021.

SOLJENÍTSIN, Alexander. *Arquipélago Gulag* (Obra Completa). Trad. n/c. LeLivros. Ebook. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/493889301/Arquipelago-Gulag-Obra-Completa-Aleksandr-Soljenitsyn> , acesso em 13.11.2021.

SOLJENÍTSIN, Alexander. *Arquipélago Gulag*. Trad. Francisco A. Ferreira, Maria M. Llistó e José A. Seabra. Lisboa: Círculo do Livro, 1973.

STF Condução Coercitiva para Interrogatório é Inconstitucional. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/281835/stf--conducao-coercitiva-para-interrogatorio-e-inconstitucional> , acesso em 09.11.2021.

STF, Petição 9.919/DF. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/pet-9919-alexandre-moraes-determina.pdf> , acesso em 13.11.2021.

STF, Petição 9.935/DF. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/alexandre-moraes-determina-prisao.pdf> , acesso em 03.11.2021.

SUPREMO e Judiciário atuam como “editores” do país, diz Dias Toffoli. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-28/dias-toffoli-stf-nao-abandonar-combate-fake-news> , acesso em 04.11.2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 13ª. ed. São Paulo: Leud, 1992.

TOMAZZSETE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. Volume I. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

TRINDADE, André Karam, STRECK, Lenio Luiz. "O Passarinho para Cantar Precisa estar Preso". Viva a Inquisição! Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-nov-29/diario-classe-passarinho-para-cantar-estar-presoviva-inquisicao> , acesso em 13.11.2021.

VASQUES, Silvia. Urnas Eletrônicas Brasileiras são Ultrapassadas e Sujeitas à Fraude. Disponível em <https://silviavasques237.jusbrasil.com.br/artigos/251923167/urnas-eletronicas-brasileiras-sao-ultrapassadas-e-sujeitas-a-fraude> , acesso em 13.11.2021.

IMPOSTO DE RENDA E A TRIBUTAÇÃO SOBRE A PESSOA FÍSICA E SOBRE MERCADO FINANCEIRO E DE CAPITAIS.

ANA CAROLINA LESSI MATARÉSIO:
Graduanda pela Universidade
Presbiteriana Mackenzie.

RESUMO: O presente artigo tem como tema a Imposto de Renda e a Tributação sobre a Pessoa Física e sobre Mercado Financeiro e de Capitais. A Tributação sobre o Imposto de Renda é uma das fontes mais rentáveis de arrecadação feita pelo Estado e partindo dessa premissa, correlacionando a incidência do imposto sobre o Mercado Financeiro e de Capitais, que atualmente está se desenvolvendo cada vez mais e, traz consigo a benesse de arrecadação de tributos ao ente federativo sobre as operações. Nesse seguimento, com avanço da publicização dos investimentos financeiros e a influência quanto as margens de lucros obtido nas aplicações, tem-se capitado cada vez mais clientes – pessoas físicas – neste mercado e em razão disso, há uma crescente demanda da recursos sobre as transições financeiras que são alvos do imposto sobre a renda.

PALAVRAS CHAVES: Imposto de Renda, Tributação, Pessoa Física, Mercado Financeiro e de Capitais, Aplicação, Alíquota, Financeira.

ABSTRACT: The subject of this article is Income Tax and Taxation on Individuals and on Financial and Capital Markets. Taxation on Income Tax is one of the most profitable sources of collection made by the State and based on this premise, correlating the incidence of tax on the Financial and Capital Market, which is currently developing more and more and brings with it the benefit collection of taxes to the federative entity on the operations. In this context, with advances in the publicity of financial investments and the influence on the profit margins obtained in the investments, more and more customers – individuals – have been captured in this market and, as a result, there is a growing demand for resources on transitions that are targets of income tax.

KEY WORD: Income Tax, Taxation, Individuals, Financial and Capital Markets, Application, Aliquot, Financial.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Imposto de Renda sobre as pessoas físicas. 1.1. Tributação do Imposto de Renda sobre Pessoas Físicas. 2. Mercado Financeiro e de Capitais. 2.1. 2.1. Tributação do Mercado Financeiro e de Capitais. 3. Conclusão. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

O Imposto de Renda foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro no século XX, em meados de 31 de dezembro de 1922, devido a necessidade que do Estado de captar

recursos. Assim, o surgimento teve como objetivo a fiscalização, controle e arrecadação o imposto sobre a renda das pessoas de forma justa, ou seja, a redistribuição de renda.

No entanto, o tributo para se tornar exigível como nos moldes atual, passou por diversas transformações até o atual formato. Em sua criação, o Estado não detinha um conhecimento complexo sobre a incidência e arrecadação do tributo, exigindo um aprofundamento maior ao tema para que pudesse organizar e implementar corretamente o sistema de arrecadação.

Não obstante, de início a arrecadação era realizada de forma manual, a qual demandava um longo período e altos custos ao Estado para a apuração das declarações. Porém, apesar dos entraves, no início de sua implementação, o imposto já detinha um grande poder de obtenção de recursos ao Estado.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Imposto de Renda foi recepcionado pela Lei Suprema e passou a ter como critérios a (i) generalidade, (ii) universalidade e (iii) progressividade à cobrança dos impostos pelo Fisco. Além disso, o Estado nesse período, já possuía um conhecimento maior sobre as formas de cobrança do tributo em face das pessoas.

Atualmente, o Imposto de Renda - que é objeto de estudo deste artigo - é um dos tributos que obtém maior arrecadação para o Estado. A evolução do tributo advém da necessidade de o Estado arrecadar recursos, mas tributando de forma justa, registrando e organizando o sistema de circulação de capital.

Desse modo, o intuito do artigo é realizar uma breve análise ao Imposto de Renda sobre a Pessoa Física, Mercado Financeiro e de Capitais.

1. IMPOSTO DE RENDA SOBRE AS PESSOAS FÍSICAS

De início, há de se consignar o aspecto histórico da tributação sobre a renda no ordenamento jurídico brasileiro. Em 1892, se iniciou a cobrança de impostos sobre os dividendos, sendo criado, subsequentemente o Imposto Geral sobre a Renda em 1922. Neste caso, com a aprovação da Lei nº 4.783/23, havia a classificação dos rendimentos em quatro categorias, que seguiam alíquotas progressivas e variáveis que, no mínimo previsto eram de 0,5%, e não poderiam ultrapassar os 8%. Dois anos se passaram desta data, e foi editada a Lei nº 4.984/25, que permitiu a instituição de mais uma categoria de classificação, voltada para a proporcionalidade, instituindo, também, o imposto complementar progressivo sobre o global do contribuinte com alíquota máxima de 10%.

Ainda historicamente, vale ressaltar que o Brasil já possuiu o sistema de tributação cedular, que separa os rendimentos por natureza, e inclui alíquotas variadas e proporcionais de acordo com cada rendimento. Isto perdurou até o início da vigência da

Constituição Federal de 1988, que instituiu os critérios da (i) generalidade, (ii) universalidade e (iii) progressividade à cobrança dos impostos pelo Fisco.

Por generalidade, compreende-se que nenhum brasileiro deve ter privilégios que o isentem de contribuir com o Estado-Arrecadador. A universalidade, por sua vez, impede a exclusão de categorias, servindo como exemplo a tributação dos rendimentos auferidos no exterior por residentes no Brasil, que é regulamentada pelo artigo 43, parágrafo 1º do Código Tributário Nacional. E, por fim, o critério da progressividade traz que os contribuintes de qualquer monta valorativa são isentos das mesmas porcentagens (da tributação sobre os mesmos valores) e que, paralelamente, são cobrados do montante diferente de forma diferente.

Este último princípio – da progressividade – tem relação estrita com o princípio da capacidade contributiva. Visa dar tratamento semelhante às parcelas de valores que ricos e pobres possuem o tratamento desigual para o que remanesce disto. É o caso de se lembrar da antiga teoria do sacrifício, que resumidamente impunha que os contribuintes com capacidade contributiva similar deveriam ter o mesmo sacrifício, e a aqueles que possuíssem diferentes capacidades, com tratamento diverso. Esta teoria foi ultrapassada pela teoria utilitarista, haja vista eu não há critério seguro para quantificar o sacrifício de cada contribuinte ao recolher impostos ao Estado arrecadador. Atualmente, não se aceita que a progressividade atende a capacidade contributiva baseada em critérios relativos como os explicados acima.

Adiante, há de se trazer à baila os rodeios existentes para a conceituação do termo “renda”. Após diversos debates, o que se utiliza na prática são os conceitos estabelecidos pelo Conceito SHS (Schanz-Haig-Simons): (i) renda-produto – sendo o auferimento de renda relacionado com o produto do trabalho e do capital e (ii) renda acréscimo - patrimonial – que consiste na análise de dois períodos para caracterização ou não do acréscimo patrimonial do contribuinte que justifique a destinação de uma parcela ao Estado.

1.1 TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA

Nesta linha, depara-se com o conceito de disponibilidade. Não há que se falar em contribuição com o Estado arrecadador com uma parcela da renda auferida pelo cidadão, se não houver disponibilidade jurídica e/ou econômica para tanto.

Para o presente momento, se faz necessária a análise da tributação prevista na Lei nº 7.713/1998, e regulamentada pelo Decreto nº 9.580/2018, que define a base de cálculo do Imposto de Renda das Pessoas Físicas, apresentando o rol de exceções dos rendimentos que não deverão ser tributados.

Pois bem, atendendo aos princípios previstos no artigo 153 da Constituição Federal, há diversas formas de se declarar e recolher o Imposto de Renda das Pessoas Físicas, sendo elas: (i) Imposto de Renda por Fonte de Antecipação, sendo momento em que uma personalidade jurídica paga uma pessoa física, devendo está no futuro apurar o imposto devido e compensar e/ou restituir a monta recolhida a título de IRF-A; (ii) Imposto de Renda Exclusivo na Fonte, sendo similar ao anterior, mas com a realização de retenção de rendimento líquido que pode ser utilizado pelo contribuinte; (iii) Imposto de Renda por Alíquota Fixa, que fixa a alíquota de 15% aos ganhos de capitais e 20% aos ganhos de aplicação em renda variável; (iv) Recolhimento Mensal Obrigatório, que é aplicado toda vez que determinada pessoa física receber rendimentos de outras pessoas físicas, podendo serem provindos do exterior ou de fontes que revelem outros acréscimos patrimoniais; (v) Recolhimento Mensal Facultativo, que é dificilmente utilizado, haja vista que incumbe ao contribuinte decidir recolher todo mês parcela de seu rendimento ao Estado Arrecadador e, por fim a (vi) Complementação Anual Obrigatória, que é a forma mais utilizada no Brasil, que é cumulada com a Declaração de Bens e Direitos e pode ser realizada pelo modelo simplificado (percentual fixo de 20%), ou na completa que se pode utilizar as deduções previstas em lei.

2.MERCADO FINANCEIRO E DE CAPITAIS

Para compreender como ocorre a tributação no mercado financeiro e no mercado de capitais, é necessário que se inicie pela compreensão das atividades que praticam: trata-se de entidades financeiras que permeiam aqueles que possuem recursos disponíveis e aqueles que possuem crédito.

Neste cenário, não é possível nem viável que estes dois polos da operação se encontrem, necessitando, então, de uma entidade financeira para o sucesso daquilo que se deseja operar. Desta forma, resta consignado que a instituição financeira capta aqueles que possuem recursos disponíveis jurídica e economicamente para encontrarem créditos daqueles com o intuito de vende-los.

O que se leva do acima exposto, é que estas instituições, ao realizarem a operação atuam em nome próprio e não como intermediadoras, configurando, portanto, como parte da operação seja como (i) devedor, no momento em que recebe o crédito e (ii) credor ao dar o crédito para aqueles que venderam determinado produto.

As instituições financeiras também praticam obrigações acessórias, como por exemplo a prestação de serviço aos seus clientes. Esta prestação tem seu sucesso alcançado de acordo com o grau de estabilidade e de confiança que a instituição passa ao seu consumidor, ou seja, seu cliente. É dizer então que o mercado financeiro atua com um conjunto de operações, seja por bancos e/ou instituições financeiras, como também o

poder público. Uma parcela importante deste trabalho é a concessão de créditos à terceiros.

Pois bem, a instituição financeira inserida no mercado de valores imobiliários – denominado de mercado de capitais – está apenas inserida como uma ferramenta que viabiliza a operação desejada por dois polos: o sujeito que pretende vender, e o sujeito que pretende comprar. Já no âmbito do mercado financeiro, o recurso (dinheiro) tramita de forma direta entre o doador e o tomador de recursos, de forma que a instituição financeira não necessita assumir o risco do crédito, se transformando em uma mera mediadora da relação jurídica.

Há, ainda, uma subdivisão no mercado de capitais: (i) mercado primário, sendo aquele que necessita de recursos financeiros e tem contato direto com o financiador (gerando a emissão de títulos ou valores imobiliários) e (ii) mercado secundário, que é subsequente ao primário e atua com os valores já emitidos por àquele, vislumbrando a liquidez do mercado em geral.

Por fim, consigna-se que no mercado financeiro as operações são realizadas com aplicação de renda fixa, e já no mercado de capitais com rendas variáveis.

2.1 TRIBUTAÇÃO DO MERCADO FINANCEIRO E DE CAPITAIS

A Tributação do Mercado Financeiro e de Capitais é regulamentada pela Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004⁸¹, dispondo sobre a incidência do imposto de renda na fonte, a partir do resgate das aplicações financeiras.

A tributação é realizada sobre o lucro líquido adquirido pelo investidor, sendo que, a aplicação do imposto é feita sobre as ações e avaliada da seguinte forma: “valores acumulados de vendas brutas mensais abaixo de R\$ 20.000,00 não incide Imposto de Renda, para valores maiores em operações normais incide 15% de alíquota”⁸².

O Mercado Financeiro e de Capitais, sob égide da lei supracitada, pode se aplicar as alíquotas de forma regressiva conforme o art. 1º da Lei nº 11.033/21, aplicando desse modo, diferentes percentuais de alíquotas pelo período de investimentos, as quais são realizadas das seguintes forma: (i) em até 180 dias será aplicado o percentual de 22,5%; (ii) de 180 a 360 dias será aplicado o percentual de 20%; (iii) de 361 a 720 dias será aplicado

81 BRASIL. Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004. Altera a tributação do mercado financeiro e de capitais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/111033.htm. Acesso em: 19/11/2021.

82 UNIEDUCAR. Tributação Sobre Investimentos: Uma Análise Comparativa do Mercado Financeiro Nacional. Disponível em: <https://unieducar.org.br/artigo/tributacao-sobre-investimentos-uma-analise-comparativa-do-mercado-financeiro-nacional>. Acesso em: 19/11/2021.

o percentual de 17,50% e por fim, como já mencionado (iv) acima de 720 dias será aplicado o percentual de 15% sobre as operações para recolhimento do imposto de renda.

Assim, a aplicação em sua forma regressiva tem o intuito de influenciar os investidores a manterem os seus investimentos aplicados por um longo período, não incidindo um percentual alto sobre os lucros adquiridos nas aplicações.

3.CONCLUSÃO

A incidência do Imposto de Renda segue os moldes do art. 145 da Constituição Federal quando se refere ao que “os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”⁸³.

Desse modo, diante da breve análise sobre o Imposto de Renda e sua incidência sobre a Pessoa Física, Mercado Financeiro e de Capitais, pode se concluir que o imposto em questão é um dos mais importantes e arrecadatórios pelo Estado. A aplicação do tributo é essencial para que o Estado obtenha mais recursos, investida em políticas públicas e aumente a circulação de capital dentro do país.

BIBLIOGRAFIA

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Imposto sobre a renda das pessoas físicas. Tributos em espécie: fundamentos e elementos*. 1º Ed. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2010.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais* Capa comum. Editora: Dialética, 5 abril 2019.

BRASIL. Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004. Altera a tributação do mercado financeiro e de capitais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111033.htm. Acesso em: 19/11/2021.

UNIEDUCAR. *Tributação Sobre Investimentos: Uma Análise Comparativa do Mercado Financeiro Nacional*. Disponível em: <https://unieducar.org.br/artigo/tributacao-sobre-investimentos-uma-analise-comparativa-do-mercado-financeiro-nacional>. Acesso em: 19/11/2021.

⁸³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19/11/2021.



BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19/11/2021.

FAMÍLIA MULTIESPÉCIE: OS EFEITOS JURÍDICOS E A POSSIBILIDADE DE GUARDA COMPARTILHADA PARA OS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO NA DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL

DANIELA DE CARVALHO FRANCO:

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA Contagem. Graduada em Comunicação Social com ênfase em Publicidade e Propaganda pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas.

DANIEL MALTA VASCONCELOS DE SOUZA⁸⁴

(coautor)

RESUMO: A humanidade tem evoluído constantemente, e novos formatos familiares, ancorados principalmente por laços afetivos, vêm surgindo. É o caso da família multiespécie, família constituída por seres humanos e seus pets. Este artigo tem o objetivo de compreender, por meio de fontes jurisprudenciais e bibliográficas, esta nova forma de família que surge no Brasil, e apresentar em caso de dissolução do vínculo conjugal, os efeitos jurídicos para os animais de estimação e a possibilidade de obtenção da guarda compartilhada e outros institutos pertinentes ao direito de família.

PALAVRAS-CHAVE: família multiespécie, direito de família, guarda compartilhada, natureza jurídica do animal de estimação.

ABSTRACT: Humanity has constantly evolved, and new family formats, anchored mainly by emotional ties, are emerging. This is the case of the multispecies family, a family consisting of human beings and their pets. This article aims to understand, through jurisprudential and bibliographic sources, this new form of family that emerges in Brazil, and to present, in case of dissolution of the marital bond, the possibility of obtaining shared custody and other institutes relevant to the right of family.

KEYWORDS: Multispecies, Family, Family Law, Shared Custody, legal nature of the pet.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Conceito de família; 2.1 Família multiespécie; 3 Animais domésticos e o ordenamento jurídico atual; 4 Os efeitos jurídicos e a possibilidade de

⁸⁴ Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA Contagem. Graduado em Atividade de Polícia Ostensiva pela Academia da Polícia Militar de Minas Gerais.

guarda compartilhada para os animais de estimação na dissolução do vínculo conjugal; 5 Conclusão; 6 Referências bibliográficas.

1 Introdução

Atualmente, vemos um movimento diferente na sociedade: os animais estão se tornando membros das famílias. Estes núcleos familiares receberam a denominação de 'família multiespécie'.

A incorporação de múltiplas espécies integrando uma família desencadeia efeitos jurídicos que, por sua vez, ainda não possuem reconhecimento no ordenamento jurídico. Este fato causa um embate entre como a sociedade enxerga estes novos membros familiares e a falta de previsão normativa no Brasil.

Desta forma, o interesse deste trabalho consiste em investigar a integração do humano e animal, originários das famílias multiespécies, para denotar os reflexos sociais e jurídicos resultantes da dissolução conjugal, em especial a situação dos animais de estimação, que devido às lacunas legislativas, tem sua natureza jurídica interpretada de forma divergente pelos tribunais, assim como a possibilidade de obtenção da guarda compartilhada e outros institutos pertinentes ao direito de família.

2 Conceito de Família

Família é um conceito em constante atualização. Na medida em que a sociedade e suas relações se alteram, novas necessidades jurídicas se criam, tendo o ramo de Direito de família sempre que se atualizar. De acordo com Coutinho (2017), se entende família como um conceito plurívoco, ou seja, com vários sentidos, possibilidades, que variam de acordo com as necessidades do tempo e lugar.

A Constituição Federal de 1988 rompeu as normas antes estabelecidas acerca da família, trazendo à tona, de acordo com Dias (2016), a paridade entre o homem e a mulher e abrangendo a concepção de família, protegendo seus componentes de forma idêntica. Princípios como o da dignidade humana e da igualdade fazem parte agora do sistema.

Atualmente, família não é determinada apenas por grau de parentesco ou por relação consanguínea. O direito das famílias se baseia em afetividade, considerando a possibilidade de vários vínculos familiares, exemplo das uniões poliafetivas e homoafetivas, modificando a ideia de família ao matrimônio. Hoje é possível sustentar que "o princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares" (ALBUQUERQUE FILHO, 2002, p. 145).

Com a afetividade sendo fundamento para a construção da família, “a afetividade passou a figurar de forma central nos vínculos familiares” (NALINI, 2009, p. 399), modificando a composição familiar ‘homem, mulher, filhos’ da união matrimonial.

Ainda assim, nosso Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) entende como relações familiares apenas o casamento, a união estável e o concubinato. Outros arranjos familiares não estão positivados, mas são reconhecidas através da hermenêutica principiológica, expressada pela doutrina e jurisprudência.

A respeito da pluralidade familiar, Flavio Tartuce (2017) elenca: a) Família matrimonial: decorrente do casamento. b) Família informal: decorrente da união estável. c) Família homoafetiva: decorrente da união de pessoas do mesmo sexo, já reconhecida por nossos Tribunais Superiores, inclusive no tocante ao casamento homoafetivo. d) Família monoparental: constituída pelo vínculo existente entre um dos genitores com seus filhos, no âmbito de especial proteção do Estado. e) Família anaparental: decorrente “da convivência existente entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade e propósito” (...). f) Família eudemonista: conceito que é utilizado para identificar a família pelo vínculo afetivo (...).

A partir do citado, percebe-se a grande gama de possibilidades familiares, todas espelhadas das relações da sociedade, e que em sua maioria os vínculos são afetivos.

2.1 Família Multiespécie

Como vimos anteriormente, o conceito de família não é mais exclusivo ao casamento, e sim ao afeto. Dias (2016) identifica que família eudemonista é aquela que reconhece o afeto como único modo eficaz de definição da família, trazendo assim, o conceito de família através do envolvimento afetivo na constituição de vínculos interpessoais.

Nesta lógica, temos a família multiespécie, vista como um traço da família eudemonista, ligados pelo vínculo, união, respeito, afeto e amor. Faraco (2008) entende que a família multi ou interespécie, consiste em um grupo familiar que reconhece como seus membros além de seres humanos, animais de estimação. Este conceito tem sido cada dia mais presente no dia-a-dia social.

O número de pets no Brasil vem aumentando cada ano mais:

De acordo com números levantados pelo IBGE e atualizados pela inteligência comercial do Instituto Pet Brasil, em 2018 foram contabilizados no país 54,2 milhões de cães; 39,8 milhões de aves; 23,9 milhões de gatos; 19,1 milhões de peixes e 2,3 milhões de répteis e pequenos mamíferos. A estimativa total chega a 139,3 milhões de

animais de estimação. Em 2013, a população pet no Brasil era de cerca de 132,4 milhões de animais, últimos dados disponíveis quando a consulta foi feita pelo IBGE. (INSTITUTO PET BRASIL, 2019)

Percebe-se, um grande número, cada vez maior de animais de estimação dentro dos lares brasileiros.

Os dados são do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) coletados em 2013, mas processadas e publicadas dias atrás. De cada cem famílias, 44 criam, por exemplo, cachorros e só 36 têm crianças até doze anos de idade.

Contando os gatos e outros animais o número sobe para cem milhões. Segundo o IBGE, as famílias brasileiras cuidam de 52 milhões de cães contra 45 milhões de crianças. E a tendência indica que haverá cada vez mais espaço nas casas para os animais e menos para os filhos pequenos. (ARIAS, 2015)

Não há como fechar os olhos para as metamorfoses sociais vindas da união dos animais ao contexto familiar. Junto a este fenômeno, tem-se os efeitos na vida desta sociedade, incluindo os efeitos jurídicos.

A legislação brasileira ainda é omissa quanto ao tratamento dado aos animais domésticos, interpretando-o como uma propriedade, enquanto o modelo de família multiespécie borbulha nos lares. Esta lacuna acaba fluindo para situações em que os tribunais, por falta de legislação, acabam igualando animais e crianças ou colocando os animais apenas como propriedade, trazendo, assim, insatisfação jurídica na resolução dos casos.

O presente artigo procura elucidar a demanda jurídica da família multiespécie em caso de dissolução do vínculo conjugal, trazendo a guarda compartilhada como possibilidade cabível.

3 Animais domésticos e o ordenamento jurídico atual

Há uma vasta discussão acerca da natureza jurídica dos animais, em especial aos domesticados, de estimação que, corriqueiramente, têm figurado como parte da família, dependendo a eles um tratamento semelhante aos humanos, abarcado em um contexto de família multiespécie.

Entre várias interpretações, de uma forma genérica, o atual ordenamento jurídico define os animais como “coisa”. Segundo o Código Civil (BRASIL, 2002), os animais são objetos de propriedade, não lhes atribuindo personalidade jurídica ou qualidade de

pessoa. Assim, em análise a lei civil, não são considerados sujeitos de direitos. Considera-se, portanto, que o simples fato do animal ser definido como de estimação, recebendo o afeto e cuidados semelhantes aos de filhos humanos, não pode vir a alterar sua substância animal, a ponto de converter a sua natureza jurídica, às pertencentes às pessoas.

No entanto, consiste notoriedade que os animais de estimação, também conhecidos como pets, despertam sentimentos peculiares em seus donos que, por sua vez, desenvolvem afeto inestimável, totalmente diferente de qualquer outro tipo de bem. Todavia, o ordenamento jurídico não faz distinção entre os animais pela importância que eles representam aos seus donos, ou por seu significado em um contexto social e familiar. Os legisladores deixaram uma lacuna referente a esse assunto na legislação, sendo frequentemente demandado o poder judiciário para solução de litígios envolvendo animais, seja como parte ou como objeto da lide.

As decisões a respeito do poder postulatório dos animais e da possibilidade de usar analogia nas questões de guarda compartilhada na dissolução do vínculo conjugal, são controversas como observamos nas decisões a seguir:

Em decisão recente, por unanimidade, o TJPR reconhece a capacidade dos animais serem parte em demandas judiciais. É o que se extrai do agravo de instrumento nº 0059204-56.2020.8.16.0000, de 14 de setembro de 2021:

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. DECISÃO QUE JULGOU EXTINTA A AÇÃO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, EM RELAÇÃO AOS CÃES RAMBO E SPIKE, AO FUNDAMENTO DE QUE ESTES NÃO DETÊM CAPACIDADE PARA FIGURAREM NO POLO ATIVO DA DEMANDA. PLEITO DE MANUTENÇÃO DOS LITISCONSORTES NO POLO ATIVO DA AÇÃO. ACOLHIDO. ANIMAIS QUE, PELA NATUREZA DE SERES SENCIENTES, OSTENTAM CAPACIDADE DE SER PARTE (PERSONALIDADE JUDICIÁRIA). INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 5º, XXXV, E 225, § 1º, VII, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, C/C ART. 2º, §3º, DO DECRETO-LEI Nº 24.645/1934. PRECEDENTES DO DIREITO COMPARADO (ARGENTINA E COLÔMBIA). DECISÕES NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO RECONHECENDO A POSSIBILIDADE DE OS ANIMAIS CONSTAREM NO POLO ATIVO DAS DEMANDAS, DESDE QUE DEVIDAMENTE REPRESENTADOS. VIGÊNCIA DO DECRETO-LEI Nº 24.645/1934. APLICABILIDADE RECENTE DAS DISPOSIÇÕES PREVISTAS NO REFERIDO DECRETO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES (STJ E STF). DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (...) (CASCAVEL, 2021)

A matéria desse Agravo de Instrumento consiste em combater a decisão proferida nos autos de Reparação de Danos com Pedido de Tutela Antecipada nº 0059204-56.2020.8.16.0000, em que se julgou extinta a ação, sem resolução do mérito, pois, segundo a decisão, não se poderia ter “não-humanos” figurando o polo ativo do processo.

Nesse processo os cachorros de nome Rambo e Spike foram vítimas de maus-tratos e abandono pelos seus antigos donos, que viajavam por muitos dias e os deixavam sem os devidos cuidados.

Apesar do entendimento em primeiro grau da impossibilidade postulatória dos animais, em julgamento do Agravo de Instrumento, a 7ª Câmara Cível do TJPR, reformou a decisão e acolheu o recurso, de forma unânime, admitindo que esses animais são sujeitos de direito e que podem figurar no polo ativo do processo devendo ser reintegrados à lide.

Essa decisão abre precedentes que vão além do poder postulatório dos animais, como a possibilidade de reconhecê-los como sujeitos de direito, inclusive, nas ações de guarda, utilizando analogia às guardas compartilhadas do direito de família, para os casos de dissolução do vínculo conjugal.

Outra decisão, contudo, se apresenta em contradição à exposta anteriormente. Trata-se do Agravo de Instrumento nº 0815882-77.2020.8.15.0000 (JOÃO PESSOA, 2020), processado e julgado perante o Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB), em que consta como polo ativo um cãozinho de nome Chaplin, representado por Charles Salviano da Silva Nascimento, interposto contra decisão proferida pelo Juízo de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca da Capital que, nos autos da “ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais” ajuizada contra o Edifício Manaíra Palace Residence e a Nerissa Enterprises Ltda., assim deliberou:

Da hipótese vertente, percebe-se que a ação tem como autores: o cãozinho denominado CHAPLIN e CHARLES SALVIANO DA SILVA NASCIMENTO, requerendo, de início, que seja reconhecida a capacidade do pequeno animal em postular em juízo e a concessão da tutela antecipada. Pois, bem. É bem sabido que, apesar dos seres sencientes serem capazes de sentir sensações e experimentar sentimentos de forma conscientes, são sujeitos apenas de direitos despersonalizados que devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, já que vedado o seu tratamento como mera coisa. No entanto, não é possível admitir o cãozinho no polo ativo deste processo, uma vez que inexistente na legislação vigente, norma que preveja a capacidade processual dessa categoria. Ademais, apesar de entender e compactuar que os animais merecem efetiva tutela jurisdicional operada pelo seu tutor, não há de prevalecer a tese

alegada na exordial sobre ser o cãozinho, CHAPLIN, litisconsorte ativo da ação. Motivo pelo qual, INDEFIRO a coautoria do animal, por ilegitimidade ativa, para INTIMAR o segundo promovente, CHARLES SALVIANO DA SILVA NASCIMENTO para, em 15 dias úteis, EMENDAR a inicial, no sentido de adequar o pedido consoante art. 321 do NCPC. (ID 34688999 – autos originários)

Em contraposição, o insurgente em suas razões recursais, corrobora o direito do cãozinho em ser parte da ação e requer “a imediata inclusão de CHAPLIN à relação processual originária”. Na decisão, o relator, Desembargador José Ricardo Porto, dentre vários pontos alegou que:

Sendo assim, é necessário distinguir a posição dos animais em um processo. Ora, é indiscutível que eles sempre deverão ser objeto de proteção contra quaisquer condutas que os submetam à crueldade. Todavia, essa salvaguarda que lhes é conferida pelo ordenamento jurídico não os alça ao mesmo patamar das pessoas (físicas ou jurídicas), que são as responsáveis por defender – em juízo ou fora dele – tais direitos. Em resumo, os animais são objetos (e não sujeitos) de direitos. Corroborando tal entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, assentou que embora os animais de companhia sejam seres sencientes – dotados de sensibilidade – e devam ter o seu bem-estar considerado, eles não são dotados de personalidade jurídica nem podem ser considerados sujeitos de direitos.

[...] Por fim, ressalto que a mudança da natureza jurídica dos animais reclama inovação legislativa específica em tal sentido, o que ainda não se concretizou, esclarecendo que o art. 2º, § 3º do Decreto nº 24.645/1934 não pode ser aplicado ao presente caso, seja porque a aludida norma se encontra revogada, seja por não se coadunar com o entendimento da Corte da Cidadania, acima exposto. Sendo assim, não vislumbro a probabilidade do direito invocado, ou seja, que o cãozinho Chaplin possa figurar no polo ativo da lide de origem, sendo despicienda, por tal razão, a análise da presença (ou não) do periculum in mora. Feitas tais considerações, INDEFIRO O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA RECURSAL. (JOÃO PESSOA, 2020)

Como dito anteriormente, as lacunas deixadas pelos legisladores trazem controvérsias, já que a situação narrada admite várias interpretações, sendo de real

necessidade a propositura de leis que definam o assunto, evitando decisões tão contraditórias ou uma uniformização jurisprudencial a esse respeito.

Denotando a importância dos animais no contexto jurídico, em setembro de 2020, foi sancionada a Lei 14.064/20 (BRASIL, 2020), que altera a Lei 9.605/98 (BRASIL, 1998), aumentando a pena de quem maltratar ou praticar abusos contra cães e gatos. Assim, a prática de abuso, maus-tratos, ferimento ou mutilação a cães e gatos será punida com pena de reclusão, de dois a cinco anos, além de multa e proibição de guarda.

Quando a legislação define esse agravamento da pena de forma específica para maus tratos a cães e gatos, provavelmente remete ao fato que, segundo levantamentos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), do ano de 2018, já existem mais animais de estimação do que crianças nos lares brasileiros, e desses animais mais da metade são cachorros e gatos (EXAME, 2020).

4 Os efeitos jurídicos e a possibilidade de guarda compartilhada para os animais de estimação na dissolução do vínculo conjugal

Com o surgimento da família multiespécie como novo modelo de família, uma questão recorrente nos tribunais remete a discussão sobre a situação do animal de estimação em caso de dissolução do vínculo conjugal.

De acordo com a advogada Thais Guimarães (2019), nestes casos, pode ser levado em consideração evidências que associem o animal a uma das partes, para decidir sobre a partilha, como a comprovação sobre o responsável pela aquisição, cuidados e sustento. Também pode ser levado em consideração o vínculo afetivo e a importância emocional que o animal representa para a parte.

Essas situações são consideradas por tribunais que não reconhecem a capacidade jurídica do animal de estimação, mas sim o consideram “coisa”, um objeto da partilha, seguindo os preceitos do Código Civil.

Alguns magistrados ao considerar a importância e o vínculo do animal com as partes que estão em litígio, decidiram por uma espécie de posse compartilhada, bem parecida com a guarda compartilhada do direito de família, em que o animal é assistido pelas partes conflitantes, ficando clara na decisão a participação de cada um. Porém é necessário destacar que nessas situações o objeto da lide é encarado como coisa e não como um ser de capacidade jurídica.

Um exemplo, trata-se da Apelação Cível nº 0703159-14.2019.8.07.0020 – TJDF (ÁGUAS CLARAS, 2021), que discute a posse compartilhada de uma gata. Mantendo a sentença proferida pelo juiz substituto na 2ª Vara Cível de Águas Claras, a 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF, instituiu que o pet ficará

6 meses com cada proprietário, podendo, em caso de atraso, ser aplicada multa de R\$100,00 reais por dia, limitado ao valor máximo de R\$10.000,00 reais.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. POSSE COMPARTILHADA DE ANIMAL DE ESTIMAÇÃO APÓS DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE CONJUGAL. POSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.1. É possível a posse compartilhada de animal de estimação após a dissolução de sociedade conjugal, que deve levar em consideração, além da co-propriedade, a capacidade das partes para a criação do animal. Capacidades estas que vão desde os fatores psicológicos, sentimentais, financeiros, tempo disponível, entre outros. 2. Uma vez demonstrado pela autora a co-propriedade e sua capacidade para criação do animal de estimação, deve ser mantida a sentença que determinou a posse compartilhada do animal. 3. Apelação cível desprovida. (ÁGUAS CLARAS, 2021)

Na decisão em primeiro grau o juiz substituto da 2ª Vara Cível de Águas Claras alegou: "Na falta de tratamento normativo adequado, alguns Tribunais de Justiça têm se valido das disposições acerca da guarda da prole do casal, o que não importa, ressalte-se, atribuir ao animal o complexo de direitos que se reconhecem à pessoa humana dos filhos. Nessa esteira, convém aplicar, por analogia o disposto no art. 1.583 do Código Civil (BRASIL, 2002), atentando-se para as peculiaridades do caso, porquanto, uma vez mais, não se pode perder de vista que se trata de um animal".

Em uma decisão de 2018, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), concedeu o direito a um ex-companheiro visitar animal de estimação após dissolução da união estável. O colegiado confirmou a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que fixou regime de visitas com a finalidade que o ex-companheiro pudesse conviver com uma cadela yorkshire adquirida durante o relacionamento, e que ficou com a mulher depois da separação.

Segundo a Quarta Turma do STJ, os bichos não podem ser considerados como meras "coisas inanimadas". De acordo com os mesmos, os animais são dignos de tratamento próprio em virtude do afeto estabelecido entre os seres humanos e os pets, e devido a preservação da dignidade da pessoa humana.

O ministro Luis Felipe Salomão, relator do recurso especial, esclarece que

"Buscando atender os fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, independentemente do nomen iuris a ser adotado, penso que a resolução deve, realmente, depender da análise do caso concreto, mas será resguardada a ideia de que não se está frente a

uma 'coisa inanimada', mas sem lhe estender a condição de sujeito de direito. Reconhece-se, assim, um terceiro gênero, em que sempre deverá ser analisada a situação contida nos autos, voltado para a proteção do ser humano e seu vínculo afetivo com o animal" (STJ, 2018)

Outra decisão recente, encontrada no site do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM (IBDFAM, 2021), que ratifica essa linha de raciocínio, foi proferida pelo juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Patos de Minas, Minas Gerais. Em ação de divórcio, foi determinado que um homem pague à ex-esposa o valor de R\$ 200,00 (duzentos reais) mensais para o custeio das despesas de 6 (seis) cães. Os animais foram adquiridos durante o casamento, e o casal desenvolveu forte relação afetiva com eles.

Depois da separação de fato, os cães foram deixados sob a tutela da mulher que alegou gastar, em média, R\$ 400,00 (quatrocentos reais) por mês com a alimentação dos animais, justificando, assim, o pedido de 50% (cinquenta por cento) do valor ao seu ex-cônjuge.

O juiz Rodrigo de Carvalho Assumpção, observou que

apesar de não ter legislação a se aplicar ao caso, há a seguinte orientação na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 4º: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito", e ainda adicionou que animais não são considerados 'sujeitos de direitos'.

Ele acrescentou que os animais não são considerados "sujeitos de direitos" e estão tipificados como "coisas", portanto, sem personalidade jurídica. (IBDFAM, 2021)

De toda forma, não há como desprezar que os pets são seres providos de sensibilidade, não podendo ser equívocos a coisas não vivas.

Por outro lado, Marianna Chaves (2017) Doutora em Direito Civil, afirma:

Certamente não se está a defender a relação entre humanos e animais como uma espécie de parentesco e nem que o dever de cuidado se origine em uma espécie de poder familiar advindo de uma relação de filiação. Mas ao adquirir ou "adotar" um animal de companhia, há de se ter em mente – tal como um filho – de que se trata de um ser vivo que não poderá ser descartado. E ao contrário das crianças, os animais de companhia jamais alcançarão autonomia,

sendo dependentes dos humanos com quem conviverem, do instante do nascimento até o momento da sua morte. É uma relação pautada pelo afeto que ambos os seres experimentarão, mas também vinculada a uma conduta responsável por parte dos humanos, que se exprimirá através de um dever de cuidado.

Esta também é a compreensão do Superior Tribunal de Justiça, em análise do Recurso Especial REsp 1713167 SP 2017/0239804-9 (BRASIL, 2018):

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. AQUISIÇÃO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. INTENSO AFETO DOS COMPANHEIROS PELO ANIMAL. DIREITO DE VISITAS. POSSIBILIDADE, A DEPENDER DO CASO CONCRETO. 1. Inicialmente, deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte. Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, § 1, inciso VII - "proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade"). 2. O Código Civil, ao definir a natureza jurídica dos animais, tipificou-os como coisas e, por conseguinte, objetos de propriedade, não lhes atribuindo a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica nem podendo ser considerados sujeitos de direitos. Na forma da lei civil, o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substância, a ponto de converter a sua natureza jurídica. 3. No entanto, os animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade. 4. Por sua vez, a guarda propriamente dita - inerente ao poder familiar - instituto, por essência, de direito de família, não pode ser simples e fielmente subvertida para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação,

notadamente porque é um munus exercido no interesse tanto dos pais quanto do filho. Não se trata de uma faculdade, e sim de um direito, em que se impõe aos pais a observância dos deveres inerentes ao poder familiar. 5. A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade. 6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado. 7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal. 8. Na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido. 9. Recurso especial não provido.

Neste caso, o STJ autorizou o direito de visitas ao animal, que começou a fazer parte da família durante a união estável, mantendo o acórdão recorrido e ponderou que "os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado", admitindo assim uma posição de ser senciente, detentor de capacidade de sentir.

Nota-se então duas perspectivas a respeito do tratamento jurídico aos animais de estimação: o animal é um ser senciente ou é um mero ser objetificado; restando para que o magistrado interprete e decida sobre a guarda ou posse do animal.

5 Conclusão

Esse estudo buscou explicar o conceito de família multiespécie, como resultado do vínculo afetivo entre o homem e o animal, para abordar possibilidades jurídicas, em relação aos animais de estimação, nos casos de dissolução do vínculo conjugal e demonstrar um tema em evidência no atual ordenamento jurídico, que vem causando grande demanda ao poder judiciário e divergências por não haver legislação específica sobre o tema.

Abordamos a evolução do instituto familiar com o passar do tempo, denotando que o fundamento da constituição de família se dá por afetividade, e não somente pelo matrimônio, relação sanguínea ou parentesco, como era considerado no passado.

Observamos que o atual ordenamento jurídico considera de maneira genérica os animais como “coisas”, ou seja, sem personalidade jurídica; porém é notório que os animais de estimação são seres sencientes e que despertam em seus donos sentimentos afetivos, semelhantes aos despendidos a filhos. Isso coloca os animais em um patamar superior aos objetos comuns, como levantado no estudo, já foram considerados pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná (CASCAVEL, 2021), sujeitos de direito, que podem figurar no polo ativo de um processo, desde que devidamente representados. Essa decisão abre precedentes para que os animais de estimação sejam reconhecidos como sujeitos de direito, com possibilidade de usufruir por analogia à guarda compartilhada, pensão alimentícia e outros institutos do direito de família, em processos de dissolução de vínculo conjugal.

Outro aspecto fundamental, evidencia-se pela necessidade da criação de leis específicas que trate da situação dos animais de estimação, também conhecidos como *pets*, nos casos de dissolução do vínculo conjugal, para evitar decisões tão divergentes. Assim, o poder judiciário aplicará a lei em vez de usar outras fontes secundárias do direito, como é feito atualmente.

Diante o exposto, com a evolução do contexto familiar e a crescente importância despendida ao animal de estimação, pelo vínculo afetivo e por muitas vezes suprir uma função social, como elemento de família, deve ser reconhecida a personalidade jurídica dos animais de estimação, e nos casos de rompimento do vínculo conjugal em que não houver acordo, deverá ser aplicada por analogia, a guarda compartilhada de acordo com o previsto nos artigos. 1583 e 1590 do Código Civil.

6 Referências bibliográficas

ÁGUAS CLARAS. **Apelação Cível nº 0703159-14.2019.8.07.0020**. Relator: Emily Lorhana Coelho Muniz. Julgamento: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Publicação: 26/01/2021

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Famílias simultâneas e concubinato adúltero**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ARIAS, JUAN. **Lares brasileiros já têm mais animais que crianças**: Não é melhor que as famílias tenham mais animais de estimação do que armas e muros eletrificados de onde nunca poderá nascer a “molécula do amor”? EL PAÍS, Brasil, p. s/n, 15 jun. 2015.

Disponível em:

https://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/09/opinion/1433885904_043289.html. Acesso em: 7 out. 2021.

BRASIL, **Lei nº 14.064/20**, de 29 De Setembro De 2020. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14064.htm. Acesso em 14 de out. de 2021.

BRASIL, **Lei nº 9.605/98**, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em 14 de out. de 2021.

BRASIL. LEI N O 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasil, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 23 out. 2021.

BRASIL. **Resp nº 1.713167**. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Data do julgamento: 19/06/2018. Órgão julgador Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Publicado no **DJE** em 09/10/2018. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9/inteiro-teor-635855288>>. Acesso em 05/11/2021.

CARDIN, Valéria e SILVA, Stella C. da. **Brazilian Law and the recognition of the rights of pets in childfree couples**. Revista Brasileira de Direito Animal, v. 11, n. 23. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/20345/12953>. Acesso em 05 out. 2021.

CARRÃO, Marina e Silva de Amorim. **Família multiespécie: a guarda de animais de estimação nos 21 casos de dissolução litigiosa da sociedade e vínculo conjugal**. 2017. 78 f. Monografia (Graduação). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2017.

CASCADEL. **Agravo de Instrumento Nº 0059204-56.2020.8.16.0000**. Relator: .: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU MARCEL GUIMARÃES ROTOLI DE MACEDO.

Julgamento: 14/09/2021. Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná. Publicação: 23/09/2021

CHAVES, Marianna. **Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie? 34 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito Civil, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.**

Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4066/2788>. Acesso em: 10/11/2021

COUTINHO, Amanda Malta. GORDILHO, Heron José de Santana. **Direito animal e o fim da sociedade conjugal.** Anima I Law and couples divorce. Rev. Direito Econ. Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 257-281, maio/ago. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4. ed. em ebook baseado na 11. Ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

EXAME. **Brasil poderá ter marco regulatório dos animais de estimação.** 2020.

Disponível em: <https://exame.com/brasil/brasil-podera-ter-marco-regulatorio-dos-animais-de-estimacao/>. Acesso em: 14 out. 2021.

FARACO, Ceres Berger. **Interação Humano-Cão: o social constituído pela relação interespécie.** Porto Alegre, 2008. 109f. Tese (Doutorado) – Programa de pós graduação em Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

GUIMARÃES, THAIS. **Animais de estimação: coisas ou integrantes da família?**

Migalhas, 5 jul. 2019. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/amp/depeso/305759/animais-de-estimacao--coisas-ou-integrantes-da-familia>. Acesso em: 15 set. 2021.

IBDFAM. **TJMG: Após divórcio, homem deve pagar metade das despesas com cães à ex-mulher.** 31 mar. 2021. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/noticias/8320/TJMG%3A+Ap%C3%B3s+div%C3%B3rcio%2C+homem+deve+pagar+metade+das+despesas+com+c%C3%A3es+%C3%A0+ex-mulher>. Acesso em: 30 out. 2021.

INSTITUTO PET BRASIL. **CENSO Pet:** 139,3 milhões de animais de estimação no Brasil. [S. /], 12 jun. **2019.** Disponível em: <http://institutopetbrasil.com/imprensa/censo-pet-1393-milhoes-de-animais-de-estimacao-no-brasil/>. Acesso em: 15 out. 2021.

JOÃO PESSOA. **Agravo de Instrumento nº 0815882-77.2020.8.15.0000.** Relator: Desembargador José Ricardo Porto. Julgamento: 2020. Órgão julgador: 5ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.78-79.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NALINI, José Renato. **Ética e família na sociedade pós-moralista**. In: Coltro, Antonio Carlos Mathias (coord.) Estudos jurídicos em homenagem ao centenário de Edgard de Moura Bittencourt: a revisão do direito de família. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

RODRIGUES, Ana Maria Alves. **Família multiespécie e guarda de animais domésticos: uma análise de seu reconhecimento no direito brasileiro**. 167 p. Programa de pós-graduação em Direito. Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, 2018.

SILVA, Camilo Henrique. **Animais, divórcio e consequências jurídicas**. Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 102 -116, jul. 2015. ISSN 1807-1384. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2015v12n1p102>. Acesso em: 27 set. 2021.

STJ. **STJ garante direito de ex-companheiro visitar animal de estimação após dissolução da união estável**. 19 jun. 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-06-19_20-21_STJ-garante-direito-de-excompanheiro-visitar-animal-de-estimacao-apos-dissolucao-da-uniao-estavel.aspx. Acesso em: 20 out. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v. 5: Direito de Família, 12^a. ed., rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VILLELA, João Baptista. **As novas relações de família**. Anais da XV Conferência Nacional da OAB, Foz do Iguaçu, set. 1994.

MOROSIDADE NO PROCESSO DE ADOÇÃO E O NÃO CUMPRIMENTO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PERANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

RUAN CAVALCANTE ROCHA: Graduação em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR.

TALITA PRIAMO MACHADO⁸⁵

(coautora)

FELIPE SANTANA MARIZ NOGUEIRA⁸⁶

(orientador)

Resumo: O presente artigo científico tem por escopo abordar o processo de adoção no Brasil, com destaque na burocracia existente e a forma na qual a morosidade é configurada. Nessa senda, procurou sintetizar o aperfeiçoamento do instituto da adoção por meio do Código Civil, Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei Nacional de Adoção. Em seguida, desenvolveu-se uma abordagem dos princípios norteadores do processo de adoção, seja quanto à morosidade ou ao melhor interesse da criança e do adolescente. Posteriormente, realizou-se uma definição do aludido instituto e suas respectivas modalidades. Por fim, tem-se a problematização acerca da morosidade, com estatísticas do prazo desses processos. O método de pesquisa foi dedutivo por meio de artigos científicos, bibliografia jurídica, legislação e dados estatísticos disponibilizados pelo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA).

Palavras-chave: Adoção. Princípios. Morosidade.

Abstract: The scope of this scientific article is to address the adoption process in Brazil, with an emphasis on the existing bureaucracy and the way in which delays are configured. Along this path, it sought to synthesize the improvement of the adoption institute through the Civil Code, Federal Constitution, Child and Adolescent Statute and National Adoption Law. Then, an approach to the guiding principles of the adoption process was developed, whether in terms of slowness or the best interests of the child and adolescent. Subsequently, a definition of the aforementioned institute and its respective modalities was carried out. Finally, there is the problematization about the delay, with statistics of the term of these processes. The research method was deductive through scientific articles, legal

85 Acadêmica de Bacharelado em Direito pela FESAR – Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida. E- mail: talita.priamo99@gmail.com

86 Orientador do artigo. Graduado pela Universidade Católica de Pernambuco (2006). Especialista em Direito e Processo Civil (2013). Mestre em Ciências Ambientais pela UFP – Universidade Federal do Pará. Oficial de Justiça do TRT8. Professor na FESAR – Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida.

bibliography, legislation and statistical data provided by the National Adoption and Reception System (SNA).

Keywords: Adoption. Principles. Slowness

1. INTRODUÇÃO

Quando é abordado o tema “adoção” no cotidiano, é habitual as interrogações acerca do instituto, sendo a maior parte a preocupação acerca do prazo para finalizar o aludido processo, posto que, apesar do número de pretendentes disponíveis para adoção ser significativamente maior que o número de crianças e adolescentes aptas para serem adotadas, estes ainda permanecem institucionalizados por muitos anos.

Dessa forma, o presente artigo tem por principal finalidade apresentar alguns entraves burocráticos que são constatados no processo de adoção. Com o intuito de alcançar essa finalidade, foi feito uma revisão histórica das mudanças do instituto no Brasil, além dos princípios norteadores do processo, sua definição legal, requisitos e modalidades previstas na legislação vigente e dados estatísticos do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento.

Ademais, a hipótese para solucionar os obstáculos encontrados no processo de adoção no Brasil foi a flexibilização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, com vistas em superar tais dificuldades e garantir ao adotado uma família com celeridade (FRANCO, 2020, pag. 6 e 28).

Diante do estudo exposto, o presente artigo científico pretende responder, de forma clara e satisfatória, o seguinte problema: após análise de todos os dados colhidos no SNA e a conclusão de que o número de pretendentes disponíveis é expressivamente alto, quais são os principais motivos geradores da grande morosidade no processo de adoção no Brasil?

A metodologia utilizada na pesquisa é de cunho bibliográfico, o qual consistiu no estudo de dados disponíveis em doutrinas, artigos jurídicos, trabalhos acadêmicos acerca do tema, bem como na análise de dados coletados no SNA (Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento) e o estudo aprofundado nas legislações vigentes atualizadas: Constituição Federal, Código Civil, Lei Nacional de Adoção, Código de Menores e Estatuto da Criança e Adolescente (LOZADA. 2019).

2. BREVE HISTÓRICO DA ADOÇÃO NO BRASIL

A adoção no Brasil passou a ser disciplinada de forma sistematizada somente a partir do Código Civil de 1916 (BEVILÁQUA apud SILVA FILHO, 1997), sendo abordado o instituto ao longo de onze artigos, 368 ao 378, onde era exigido que o adotante deveria possuir no mínimo 50 (cinquenta) anos e que deveria ser observado uma diferença de 18 (dezoito) anos entre adotante e o adotado (KOZESINSKI, 2016).

Com o advento da Lei nº3.133/57, houve modificações de determinados requisitos, como a idade exigida para adotar que passou a ser de 30 (trinta) anos, além de que a diferença de idade entre adotante e adotado também sofreu diminuição para 16 (dezesesseis) anos). Com o advento da aludida Lei, foi possibilitado a adoção por casais que tivessem filhos ou não (MADALENO, 2017).

Posteriormente, o instituto evoluiu ainda mais com a Lei nº4.655/1965, responsável por introduzir a “legitimação adotiva”, cuja finalidade era a maior proteção ao menor abandonado com sua inserção no seio familiar e igualdade. Com a ressalva dos direitos sucessórios, o filho adotivo passou a ter os mesmos direitos dos filhos legítimos (VENOSA, 2008). Essa Lei foi revogada pela instituição do Código de Menores, Lei 6.697/79, substituindo a “legitimação adotiva” pela “adoção plena” (GONÇALVES, 2017).

Em seguida, a adoção passou por significativas mudanças com a promulgação da Constituição Federal em 1988, trazendo a igualdade sucessória entre filhos biológicos e filhos adotivos por meio de seu artigo 227, §6º, com a finalidade precípua de atender os interesses destes e não mais da família adotante, refletindo na garantia do princípio da proteção integral e melhor interesse da Criança e do Adolescente. Segundo Maria Regina Fay Azambuja:

O art. 227 da Constituição Federal de 1988 elucida o compromisso do Brasil com a Doutrina de Proteção Integral, assegurando às crianças e aos adolescentes a condição de sujeitos de direitos, de pessoas em desenvolvimento e de prioridade absoluta. Inverteu-se, desde então, o foco da prioridade. No sistema jurídico anterior, privilegiava-se o interesse do adulto. Com a Nova Carta, o interesse prioritário passa a ser o da criança

Em sintonia com a Constituição Federal, entra em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, que revogou o Código de Menores. Teve por escopo regulamentar os princípios constitucionais, além de facilitar o processo de adoção ao reduzir a idade mínima do adotante de 30 (trinta) para 21 anos e aumentar até 18 (dezoito) anos a idade máxima do adotado.

Conforme aduz Pereira (2017, p. 474-475):

Com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), nova regulamentação se deu para a adoção no Brasil. Prevaleceu, ainda, por destacado período a ideia da adoção como meio jurídico para assegurar descendência para aqueles que não a tinham de seu próprio sangue. A partir da década de 1990 novo paradigma passou a orientar a adoção: a busca de uma família para aqueles que não tinham a possibilidade de permanecer na família biológica, prevalecendo, assim, o melhor interesse da criança e do adolescente como orientação jurídica.

Em seguida, entrou em vigor o Código Civil de 2002, revogando as disposições do Código anterior e reiterando o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas acabou sofrendo diversas modificações em 2009 pela Lei Nacional de Adoção (Lei nº 12.010) e em 2017 por meio da Lei nº 13.509.

3.A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de adentrarmos no tocante à proteção da criança e do adolescente, é importante entender o porquê da necessidade de criação de leis para garantir a proteção de seus direitos.

Todo aquele que se encontra em situação de vulnerabilidade, relativa ou não, demanda um tratamento específico, a fim de salvaguardar seus direitos e garantias.

Isto posto, "*o vulnerável é aquele que se encontra em situação sujeita a risco e/ou a dificuldade, temporária ou permanente, coletiva ou individual e, portanto, deve ter proteções legais para minimizar sua desigualdade*" (Politize! Como é estruturado o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente, 2018).

Partindo dessa premissa, a criança e o adolescente se enquadram nessa condição, razão pela qual a Lei Maior, Constituição Federal, em seu artigo 227, preconiza um tratamento digno, justo e sem discriminação com absoluta prioridade, devendo ser observado pela família, sociedade e Estado (Constituição Federal, 1988).

O artigo supracitado tem por escopo regulamentar o disposto no artigo 1º, III, do mesmo código, quer seja, a dignidade da pessoa humana, princípio este na qual todos os demais são baseados, sobretudo, na ótica do melhor interesse da criança e do adolescente.

3.1 Princípios norteadores da adoção

Em decorrência da importância da criação de leis que possam assegurar o crescimento seguro de crianças e adolescentes no Brasil, diversos são os princípios que explicam e dão causa para o surgimento de tais leis.

Logo ao adentrarmos na Constituição Federal, encontramos exposto no artigo 1º em seu inciso III que *"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;"*. Tal princípio é considerado a base de onde decorrem todos os demais, bem como toda nova norma que trata sobre a proteção dos direitos das crianças e adolescentes deve se encontrar em consonância para ser considerada válida.

A criança e o adolescente, ao serem caracterizados como vulneráveis (Politize! 2018), possuem uma gama de direitos que garantem uma vida digna. Para que sejam respeitados e aplicados no cotidiano, estendeu-se o dever de assegurar seus direitos, além da família, à sociedade e ao Estado (art. 227, Constituição Federal de 1988), observando o princípio da prioridade absoluta.

O ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente – prioriza que deve sempre ser observado o melhor interesse da criança. Para tanto, há descrito em seu dispositivo que, sendo possível, a criança deverá ser ouvida, para somente após ser tomada a melhor decisão. Ao assegurar tal interesse, o referido Estatuto cumpre com o exposto pela Constituição Federal sobre a dignidade da pessoa humana, nesse caso, do menor.

4. O PROCESSO DE ADOÇÃO NO BRASIL E SEUS REQUISITOS

A fim de regulamentar a adoção no Brasil, o ECA possui um rol para tratar com clareza sobre o assunto, na qual dispõe regras e requisitos para aqueles, sejam casais ou pessoas solteiras, que obtêm anseio em ter filhos, mas optam pela adoção para tal realização. Ao pensar em tal alternativa, os pretendentes devem estar cientes que precisam cumprir com uma série de requisitos para se tornarem aptos a adotar uma criança.

Ter responsabilidade sobre uma criança demanda cuidados e obrigações diárias. Assim, quando os pretendentes tornam-se adotantes, uma vasta lista de deveres passa para sua tutela. Como destacado nos princípios norteadores da adoção, a criança requer muitos cuidados para que cresça em um ambiente seguro, digno, conforme estabelece a Constituição Federal. Por este motivo, necessário se faz analisar se o adotante cumpre todos os requisitos do processo de adoção, com fulcro em garantir a observância dos direitos assegurados ao adotado.

O ECA estabelece as regras da adoção a partir do seu artigo 39 e estende-se até o artigo 52-D, onde é expresso que apenas as pessoas maiores de 18 anos, independente do estado civil, respeitado a diferença de 16 anos para com o adotado, podem dar início a um processo de adoção. Ademais, existe vedação legal aos ascendentes e irmãos do adotando, razão pela qual não podem adotar (art. 42, §1º, ECA). No que tange ao consentimento dos pais ou representante legal, para a adoção de determinada criança ou adolescente, esse é dispensado quando os pais são desconhecidos ou quando já ocorreu a destituição do poder familiar, não havendo tais hipóteses, é necessário o consentimento para se concluir a adoção (art. 45, §1º, ECA).

Nessa perspectiva, com expressa autorização e devidamente aptos, os adotantes devem passar pelo estágio de convivência de 90 (noventa) dias (art. 46, ECA). Deste modo, o estágio de convivência é crucial para que seja tomada a decisão sobre a guarda do menor, posto que possibilita a convivência íntima por até três meses, período esse para testar a afetividade e prevenir a devolução da criança ou adolescente para o abrigo após finalizar o processo de adoção.

Ademais, no artigo 47, §10, do referido Código, há expresso que *“o prazo máximo para conclusão da ação de adoção será de 120 (cento e vinte) dias, prorrogável uma única vez por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária.”*, totalizando, no máximo, 8 (oito) meses para que se conclua o processo de adoção. Entretanto, segundo um relatório de 2018 do Conselho Nacional de Justiça, a média de duração deste processo é superior a 3 anos (aproximadamente 1.000 dias). Esse cenário fere não apenas a celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, Constituição Federal), como também o princípio base da Constituição Federal que versa sobre a dignidade da pessoa humana e o previsto no ECA sobre o melhor interesse da criança e adolescente.

É direito de toda criança e adolescente crescer dentro do seio familiar, com acesso à moradia, educação, dentre outros. Nessa senda, a colocação em uma família substituta é um meio de garantir esse direito em um lar definitivo, mas ao se pendurar por anos o processo, vão se esgotando as chances de alcançar o objetivo da adoção e os princípios a ela inerentes.

4.1 Principais modalidades de adoção

São inúmeras as modalidades de adoção presentes no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a adoção unilateral e adoção bilateral as mais frequentes. A unilateral está presente nos casos onde apenas uma pessoa inicia o processo, o que constitui a família monoparental. É comum nos casos de pessoas viúvas e solteiras, mas não se restringe somente a estes, podendo pessoas casadas adotar, com expressa

autorização de seu cônjuge ou ainda adotar o filho(a) de seu companheiro(a) (arts. 41, §1º, 45, ECA). Por sua vez, adoção bilateral é aquela praticada por casais civilmente casados, ex-companheiros (art. 42, §4º, ECA), pessoas em união estável, que se encontrem em cumprimento com os requisitos estabelecidos pelo aludido Código.

Adiante, o artigo 51 trata sobre a modalidade conhecida como adoção internacional:

Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual o pretendente possui residência habitual em país-parte da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto n o 3.087, de 21 junho de 1999 , e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção.

Deste modo, ao cessarem as tentativas de colocar a criança em uma família brasileira, desde que comprovada a inexistência de pessoas habilitadas no país (art. 51, II, ECA), será aberto a possibilidade para que casais residentes em outros países, mas que cumpram os requisitos impostos, possam entrar com o processo de adoção.

Por fim, não se tratando de uma modalidade expressa no ECA, mas sim de uma prática criminosa recorrente no Estado, a nomeada “adoção à brasileira”. Segundo Maria Berenice Dias:

Há uma prática disseminada no Brasil - daí o nome adoção à brasileira - de o companheiro de uma mulher perfilhar o filho dela, simplesmente o registrando como se fosse filho seu. Ainda que este agir constitua crime contra o estado de filiação (CP 242), pela motivação afetiva que envolve essa forma de agir, é concedido perdão judicial.

Portanto, o ato de registrar filho de outrem como seu, sem a devida autorização em casos de cônjuges, ou com o intuito delitivo, para esquivar-se do processo regular de adoção é crime contra o estado de filiação, conforme se vislumbra no artigo 242 do Código Penal.

5 MOROSIDADE NO PROCESSO DE ADOÇÃO

No Brasil, segundo uma pesquisa pelo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) do Conselho Nacional de Justiça, existem mais de 30 mil crianças acolhidas nos abrigos e aproximadamente 4 mil aptas para serem adotadas. Segundo o ECA – Estatuto da Criança e Adolescente – deve sempre ser levado em consideração o melhor interesse

da criança e do adolescente, buscando sempre que estas cresçam em seus lares com seus pais biológicos, não sendo possível os pais biológicos, que seja com famílias que lhe forneçam amor e acolhimento (arts. 19 e 28, ECA). Com a demora no processo, ocasionando a desistência dos possíveis adotantes, o sistema faz com que não se cumpra o princípio base do ECA.

Um ponto importante a ser destacado é a preferência dos adotantes que, segundo o balanço nacional, é por crianças brancas em aproximadamente 25% dos casos. Uma pesquisa realizada pelo G1 no de 2017, apontou que o preconceito em relação a cor das crianças e adolescentes vem caindo ao longo dos anos. De acordo com a análise realizada sobre os dados do SNA, há ainda um percentual elevado de pretendentes que especificam não querer adotar uma criança negra, porém é um dos menores percentuais apresentados nos últimos anos. Outra estimativa é quanto ao gênero da criança, 25% declaram que querem exclusivamente uma menina, e 7% querem meninos. Quanto à idade, a grande maioria prefere crianças de até, no máximo, 3 anos de idade (SNA – Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, dados coletados em 2021).

Como disposto no ECA, tem-se a preferência de reintegrar a criança em sua família natural, não sendo possível tal hipótese, inicia-se o processo de destituição do poder familiar. Em inúmeros casos, há dificuldade em se localizar a família biológica, ocasionando a morosidade. Apesar do prazo para finalizar o processo de adoção ser de 120 (cento e vinte) dias (art. 47, §10, ECA), na prática isso não ocorre, posto que o mesmo chega a se estender por mais de 1.000 (um mil) dias de duração. Por sua vez, segundo os dados do CNJ de 2018, há uma média de 4 (quatro) anos para se conseguir a destituição do poder familiar. Dessa forma, não apenas os pretendentes se cansam de ficar nas filas, como as crianças que se encontravam aptas e se encaixavam nas preferências dos adotantes passam a ter idade superior à exposta na ficha inicial dos pretendentes.

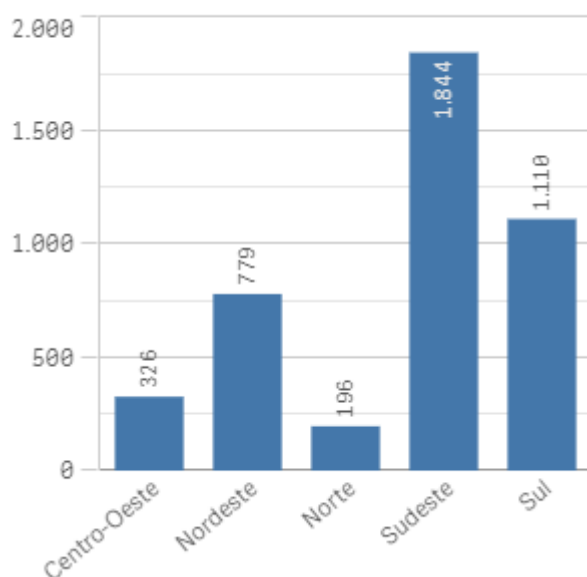
Após analisar este estudo, observamos a seguinte situação: um menino na faixa de 10 – 14 anos de idade levará o dobro do tempo de uma menina na mesma situação para conseguir uma família que queira adotá-lo.

Mais uma vez vemos o reflexo da demora no processo de adoção impactar na vida dessas muitas crianças. Com a demora, a criança cresce e acaba ultrapassando a idade desejada pelos adotantes. Se mesmo estando dentro das estatísticas inúmeras crianças não conseguem encontrar um lar, ao ultrapassá-las, torna-se quase impossível a criança sair do abrigo para um lar adequado para seu crescimento.

6. ESTATÍSTICAS DA ADOÇÃO NO CENÁRIO BRASILEIRO

6.1 Crianças disponíveis para adoção

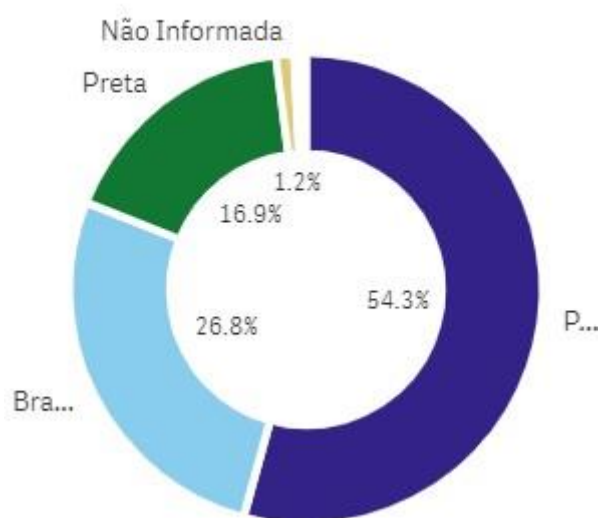
Por região



Fonte (SNA, 2021) 30/10/2021 << [< Visão Geral \(cnj.jus.br\)>](http://Visão Geral (cnj.jus.br))>

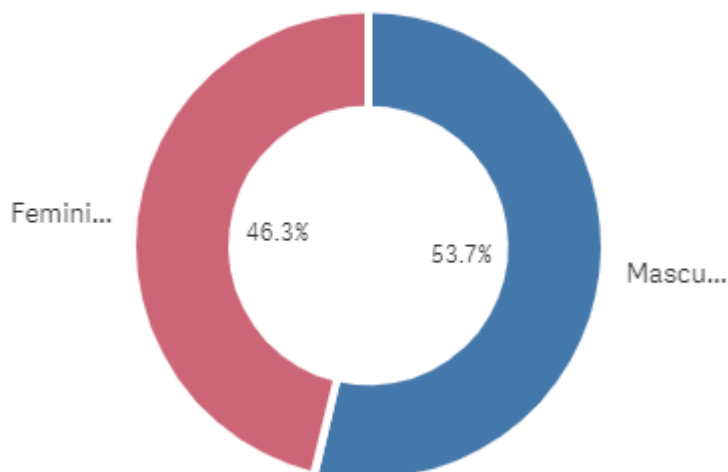
De acordo com os dados colhidos no SNA, há 4.255 crianças consideradas aptas para a adoção, sendo sua maior concentração na região Sudeste, onde se encontra o maior percentual de população do País. Seguindo, sobre as características dessas crianças e adolescentes.

Por etnia



Fonte (SNA, 2021) 30/10/2021

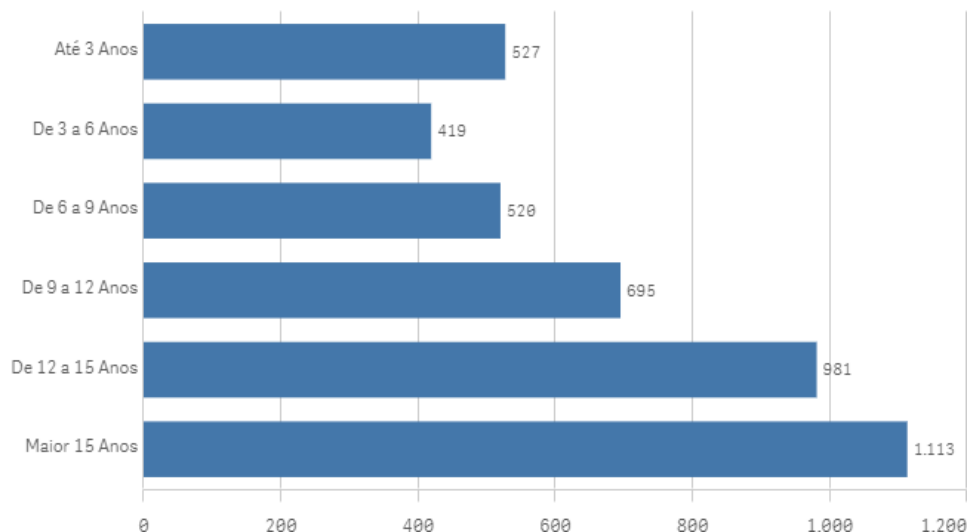
Por gênero



Em relação a etnia dessas crianças, o percentual mais expressivo é o de crianças PARDAS, seguido por BRANCAS e após PRETAS. Ademais, há uma pequena superioridade na quantidade de meninas, comparada a quantidade de meninos.

Fonte (SNA, 2021) 30/10/2021 << [< Visão Geral \(cnj.jus.br\)>](http://Visão Geral (cnj.jus.br))>

Por faixa etária

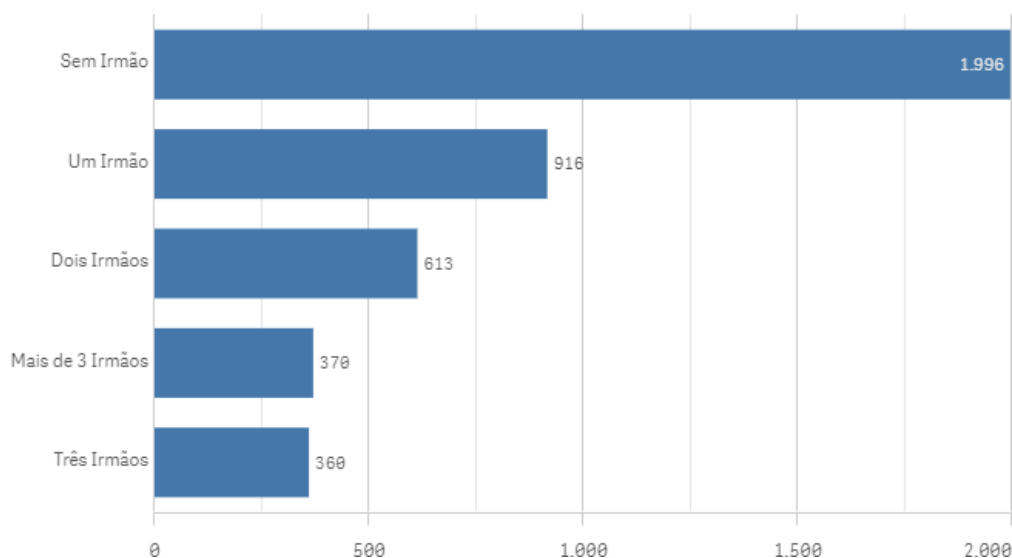


Fonte (SNA, 2021) 30/10/2021 << [< Visão Geral \(cnj.jus.br\)>](http://Visão Geral (cnj.jus.br))>

Os casais que possuem desejo de adotar encontram uma variedade gigantesca em relação a idade dessas crianças. Estão disponíveis desde recém-nascidos até com idade superior a 15 anos, havendo uma quantidade superior nesta última. No Brasil, há 1.113 crianças com idade superior a 15 anos; 981 entre 12 a 15 anos; 695 entre 9 a 12 anos; 520 entre 6 e 9 anos; 419 entre 3 a 6 anos e, por fim, 527 entre 0 a 3 anos. Muitas dessas

crianças e adolescentes presentes nas instituições de apoio possuem irmãos, os quais também esperam pela adoção, sendo estes os dados vistos a seguir:

Por grupo de irmãos

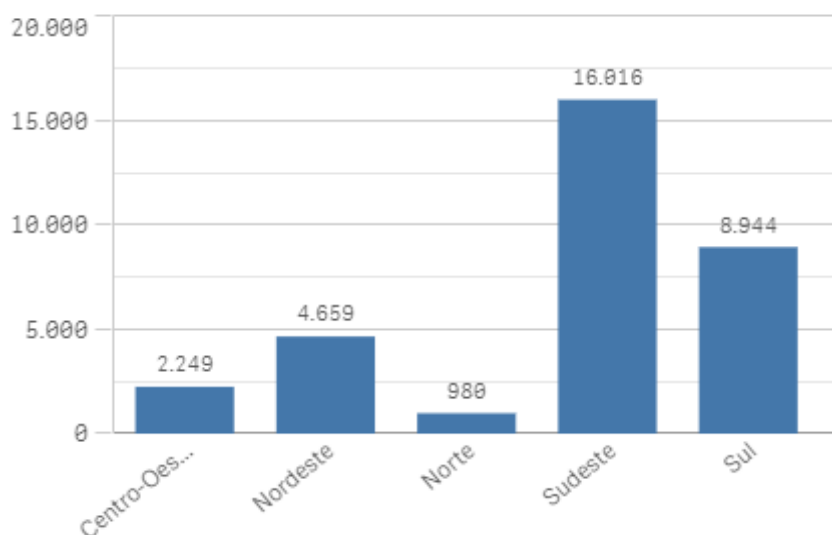


Fonte (SNA, 2021) 30/10/2021 << [< Visão Geral \(cnj.jus.br\)>](http://Visão Geral (cnj.jus.br))>

Com relação à quantidade de irmãos, há 1.996 crianças que não possuem irmãos; 916 com um irmão; 613 com dois irmãos; 360 com três irmãos e 370 com mais de três irmãos.

Pretendentes disponíveis para adoção

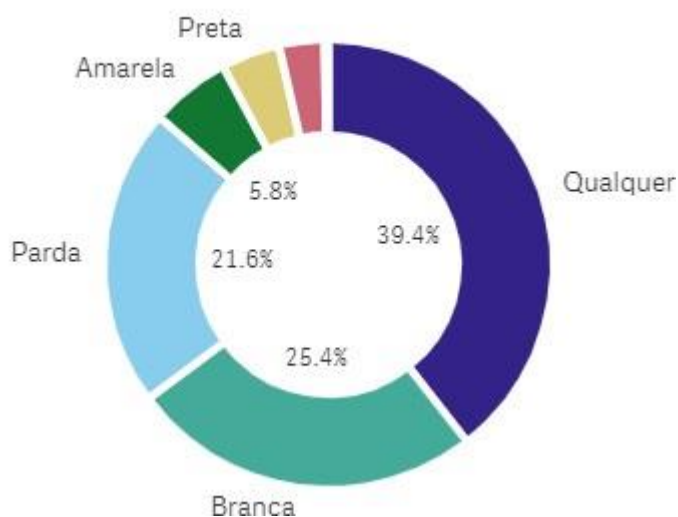
Por região



Fonte (SNA, 2021) 30/10/2021 << [< Visão Geral \(cnj.jus.br\)>](http://Visão Geral (cnj.jus.br))>

Enquanto a quantidade de crianças aptas à adoção não ultrapassa cinco mil, a quantidade de pretendentes ultrapassa os trinta mil, onde se verifica uma enorme concentração na região Sudeste. Dentre os pretendentes aptos a adoção, vemos as seguintes preferências:

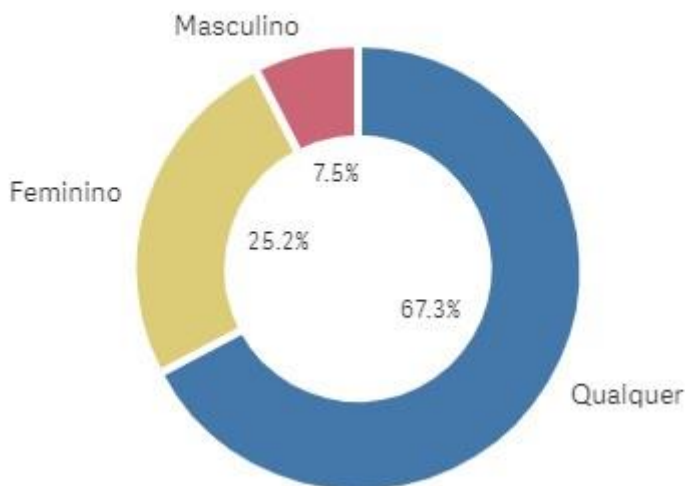
Por etnia aceita



Fonte (SNA, 2021) 30/10/2021 << [< Visão Geral \(cnj.jus.br\)>](http://Visão Geral (cnj.jus.br))>

Mesmo existindo uma maior quantidade de crianças pardas, essas não são consideradas as preferidas pelas famílias adotantes, as quais expressam maior desejo por crianças BRANCAS, seguido de PARDAS, AMARELAS e PRETAS. Aproximadamente 40% das famílias não possuem preferência quanto à cor da pele. Além da cor da pele, os pretendentes expressam, também, sobre o gênero que desejam adotar:

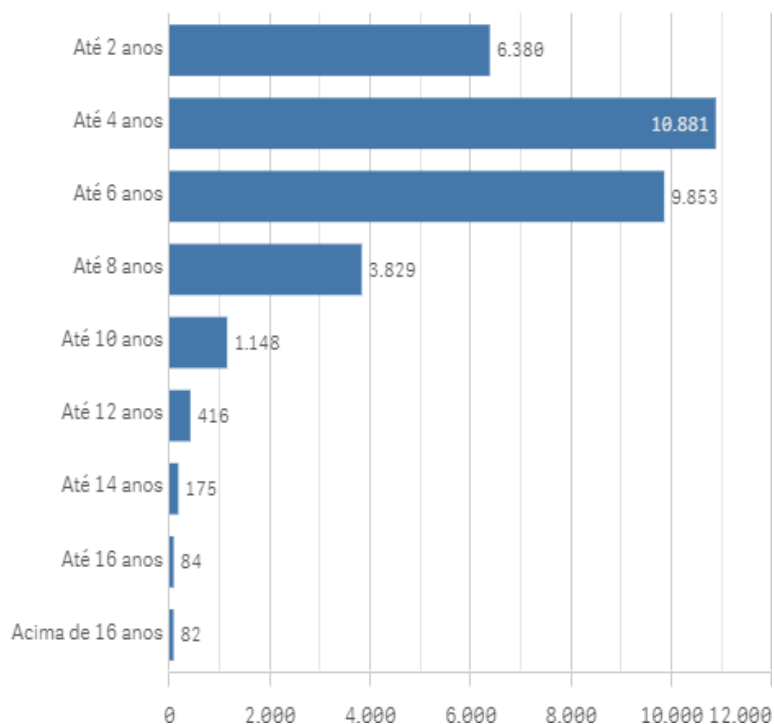
Por gênero aceito



Fonte (SNA, 2021) 30/10/2021 << [< Visão Geral \(cnj.jus.br\)>](http://Visão Geral (cnj.jus.br))>

Para não dificultar o processo, aproximadamente 67% das famílias não especificam qual gênero preferem, seguido de 25% por meninas e apenas 7% por meninos, embora a quantidade de meninos disponíveis ultrapassem o número de meninas. A idade de preferência dos pretendentes em relação às crianças e adolescentes possuem dados bem específicos, os quais há certa predominância em idades mais baixas (próximo gráfico).

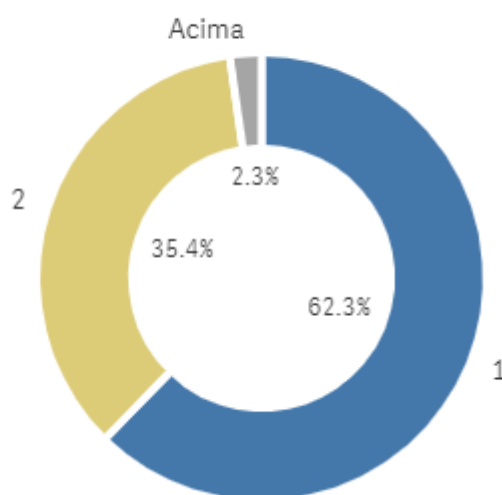
Por idade aceita



Fonte (SNA, 2021) 30/10/2021 << [Visão Geral \(cnj.jus.br\)](#)>

Ao analisar a idade que os adotantes preferem, nos deparamos com mais um impasse, pois a quantidade de crianças com idade entre 8 até acima de 16 anos é muito superior que a faixa de 0 a 8 anos. Das mais de 30 mil pessoas aptas a adotar, apenas 5.735 afirmam querer crianças na faixa dos 8 até mais de 16 anos. Por outro lado, a grande maioria tem preferência por crianças de 0 a 8 anos. Por fim, em relação a quantidade de crianças e adolescentes que os pretendentes aceitam adotar.

Por qtd. que aceita adotar adotar



Fonte (SNA, 2021) 30/10/2021 << [Visão Geral \(cnj.jus.br\)](#)>

Diversas crianças e adolescentes possuem irmãos, os quais, de acordo com o ECA, devem ser adotados preferencialmente em conjunto, não podendo a família adotar um e se recusar a adotar o outro, a não ser que exista uma justificativa bem fundamentada para o rompimento dos vínculos fraternais (artigo 28, §4º, ECA e Adoção de irmãos: desafios e possibilidades, TJDFT). As famílias que procuram os meios de adoção possuem certa relutância em aceitar crianças com mais de um irmão, onde 62% querem apenas uma criança; 35% com até um irmão e apenas 2% aceitam mais de dois irmãos.

7.CONCLUSÃO

Consoante ao que foi estabelecido na introdução, o presente artigo buscou expor alguns problemas relacionados ao processo de adoção no Brasil, sendo estes responsáveis pela morosidade e o consequente prejuízo ao princípio da celeridade processual.

Os tópicos abordados ao decorrer do artigo estão devidamente interligados, cuja a base foi a partir de uma contextualização das mudanças legislativas do instituto da adoção e os princípios que o norteiam, possibilitando apresentar alguns entraves que afetam negativamente o processo, contrariando o que objetiva a Constituição Federal.

Lado outro, em que pese a exigência de determinadas condições para adoção, essas com vistas em fornecer a proteção do instituto em razão das crianças e adolescentes serem vulneráveis, tais condições resultam no crescimento institucionalizado dessas pessoas. Assim, o que fazer para garantir a aplicação do princípio da celeridade processual e, com isso, possibilitar que o processo de adoção alcance mais crianças e adolescentes e a devida inserção desses em um seio familiar? Para tal, a hipótese suscitada na introdução seria pertinente, posto que o resultado almejado é a flexibilidade do instituto, atenuando a necessidade do preenchimento de determinados requisitos com vistas em concluir o processo de adoção.

Logo, o presente artigo conclui que o processo de adoção é cercado de entraves burocráticos, muita das vezes por imposições legais muito peculiares, o que ocasiona a morosidade, sendo necessário a versatilização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente para alcançar a finalidade do instituto.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FRANCO, Gabriela Cenci. Os entraves burocráticos encontrados no processo de adoção no Brasil. Artigo Jurídico.2020. Disponível em < [Microsoft Word - TCC Finalizado \(unicesumar.edu.br\)](#)>

LOZADA, Gisele, e Karina da Silva Nunes. Metodologia Científica. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo A, 2019.

SILVA FILHO, Artur Marques da. O Regime Jurídico da Adoção Estatutária, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

KOZESINSKI, C. A. B. A história da adoção no Brasil. 2016. Disponível em < [A história da adoção no Brasil | ninguém cresce sozinho \(ninguemcrescesozinho.com.br\)](#)>

MADALENO, Rolf, 1954 – Direito de família / Rolf Madaleno. – 7.^a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. E Decreto-Lei 3.133/57. disponível em < [L3133 \(planalto.gov.br\)](#)>

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: Direito de Família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A criança no novo Direito de Família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). Direitos Fundamentais do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 279-295.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil – Vol. V / Atual. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CÓDIGO CIVIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <[L10406compilada \(planalto.gov.br\)](http://L10406compilada(planalto.gov.br))>

SANTOS, Fabiana Neves dos. Os entraves burocráticos do processo de adoção no Brasil: mapeando o número de adotantes em face das crianças institucionalizadas na Bahia. Artigo Jurídico. 2021.

FIGUEREDO, Elaine. Adoção tardia e o cenário na região sul do Brasil. Artigo Jurídico.2021. Disponível em < [Artigo científico Adoção Tardia e o cenário da região sul do Brasil.pdf \(animaeducacao.com.br\)](#)>

Kahle e Bitencourt Advogados. Principais requisitos para adoção no Brasil. 09 de abril de 2021. Disponível em <<https://kbadv.com.br/requisitos-para-adocao-no-brasil/>>

DIAS, Maria Berenice, Manual de direito das famílias, Pag. 494 e 495. ed. Revista dos tribunais, 2015.

PEREIRA, Stéfani Cardozo, MOREIRA, Ivonete. Morosidade no processo de adoção. Artigo Jurídico. V. 7 n. 2. 2019. Disponível em < [MOROSIDADE NO PROCESSO DE ADOÇÃO | Extensão em Foco \(ISSN: 2317-9791\) \(uniarp.edu.br\)](#)>

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em < [L8069 \(planalto.gov.br\)](http://L8069(planalto.gov.br)) >

POLITIZE! Direitos das crianças e do adolescente: como Brasil busca garantir? 22 de outubro de 2021. Disponível em <[Direitos da Criança e do Adolescente: como o Brasil busca garantir? - Politize!](#)>

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em < [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://Constituicao(planalto.gov.br)) >

CÓDIGO PENAL, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em <[DEL2848compilado \(planalto.gov.br\)](http://DEL2848compilado.planalto.gov.br)>

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. Tempo médio dos processos relacionados à adoção no Brasil. Uma análise sobre os impactos da atuação do poder judiciário. 2018. Disponível em <[be5ba61c5c02d04d9e45a555cb5630b8.pdf \(cnj.jus.br\)](http://be5ba61c5c02d04d9e45a555cb5630b8.pdf)>

VELASCO, Clara e REIS, Thiago. G1. Preconceito dos pretendentes em relação à cor da criança na hora de adotar cai ano a ano no Brasil. 2017. Disponível em < [Preconceito dos pretendentes em relação à cor da criança na hora de adotar cai ano a ano no Brasil | Bem Estar | G1 \(globo.com\)](http://Preconceito%20dos%20pretendentes%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20cor%20da%20crian%C3%A7a%20na%20hora%20de%20adotar%20cai%20ano%20a%20ano%20no%20Brasil%20|%20Bem%20Estar%20|%20G1%20(globo.com))>

SNA, Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. 2021. Disponível em < [Visão Geral \(cnj.jus.br\)](http://Vis%C3%A3o%20Geral%20(cnj.jus.br))>

TJDFT, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Adoção de irmãos: desafios e possibilidades. 2018. Disponível em < [Adoção de irmãos: desafios e possibilidades — Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios \(tjdft.jus.br\)](http://Ado%C3%A7%C3%A3o%20de%20irm%C3%A3os%20desafios%20e%20possibilidades%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20Distrito%20Federal%20e%20dos%20Territ%C3%B3rios%20(tjdft.jus.br))>

A IMPORTÂNCIA DO DIAGNÓSTICO SOCIAL E INDICADORES NO QUE TANGE O TRABALHO SOCIAL COM FAMÍLIAS, MEIO A GARANTIA DE DIREITOS NA POLÍTICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL.

ANA LÚCIA BARBOSA DE OLIVEIRA:

Bacharela em administração de empresas, MBA em gestão de pessoas e Pós em finanças, contabilidade e controladoria, Pós em gestão Pública.

RESUMO- O presente artigo discorre acerca da importância do diagnóstico social e a construção de indicadores na atuação do serviço social no que tange o desenvolvimento do trabalho social com famílias, tendo em vista sua importância na consolidação da Política de Assistência Social, que considera como pilastra da sua execução a oferta dos serviços a instituição familiar, sendo primordial para direcionamento profissional e atendimento das reais necessidades do público alvo da política de assistência a construção de um diagnóstico e o levantamento de indicadores que proporciona ao assistente social o conhecimento e aprofundamento de tais questões sociais e demandas apresentadas, sendo possível através de tais ferramentas evidenciar e identificar as possibilidades e capacidades que podem ser desenvolvidas no indivíduo para o alcance das prevenções e superações das vulnerabilidades sociais, maior desafio imposto quando se trata da garantia e consolidação dos direitos dos usuários da Política de Assistência Social.

PALAVRAS CHAVE: Política de Assistência Social; Diagnóstico Social; Indicadores; Famílias.

Sumário: 1.Introdução. 2.Diagnóstico social. 3. Indicadores sociais. 4. O trabalho social com famílias na política de assistência social no que tange a garantia de direitos e a importância do diagnóstico e indicadores 5. Considerações finais. 6 Referências.

1.0-INTRODUÇÃO

O presente artigo objetivou discorrer acerca da importância do diagnóstico social e a construção de indicadores na garantia de direitos na atuação do serviço social no que tange o desenvolvimento do trabalho social com famílias, tendo em vista a realização de um trabalho social eficiente, alcançando as verdadeiras vulnerabilidades apresentadas pela instituição familiar contemporânea.

Discutir a importância do diagnóstico social e a construção de indicadores no trabalho com famílias frente à Política de Assistência Social, que garante direitos sociais, é de extrema relevância, considerando que a família é o pilar da sociedade, onde a Assistência Social destaca a mesma como seu centro no desenvolvimento dos serviços,

planos, políticas e projetos, exaltando como núcleo principal de execução da política a matricialidade sociofamiliar, devendo priorizar o corpo familiar como destinatário principal, ou seja, as ações ofertadas pela política de Assistência Social devem vir ao encontro das reais necessidades da instituição familiar.

Para a realização da presente pesquisa utilizou-se o método de pesquisa bibliográfica, compilações e artigos na internet.

A metodologia utilizada permitiu que o trabalho fosse dividido em três capítulos, no primeiro apresentou-se o termo diagnóstico social, sua função e importância no trabalho social realizado com famílias na consolidação da Política de assistência social..

O segundo capítulo trouxe indicadores sociais, desvelando suas principais características e sua real importância no trabalho social com famílias.

O terceiro e último capítulo trouxe por fim o trabalho social com famílias na Política de Assistência social meio a garantia de direitos e a importância do diagnóstico e indicadores.

As considerações finais consumam o presente artigo, as quais abarcaram uma discussão a respeito da pesquisa teórica, realizando uma reflexão em busca de produzir conhecimento acerca do tema.

2.0-DIAGNÓSTICO SOCIAL

A Constituição Federal de 1988 e a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) vieram garantir o respeito da assistência social como política de proteção social, compondo o tripé de seguridade social (Saúde, Previdência Social e Assistência Social), a assistência social passou a ser garantida a quem dela necessitar, sendo compreendida como direito do cidadão e dever do Estado.

A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas. (LOAS, BRASIL, 1993).

Para garantir a consolidação desta política muitos desafios são impostos diariamente aos profissionais que atuam na execução dos serviços sociais, percebe-se que um dos entraves, está na importância dos profissionais do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) apresentar um olhar perceptivo nas reais necessidades da população.

Conhecer as verdadeiras vulnerabilidades e riscos que perpassam a realidade do público alvo apesar de não ser fácil é primordial, evidenciando e identificando também as possibilidades e capacidades que podem ser desenvolvidas perante cada situação apresentada.

Importante ao falar de vulnerabilidade social trazer o conceito para melhor entendimento:

(...) o conceito de vulnerabilidade social requer olhares para múltiplos planos, e, em especial, para estruturas sociais vulnerabilizantes. De tal modo, quando se fala em vulnerabilidade social, é relevante que se compreenda que essa é o estado no qual grupos ou indivíduos se encontram, destituídos de capacidade para ter acesso aos equipamentos e oportunidades sociais, econômicas e culturais oferecidos pelo Estado, mercado e sociedade. (PADOIN, VIRGOLIN, 2010, p.01).

Sendo assim, para vislumbrar, identificar e analisar tais demandas de vulnerabilidades faz-se necessário a utilização de um diagnóstico social, que é uma das ferramentas mais importantes para aproximação e real conhecimento do objeto de estudo.

A palavra “diagnóstico” deriva do grego- diagnostikos: apto para conhecer, onde o conhecimento é o elemento principal e fundamental na essência do diagnóstico social. (Idanez e Ander – Egg, 2008)

Através do diagnóstico social o assistente social tem a oportunidade de vislumbrar e estudar a fundo a situação problema apresentada, possibilitando a progressão na intervenção para melhor resolução. “É necessário conhecer para atuar e só conhecendo é que podemos agir com eficácia, alcançando melhores resultados”. (Idanez e Ander-Egg, 2008).

Importante salientar como o termo diagnóstico adentrou o serviço social como método de apoio e instrumento de intervenção, o mesmo surgiu na atuação em 1917, por Mary Richmond na publicação do seu livro intitulado: “Social Diagnosis” (Diagnóstico Social), destarte dizer que tal obra é um marco fundamental na história do trabalho social. A autora trouxe a intervenção instrumental do diagnóstico social no serviço social de caso, tendo em seu contexto grandes influências clínicas, se apoiando na medicina e no atendimento de famílias.

A importância outorgada ao diagnóstico social por parte de Mary Richmond, unida à vigência de muitas das suas considerações apesar do tempo que passou desde o surgimento da sua obra, justifica que

nos detenhamos a examinar alguns dos seus contributos. Richmond descreve o diagnóstico social como "a tentativa de efectuar com a maior precisão possível uma definição da situação e personalidade do ser humano com alguma carência social; ou seja, da sua situação e personalidade na relação com os outros seres humanos, dos que depende em alguma medida ou que dependam dele, e em relação também com as instituições sociais da comunidade. (IDANEZ E ANDER – EGG, 2008, PAG.15)

Com as transformações contemporâneas o método de construção do diagnóstico social também evoluiu, perpassando mudanças significativas, porém, não deixa de trazer consigo grandes vestígios do método e base criados por Mary Richmond, importante também evidenciar que possui como característica marcante os fundamentos das ciências sociais utilizando fortemente a abordagem em territórios.

O diagnóstico social representa uma das fases mais importantes para o início da intervenção social, através da construção do mesmo faz-se possível a elaboração e a constituição de ações profissionais assertivas e enérgicas, possibilitando condições de criar estratégias plausíveis, priorizando verdadeiramente as necessidades dos usuários da Política Nacional de Assistência Social (PNAS).

O diagnóstico social é um processo de elaboração e sistematização de informação que implica conhecer e compreender os problemas e necessidades dentro de um determinado contexto, as suas causas e a evolução ao longo do tempo, assim como os factores condicionantes e de risco e as suas tendências previsíveis; permitindo uma discriminação dos mesmos consoante a sua importância, com vista ao estabelecimento de prioridades e estratégias de intervenção, de forma que se possa determinar de antemão o seu grau de viabilidade e eficácia, considerando tanto os meios disponíveis como as forças e actores sociais envolvidos nas mesmas. (IDANEZ E ANDER-EGG, 2008, PAG. 27).

Para dar início a um projeto social o diagnóstico assume-se como um instrumento essencial, pois permite examinar a realidade na qual se pretende intervir. (Serrano, s.p, 2008).

Como reforça Serrano (2008) "considerado um instrumento essencial" em um plano de ação e projeto de intervenção, o diagnóstico social possibilita a compreensão das causas dos problemas e a interpretação da realidade apresentada, trazendo possibilidades de realizar um planejamento estratégico, possibilitando intervenções dinâmicas, concretas e

eficazes, facilitando na identificação das potencialidades e oportunidades disponíveis para lidar com as questões sociais diversas constantes na dialética contemporânea.

O diagnóstico social tem como objetivos fornecer informações que sirvam como base para a elaboração de ações concretas em forma de planos, programas e projetos. Permite assim o planejamento estratégico de ações adequadas ao tratamento das questões sociais. É mais do que conhecer os problemas sociais de uma determinada região ou população, visa o entendimento da causalidade dos problemas e a ação concreta sobre tais. (SIQUEIRA, 2016, PAG. 55)

Para os autores Idanez e Ander-Egg (2008) em o alcance da viabilidade e eficácia do diagnóstico social faz-se importante perceber se o mesmo cumpre sua função e apresenta seus principais requisitos, tornando-se completo, para tal precisa-se observar se o diagnóstico social:

- Informa sobre os problemas e necessidades existentes, no âmbito, área ou sector onde foi realizado o diagnóstico;
- Responde ao porquê destes problemas, tentando compreender as suas causas e efeitos, bem como os seus condicionalismos, apontando possíveis tendências;
- Identifica recursos e meios de acção, segundo o tipo de ajuda ou atenção necessárias;
- Determina prioridades de intervenção, segundo critérios técnico-científicos;
- Estabelece estratégias de acção, com a finalidade de responder às mudanças de comportamento das variáveis externas;
- Apresenta os factores que podem aumentar a eficácia da intervenção. (IDANEZ E ANDER-EGG, 2008, PAG. 29).

A autora Siqueira (2016) salienta "Por seu carácter dinâmico, é uma ferramenta que não se encontra estagnada em um momento e história, devendo ser a todo momento revisitada, atualizada, estando aberta a novas informações e coleta de dados" SIQUEIRA (2016, PAG.55).

As questões sociais estão em constante dialética, exigindo a necessidade que o assistente social possua um olhar dinâmico e criativo, se munindo cada vez mais de

informações sobre as vulnerabilidades sociais que são apresentadas no seu cotidiano, sendo assim, o diagnóstico como já citado é ferramenta primordial que também está sujeito as transformações e atualizações, não permanecendo estático.

O diagnóstico constitui uma fase ou momento do processo metodológico – e simultaneamente um instrumento operativo - que se vai completando e enriquecendo de forma permanente. Qualquer intervenção na realidade gera uma dinâmica que vai questionando novas interrogações, vai reformulando problemas e vai fazendo luz sobre questões que não se tinham considerado suficientemente ou eram simplesmente lacunas do diagnóstico (Ander Egg & Idáñez, 2008:20).

Desta forma, como o diagnóstico é realizado com a colheita de informações através da participação, o mesmo trás consigo diante das pessoas entrevistadas e participantes da pesquisa realizada um bojo de novos panoramas de possíveis problemas de diversas áreas e dimensões que ainda não foram investigados, engrandecendo e aperfeiçoando o trabalho realizado.

O diagnóstico social, além de permitir a compreensão de determinadas situações, territórios e populações, produz conhecimento, por vezes, inédito sobre os mesmos. Ao desvendar o local, identifica as demandas e potencialidades da região investigada. Desta maneira, sinaliza se os projetos e ações pensadas para aquela localidade são viáveis ou não, define indicadores, estratégias de atuação e auxilia no planejamento de ações sociais efetivas. (SIQUEIRA, 2016, PAG.56.)

A Norma operacional Básica NOB-SUAS (2012) Resolução nº 33, do Conselho Nacional de Assistência Social ressalta em seu contexto nos artigos 20 e 21, a importância do diagnóstico socioterritorial, em que circunstância se faz necessário sua elaboração e principais características:

Art. 20. A realização de diagnóstico socioterritorial, a cada quadriênio, compõe a elaboração dos Planos de Assistência Social em cada esfera de governo.

Parágrafo único. O diagnóstico tem por base o conhecimento da realidade a partir da leitura dos territórios, microterritórios ou outros recortes socioterritoriais que possibilitem identificar as dinâmicas sociais, econômicas, políticas e culturais que os caracterizam, reconhecendo as suas demandas e potencialidades.

Art. 21. A realização de diagnóstico socioterritorial requer:

I - processo contínuo de investigação das situações de risco e vulnerabilidade social presentes nos territórios, acompanhado da interpretação e análise da realidade socioterritorial e das demandas sociais que estão em constante mutação, estabelecendo relações e avaliações de resultados e de impacto das ações planejadas; (NOB, SUAS, 2012, PAG.11).

Importante destacar no que consiste um diagnóstico socioterritorial, a Política de Assistência Social preconiza a promoção e a proteção social do indivíduo, utilizando como um dos seus eixos principais de atuação o território, pois é através do território que se faz possível explorar as principais vulnerabilidades e riscos sociais, tal conhecimento nos possibilita a compreensão da dinâmica dos problemas sociais que ocasionam as inúmeras expressões das questões sociais.

É no território, pelas questões de proximidade e de identidade cultural, que acontecem as relações sociais mais identificadas com as reais demandas por direitos, serviços e benefícios sociais. É onde também são produzidas as necessidades dos cidadãos, como moradia, transporte, educação, saúde, saneamento e tantas outras. Para as políticas sociais, essas necessidades deixam de ter caráter individual e passam a ser percebidas como demandas coletivas, que precisam ser atendidas pelas ações de planejamento do governo. (BRASIL, 2013, PAG.70).

Para conhecer a fundo esse território e realizar a construção do diagnóstico com eficácia faz-se necessário que a colheita de informações seja realizada da melhor forma possível, para tal o serviço social e as ciências sociais apresentam vários tipos de ferramentas, a autora Siqueira (2016) cita algumas:

Tais ferramentas podem ser: a entrevista em profundidade, a entrevista com questionário definido, o levantamento histórico, o genograma e o ecomapa, a nuvem de problemas, a análise swot, a árvore de problemas, a análise de causas e consequências, a espinha de peixe, o mind map, a análise de variável motriz, a grelha de hierarquias de prioridades de intervenção, dentre outras[...]. (SIQUEIRA, 2016, PAG. 56.)

Cabe lembrar, no entanto, que são inúmeras as ferramentas que abarcam a construção de pesquisas e um diagnóstico bem elaborado, ao responsável pelo

levantamento de dados e construção do mesmo, cabe escolher a ferramenta mais viável para alcançar o objetivo esperado do trabalho social desenvolvido.

O diagnóstico se faz fundamental para consumir um trabalho de qualidade, permitindo que o profissional vislumbre as particularidades de cada território e situação apresentada, facilitando a atuação e colaborando na construção de estratégias plausíveis, proporcionando também a possibilidade de criar ações com caráter preventivo, que auxiliará evitando o agravamento das situações de vulnerabilidades e riscos que as famílias vivenciam na atual contemporaneidade.

Outro elemento que se faz indispensável na intervenção frente ao enfrentamento das vulnerabilidades sociais e riscos são os indicadores sociais. O próximo tópico a ser abordado versará sobre a importância dos indicadores no trabalho realizado pelo Sistema Único de Assistência Social na atuação do assistente social..

3.0- INDICADORES SOCIAIS

Utilizados como instrumentos metodológicos, os indicadores ressaltam as características sociais, suas mudanças e os diferentes fenômenos existentes que abarcam a sociedade contemporânea e influem grandemente na aparição e desenvolvimento das questões sociais, sendo de suma importância no processo de gestão social.

Para o autor Jannuzzi (2009)

Um indicador social é uma medida em geral quantitativa dotada de significado social substantivo, usado para substituir, quantificar ou operacionalizar um conceito social abstrato, de interesse teórico (para pesquisa acadêmica) ou programático (para formulação de políticas). É um recurso metodológico empiricamente referido, que informa algo sobre um aspecto da realidade social, ou sobre mudanças que estão se processando da mesma. (JANNUZZI, 2009, PAG. 07).

Auxiliadores na quantificação ou qualificação dos fenômenos e monitoramento da realidade social, os indicadores são primordiais no processo de gestão, transformando conceitos abstratos em situações possíveis de análise e observação.

Os indicadores sociais são medidas usadas para transformar conceitos abstratos, como "fome" ou "miséria", em algo que possa ser analisado e quantificado. Em outras palavras, transformam aspectos da realidade em números, taxas e razões, seja essa uma realidade dada (situação social) ou construída (decorrente da

intervenção governamental), tornando possível sua observação e avaliação. (BRASIL, 2013, PAG.78).

Sendo assim, utilizar-se de indicadores torna-se indispensável, tendo em vista que tais instrumentos metodológicos são manuseados “para monitoramento da realidade social para fins de formulação e reformulação de políticas públicas” (Jannuzzi, 2004, p. 15).

Os indicadores quando utilizados de maneira responsável, podem auxiliar grandemente na construção de programas, planos e projetos que vão de fato conseguir ir de encontro às reais necessidades da população, a análise dos indicadores proporciona condições de vislumbrar as demandas sociais que surgem diariamente no nosso país, possibilitando dar ênfase as desigualdades sociais e vulnerabilidades socioeconômicas existentes, facilitando a construção de estratégias para melhorias, avaliação e planejamento das ações profissionais na gestão social das políticas públicas, “os indicadores apontam, indicam, aproximam, traduzem em termos operacionais as dimensões sociais de interesse definidas a partir de escolhas teóricas ou políticas realizadas anteriormente.” (JANNUZZI, 2005, PAG.138).

O processo de construção de um indicador social, ou melhor, de um sistema de indicadores sociais, para uso no ciclo de políticas públicas inicia-se a partir da explicitação da demanda de interesse programático, tais como a proposição de um programa para ampliação do atendimento à saúde, a redução do déficit habitacional, o aprimoramento do desempenho escolar e a melhoria das condições de vida de uma comunidade. (JANNUZZI, 2005, PAG.02).

Neste processo de construção dos indicadores sociais, tendo em vista seu uso no ciclo das políticas públicas, faz-se importante salientar o trabalho do assistente social, pois o mesmo realiza a execução e gestão social de programas, planos e projetos, executando e avaliando os serviços sociais.

O Serviço Social é uma profissão regulamentada pela Lei N°8662/93, de 07 de junho de 1993, tendo suas bases e direcionamento no código de Ética da profissão, que foi aprovado pela regulamentação do CFESS N°273/93. Importante salientar que a profissão está inscrita na 87divisão social e técnica do trabalho, destacando reconhecimento, percebe-se que o serviço social tem conquistado cada vez mais seu espaço na sociedade, tendo passado por muitas mudanças e grande desenvolvimento no decorrer da história,

87 Segundo Iamamoto e Carvalho (1983), a divisão social e técnica do trabalho "determina a vinculação de indivíduos em órbitas profissionais específicas, tão logo o trabalho assume um caráter social, executado na sociedade e através dela." (IAMAMOTO & CARVALHO, 1983, p. 16)

sendo atualmente de extrema importância no tratamento das inúmeras expressões das questões sociais apresentadas na sociedade contemporânea.

A autora Torres (s.a) faz importantes colocações sobre a profissão:

[...] reconhecida pela sua natureza analítica e interventiva, o que legitima os assistentes sociais a planejar e construir respostas profissionais mediatizadas pelas necessidades sociais identificadas e experienciadas pelos sujeitos que vivem nesta realidade social. Balizado nas direções construídas pelo conjunto CFESS/CRESS e ABEPSS para a formação, a saber: teórica e metodológica; ética e política e técnico-operativa, os profissionais reconhecem que essas direções fundamentam também o exercício profissional, além de garantir a direção social necessária a esta profissão. (TORRES, S.A, PAG.05).

Sendo assim, torna-se claro o quanto a intervenção dos assistentes sociais perante a construção de respostas para resolução das necessidades sociais da sociedade é essencial, o profissional atua diretamente com as políticas públicas, onde o Estado solicita seus serviços objetivando atender as demandas sociais, operando através das políticas sociais.

Na construção dessas respostas, buscando uma intervenção eficaz o assistente social precisa utilizar-se de estratégias de atuação, sendo que, munir-se de conhecimento é uma das artimanhas mais importantes em seu desempenho profissional, tendo em vista que "[...] o conhecimento não é só um verniz que se sobrepõe superficialmente à prática profissional, podendo ser dispensado; mas é um meio pelo qual é possível decifrar a realidade e clarear a condução do trabalho a ser realizado." (IAMAMOTO, 1998, p. 63) sendo assim, para se apropriar de tal façanha faz-se necessário que o profissional utilize métodos precisos, deixando em destaque o quanto se faz imprescindível o levantamento responsável e oportuno de indicadores para orientar a análise, formulação e implementação das políticas sociais.

Sem dúvida, conhecimento do significado, dos limites e potencialidades dos indicadores sociais pode ser de grande utilidade para os diversos agentes e instituições envolvidos na definição das prioridades sociais e na alocação de recursos do Orçamento Público. Se bem empregados, os Indicadores Sociais podem enriquecer a interpretação empírica da realidade social e orientar de forma mais competente a análise, formulação e implementação de políticas sociais. Na negociação das prioridades sociais, os indicadores sociais

podem contribuir no apontamento da magnitude das carências a atender nas diversas áreas de intervenção. (JANNUZZI, 2012, PAG.02).

Importante ressaltar que os indicadores não são simplesmente dados, ou números, os mesmos nos propiciam anuir os dados conforme a realidade social está posta, vale dizer que indicadores sociais não devem ser confundidos com estatística pública, tendo em vista, que há diferenças entre os mesmos.

Resumidamente, estatísticas públicas correspondem ao dado em sua forma bruta - por meio de números - não se encontra contextualizado em um debate dialético, são representações advindas de um campo empírico ou de determinada realidade. Já os indicadores sociais apresentam, conforme Jannuzzi (2004), um conteúdo informacional, um valor contextual baseado em uma Teoria Social, não se trata de uma simples junção de dados e sim da contextualização e interpretação dos conceitos operacionalizados. Porém, os dados estatísticos são úteis para a construção dos indicadores, são matérias-primas para estruturar um indicador. (YWATA et al., S.A, PAG.01).

Sendo assim, torna-se imprescindível compreender o contexto social do indicador social, ressaltando a compreensão em sua totalidade, tendo em vista que o mesmo dá “vida e visibilidade a um conceito abstrato e suas expressões” (YWATA et al.).

Portanto a disponibilidade de indicadores sociais precisos e confiáveis potencializa o ensejo de êxito na formulação e execução das políticas públicas sociais propiciando “diagnósticos sociais, monitoramento de ações e avaliações de resultados mais abrangentes e tecnicamente mais bem respaldados” (JANNUZZI, 2002, PAG. 08) colaborando grandemente na atuação do assistente social e demais trabalhadores que executam programas, planos, projetos e serviços sociais.

4.0- O TRABALHO SOCIAL COM FAMÍLIAS NA POLÍTICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL NO QUE TANGE A GARANTIA DE DIREITOS E A IMPORTÂNCIA DO DIAGNÓSTICO E INDICADORES

Neste momento se faz necessário discorrer a respeito da importância do trabalho social com famílias na política de Assistência Social, tendo em vista que a utilização dos indicadores e construção de diagnósticos é fundamental para a realização de intervenções as famílias, principal pilar de atuação da Política Nacional de Assistência Social (PNAS), principalmente no que tange o acesso da instituição familiar aos seus direitos sociais.

Tendo em vista a importância da família para o desenvolvimento do ser humano a PNAS não poderia deixar de abarcar a instituição familiar no desenvolvimento de suas ações, sendo assim, instituída a família como base dos serviços, planos, programas e projetos, sendo estabelecido para tal oferta o Serviço de Proteção e Atendimento Integral a Família (PAIF), objetivando ofertar um espaço aos usuários da política para troca de experiências, acesso a informações, esclarecimento de dúvidas e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. A oferta dos serviços é realizada através do Centro de Referência de Assistência Social (CRAS), órgão onde são referenciadas as situações de vulnerabilidades sociais classificadas como proteção Social Básica, importante salientar que o CRAS não pode funcionar sem realizar a oferta dos serviços propostos pelo Serviço de Proteção e Atendimento Integral a Família (PAIF).

Para a realização do trabalho social com famílias o CRAS como já citado faz uso do PAIF, equipamento primordial para a oferta dos serviços, para realizar as ações propostas com eficácia, o órgão necessita construir estratégias viáveis para conhecimento das vulnerabilidades e questões sociais apresentadas pelos usuários, para tal, se faz necessário a construção de um diagnóstico social, meio essencial para acessar a verdadeira realidade do território e situação vivenciada pela população, proporcionando a possibilidade de realizar ações enérgicas e eficazes perante as situações apresentadas.

Importante salientar que família é entendida como um grupo de pessoas que convivem juntas, possuindo ou não laços consanguíneos, sendo composta por valores, culturas e história e cabe a instituição familiar a garantia de proteção social de seus indivíduos.

O trabalho social é destinado à instituição familiar e seus membros, que estejam vivenciando alguma situação de vulnerabilidade e risco social, o mesmo deve ter um caráter preventivo, viabilizando a garantia de superação da situação apresentada de vulnerabilidade.

Segundo o Ministério de Desenvolvimento e Combate à fome (MDS, 2012, p. 11) o trabalho social com famílias pode ser entendido como:

Conjunto de procedimentos efetuados com a finalidade de contribuir para a convivência, reconhecimento de direitos e possibilidades de intervenção na vida social de um grupo social, unido por vínculo consanguíneos, de afinidade e/ou solidariedade – que se constitui em um espaço privilegiado e insubstituível de proteção e socialização primárias, com o objetivo de proteger seus direitos, apoia-las no desempenho de sua função de proteção e socialização de seus membros, bem como assegurar o convívio social e comunitário, a partir do seu reconhecimento como sujeitos de direitos.

O trabalho social objetiva a proteção social da família, com ações que estimulam o desenvolvimento das potencialidades de cada membro que compõe o seio familiar, trabalhando o fortalecimento dos vínculos e reconhecimento dos sujeitos como cidadãos de direitos, pautando o desenvolvimento das ações a prevenção da violação de direitos.

Para a realização do trabalho social com famílias na política de assistência social é necessário um mapeamento, compreensão ampla do território, realizando um levantamento de dados dos usuários, ou seja, a construção de um diagnóstico se faz primordial, permitindo que os objetivos e metas a serem aplicados correspondam às necessidades e possam de fato garantir a proteção social das famílias.

Sendo assim, o trabalho social provoca a participação ativa dos beneficiários promovendo a inserção social, onde é estimulada a participação direta dos mesmos, valorizando-os como sujeitos de direitos, trabalhando sua autonomia e emancipação social cidadã.

Sendo assim, as ações e as estratégias de execução deste trabalho social devem ter como base o diagnóstico socioterritorial, respeitando os indicadores, ao se embasar nas ferramentas do diagnóstico faz-se possível descrever as atividades, os mecanismos, a metodologia, técnicas e instrumentos que serão utilizados, itens fundamentais para o desenvolvimento das ações e execução da Política de Assistência Social.

Portanto para a realização do trabalho social com ações eficientes é necessário que o profissional responsável busque diariamente um embasamento teórico, estando perceptivo as questões sociais abrangentes na atuação profissional, se apropriando de seus princípios éticos, para que assim tenha condições de construir ações condizentes com a realidade do público alvo do serviço social, quebrando ações instintivas e personalistas direcionadas pelo senso comum.

5.0- CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho social com famílias na Política de Assistência em meio a garantia de direitos é uma ação sistemática, reflexiva e metódica, construído a partir dos conhecimentos científicos e da realidade social acerca das relações sociais, onde a construção dos diagnósticos são primordiais para o alcance desses conhecimentos. Dessa forma, os profissionais envolvidos devem ser capazes de articular suas ações, na junção do conhecimento técnico com as experiências de vida da população, para que a ação alcance a demanda na sua realidade, sendo possível através dos indicadores produzidos com a construção de diagnósticos precisos e reais.

Portanto as ações para a realização de um trabalho social com famílias que apresentem resultados devem ser organizadas e planejadas com abordagens e

procedimentos metodológicos, estudo e análise para a constituição das ações. O profissional deve apresentar um olhar e posicionamento crítico, importante também que apresente características de pesquisador para dar um suporte científico, para assim reconhecer as fragilidades e as potencialidades das famílias a serem desenvolvidas, possibilitando ações precisas e realmente eficazes, colaborando assim na efetuação da garantia de direitos e enfrentamento das violações de direitos e vulnerabilidades sociais.

BIBLIOGRAFIAS

Assistência social, Brasil. 2. Política social, Brasil. 3. Diagnóstico. 4. Indicadores. I. Ministério do Desenvolvimento

BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à fome. **Norma Operacional Básica de Recursos Humanos do SUAS – NOB/RH/SUAS**. 2012.

Brasil. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Caderno de Estudos do Curso de Indicadores para Diagnóstico do SUAS e do Plano Brasil sem Miséria** - Brasília, DF: MDS, Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação; Secretaria Nacional de Assistência Social, 2013.210p.

BRASIL. Presidência da República. **Lei Orgânica da Assistência Social**, n. 8.742, de 07 de setembro de 1993.

Diagnóstico Social: conceitos e metodologias Maria José Aguilar Idáñez Ezequiel Ander-Egg, 2008. 3ª ed. revista e ampliada Editor versão portuguesa Rede Europeia Anti-Pobreza / Portugal.

DIAGNÓSTICO SOCIAL: UM INSTRUMENTO DE PESQUISA SOBRE POPULAÇÕES E TERRITÓRIOS, RENATA OLIVEIRA DE SIQUEIRA, RIO DE JANEIRO, SETEMBRO DE 2016. DISPONÍVEL EM:
https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17825/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Renata%20Siqueira_19_09_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y

IAMAMOTO, Marilda V. Serviço Social na contemporaneidade: trabalho e formação profissional. São Paulo: Cortez, 1998. NETTO, José Paulo. Cinco notas a propósito da "questão social". In: Temporalis. Brasília: ABEPSS, Grafile, ano 2, n. 03, jan/jul 2001, p. 41 – 49

JANNUZZI, Paulo de Martino. Indicadores para diagnóstico, monitoramento

JANNUZZI, Paulo de Martino. Indicadores Sociais no Brasil, conceitos, fontes de dados e aplicações. 3ª edição, Alínea Editora, 2007.

O EXERCÍCIO PROFISSIONAL DO ASSISTENTE SOCIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS: competências e atribuições Mabel Mascarenhas Torres⁵ Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2015/pdfs/mesas/o-trabalho-do-assistente-social-nas-politicas-publicas-desafios-cotidianos.pdf>

PADOIN, Isabel Graciele; VIRGOLIN, Isadora Wayhs Cadore. **A vulnerabilidade social como uma dificuldade a participação política.** Disponível em: <http://www.unicruz.edu.br/15_seminario/seminario_2010/CCSA/A%20VULNERABILIDADE%20SOCIAL%20COMO%20UMA%20DIFICULDADE%20A%20PARTICIPA%C3%87%C3%83O%20POL%C3%8DTICA.pdf>. Acesso em: 05/06/2019.

SERRANO. Gloria (2008), **Elaboração de Projectos Sociais, Casos práticos. Coleção Educação e Trabalho Social.** Porto: Porto Editora

Social e Combate à Fome. II. Sistema Único de Assistência Social.

YWATA, Suzana Yurito. GIROTO, Ana Paula Santana. ROCHA, Simone Tarifa da. ROMERA, Valderês Maria. **Os Indicadores Sociais como instrumentos de Gestão Social.** Presidente Prudente. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c-v10n2_valderes.htm

A DESJUDICIALIZAÇÃO E O ENFRENTAMENTO À CULTURA DO JUDICIÁRIO ESTATAL NO BRASIL

DOMITILLA ISABEL LOPES DE ASSIS:
graduanda em Direito pelo Centro
Universitário Una Aimorés.

GABRIELA CRISTINA DA COSTA LIMA
(coautora)

EDUARDO RODRIGUES DE MELO SOUSA
(orientador)

RESUMO: É crescente a busca pelo socorro judiciário para asseguarção de direitos violados entre as mais diversas causas, das mais diversas complexidades. A ineficiência das cortes brasileiras tem sido objeto de debates nos círculos acadêmicos e empresariais há muito tempo. Entretanto, não é possível dar um diagnóstico cirúrgico do problema enfrentado, principalmente quando se fala de um sistema de justiça extremamente congestionado, moroso e que demanda despesas orçamentárias correntes. Este impasse está diretamente ligado à superlotação do judiciário, que executam a grande quantidade de tarefas com apenas esporádicas e incidentais autoanálises por gabinetes judiciais. Neste sentido, se faz necessário superar o dogma da inafastabilidade da jurisdição, do conceito de que a tutela do direito é uma exclusividade estatal. Na prática o que temos são partes insatisfeitas, não obstante, muito há ainda de ser feito. A abordagem da proposta de desjudicialização e o enfrentamento à cultura do Judiciário Estatal no Brasil, é um tema ainda sem solução aparente, e disso, surgiu grande motivação para realização deste estudo. Por fim, convém esclarecer que somente a desjudicialização e o enfrentamento à cultura do Judiciário Estatal no Brasil, é abordada como delimitação do trabalho. Desta forma, se propõe analisar a atual circunstância dos tribunais brasileiros, e compreender o atual modelo executivo utilizado no Brasil, e desmistificar o sedimentado conceito da inafastabilidade da jurisdição e sugerir a modificação do nosso modelo executivo arcaico para um modelo predominantemente desjudicialização, com a capacitação dos operadores de direito, e também do Judiciário Estatal, incluindo os Juizados Especiais, que já atuam com conciliação, entretanto, sem um treinamento técnico de seus estagiários e seus servidores.

Palavras-chave: desjudicialização; acesso à justiça; métodos adequados. solução de conflitos.

ABSTRACT: There is a growing search for legal aid to ensure rights violated among the most diverse causes, of the most diverse complexities. The inefficiency of Brazilian courts has been the subject of debate in academic and business circles for a long time. However, it is not possible to give a surgical diagnosis of the problem faced, especially when talking about an extremely congested, time-consuming justice system that demands current

budgetary expenses. This impasse is directly linked to the overcrowding of the judiciary, which perform the large amount of tasks with only sporadic and incidental self-analysis by judicial offices. In this sense, it is necessary to overcome the dogma of the exception of jurisdiction, of the concept that the protection of law is a state exclusivity. In practice what we have are dissatisfied parts, however, much remains to be done. The approach of the proposal of dejudicialization and the confrontation of the culture of the State Judiciary in Brazil, is a theme still without apparent solution, and from this, a great motivation emerged for this study. Finally, it should be clarified that only dejudicialization and confrontation with the culture of the State Judiciary in Brazil is addressed as a delimitation of work. Thus, it is proposed to analyze the current circumstance of the Brazilian courts, and understand the current executive model used in Brazil, and demystify the sedimented concept of the inexposition of jurisdiction and suggest the modification of our archaic executive model to a predominantly dejudicialization model, with the training of law operators, as well as the State Judiciary, including special courts, which already work with conciliation, however, without a technical training of their interns and their employees.

Key word: *dejudicialization; access to justice; appropriate methods; conflict resolution.*

1. INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário vem sendo uma das únicas fontes de acesso à Justiça. Ressalta-se as dificuldades encontradas em sua aplicação prática, advinda da cultura do litígio, coloca em xeque a sua credibilidade, por acreditar que o resultado deste entendimento, culminou com a crise do Judiciário, estando ele abarrotado de processos, cada vez mais moroso e ineficiente, promovendo o caos judicial e certamente um maior obstáculo de cunho cultural.

Nossa sociedade está acostumada a levar seus conflitos para os tribunais em busca da prestação jurisdicional (judicialização); contudo, com a prática da oposição, perde-se em aceleração e efetividade processual, o que não viabiliza a melhoria da atual crise enfrentada pelos tribunais brasileiros.

A busca por alternativas e meios adequados de solução de conflitos que possam garantir o acesso à justiça é uma medida que deve ser tomada e a desjudicialização é uma forma importante de promover este acesso. A resolução de litígios já é realizada por terceiros no Brasil e em outros países europeus, a execução de títulos judiciais e extrajudiciais já é feita sem a intervenção do juiz. Os tribunais são totalmente separados do procedimento executivo vindo a intervir em situações excepcionais, quando são chamados a decidir em eventual oposição do devedor.

A sobrecarga do Poder Judiciário é um fator que prejudica a efetividade jurisdicional. Ano após ano, aumenta a quantidade de processos e ações ajuizadas por

cidadãos que buscam a solução para os seus conflitos nas diversas áreas da sua vida. Baggio e Weimer ressaltam que, a partir da Constituição Federal de 1988, foi estabelecido em nosso país o Estado Democrático de Direito, consolidando o poder judiciário como “aquele que cuida de tudo e de todos”. A partir desse pressuposto, ocorreu uma hiperjudicialização das relações sociais. Correlacionando os diferentes fatores que proporcionaram esses fenômenos. Um dos relatórios do “Justiça em Números”, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2020, indica que, em média, existem mais de 77,1 milhões de processos em tramitação em todoo poder judiciário até o ano de 2021, ou seja 90% dos conflitos utilizam como meio de resolução da demanda o judiciário tradicional.

Dessa forma, visando minimizar esses dados e proporcionar agilidade a cada caso concreto, os Poderes Legislativo e Judiciário estão buscando soluções alternativas para a solução dos conflitos entre particulares.

Com as dificuldades vistas, temos ainda, faculdades de Direito que ensinam a solucionar conflitos pela busca do consenso, pois pregam que conflito se resolve no Poder Judiciário, através de uma sentença judicial. Os alunos são treinados para litigar, a serem incisivos e a seguir até o fim, sem dar chances ao adversário, se possível.

A realidade é que os advogados não querem perder mercado de trabalho, as partes não querem ter maior custo ou tramitar suas demandas em terreno incerto e desconhecido, os Juízes não querem perder poder e o Judiciário não quer ter maior responsabilidade. Porém, essas falsas premissas não retratam a realidade jurídica e judiciária contemporânea. O próprio termo utilizado já mostra esse clima beligerante: as partes são adversárias no processo judicial.

Assim, como é possível aos operadores sanar esse anseio da sociedade, de um judiciário mais célere e menos burocrático e ainda dar segurança através dos métodos adequados de soluções de conflitos? Mais que isso: como capacitar os operadores de direito e os servidores do judiciário, que ainda relutam em litigar no judiciário estatal?

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico.

2.SISTEMA MULTIPORTAS

A adequação do sistema contencioso brasileiro aos princípios e garantias da Constituição Federal de 1988 é, sem dúvida, uma das mais relevantes inovações do Código de Processo Civil (CPC) 2015. Buscando ser compatível com os princípios do amplo acesso à justiça, o novo CPC está em alinhamento com o moderno conceito da Justiça Multiportas. O sistema multiportas, tem como inspiração o sistema norte-

americano, contém como principais características a melhoria e o incentivo dos denominados métodos adequados de resolução de conflitos.

Em resumo, tais métodos se subdividem em autocompositivos e heterocompositivos, os quais se diferenciam na medida em que um terceiro imparcial interfere na resolução do conflito, seja ao facilitar a comunicação como no caso da mediação e da conciliação, seja no ato de proferir uma decisão no exercício da jurisdição privada, se tratando da arbitragem.

Este sistema tem como ideal a desjudicialização, a partir da incitação das partes a solucionar determinado conflito de forma mais autônoma, célere, equilibrada e participativa, haja vista que, em regra, constroem em conjunto a solução mais adequada para ambas. Por isso, a ideia central é fazer com que, diante da variedade de portas, o conflito possa ser solucionado naquela que mais seadeque ao caso concreto e não naquela mais usual, ou seja, a do poder judiciário.

Nesse sentido, na teoria das múltiplas portas de Frank Sander, a porta mais adequada deve ser escolhida a partir da avaliação de alguns critérios, tais como, a natureza do conflito, o relacionamento entre as partes e o valor na disputa. Isso porque deve ser avaliado se as partes podem chegar a um consenso através da negociação ou se há a necessidade da interferência de um terceiro imparcial. Além disso, há que se observar se as partes já possuíam algum tipo de relacionamento antes da controvérsia e, até mesmo, se aquele método seria o mais adequado financeiramente a ambos.

De modo geral, tanto a negociação quanto a conciliação e a mediação são mecanismos que utilizam técnicas que buscam a autocomposição em conflitos que envolvam tanto direito patrimonial disponível quanto indisponível.

Na negociação direta, as partes assumem um protagonismo ainda maior o qual dispensa, inclusive, a presença de um terceiro facilitador de diálogos. A escolhapor esse método pode ocorrer antes mesmo de existir o conflito, por meio da cláusula arbitral, onde as partes se submetem a resolver possíveis e futuras controvérsias pela arbitragem ou por meio do compromisso arbitral, quando após o conflito as partes optam por este método hétero-compositivo.

Nesse sentido, percebe-se que tais métodos, inclusive com os incentivos trazidos pelo Novo Código de Processo Civil, asseguraram às partes a efetividadena solução da controvérsia, garantindo-lhes o direito fundamental ao acesso à justiça, vez que, tanto na arbitragem quanto nos outros métodos, os conflitos são solucionados de forma eficaz, célere e em observância à autonomia da vontade das partes.

2.1 Acesso à Justiça

Destarte, diante das informações iniciais supracitadas, compreender que o Poder Judiciário não pode ser considerado como único meio de acesso à Justiça. A questão que se traz, é a garantia a este acesso, ainda que por meio de outras vias não judiciais, em tempo razoável e de maneira efetiva.

Nesta esteira, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, abordaram as dificuldades de acesso à Justiça e apresentaram as chamadas: “ondas renovatórias de universalização do acesso a Justiça”.

A primeira onda renovatória se referia à ampliação de acesso ao judiciário, concedendo a assistência judiciária aos pobres, por meio da remoção das barreiras econômicas. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LXXIV, ao determinar que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, demonstra essa preocupação.

Já a segunda onda objetivou a proteção dos interesses difusos (proteção ambiental, do consumidor, etc.). Por último, a terceira onda renovatória apresentou um novo enfoque de acesso à Justiça, uma vez englobou perspectivas das duas primeiras ondas e buscou aprimorá-las, trouxe uma concepção mais ampla, cujo ponto central era a utilização de técnicas alternativas de resolução de conflitos, tais como: conciliação, mediação e arbitragem que não serão objetos deste estudo, aumentando as opções de forma a tornar a justiça mais acessível e apropriada a cada situação fática apresentada.

As técnicas alternativas visam à resolução prévia dos conflitos que, uma vez solucionados, certamente contribuirão para o enxugamento da máquina do judiciário o que não representa sua substituição nem tampouco a redução de seu poder, mas a possibilidade de oferecer formas aliadas de solução de demandas. Nesse contexto, surge a desjudicialização como forma de assegurar o acesso à justiça.

2.2 Desjudicialização no Brasil

O termo “desjudicialização” refere-se ao direito das partes de resolver as suas disputas fora do sistema judicial, desde que sejam legalmente competentes e tenham por objeto direitos disponíveis e que busquem soluções sem recorrer, como de costume, à tramitação habitual dos tribunais, considerada morosa.

A busca de novas estruturas para a efetiva prestação jurisdicional é evidenciada por José Augusto Delgado:

[...] Há de se educar a população para o atual estágio da denominada entrega da prestação jurisdicional, quando não mais se constitui privilégio absoluto do Estado a responsabilidade pelo

seu manejo. Há de se ter em consideração que os direitos e garantias fundamentais vistos na era contemporânea não podem receber interpretação idêntica à que se fazia em épocas passadas. Vivencia-se, na atualidade, uma transformação do modelo até então adotado para o Estado, buscando-se novas estruturas para o seu funcionamento. (DELGADO, 2000, p.28)

A discussão, no entanto, não se enquadra somente no quesito da celeridade. É necessário atentar-se aos custos incorridos, à incerteza gerada e às oportunidades perdidas enquanto se aguarda um posicionamento judicial para ter certeza do problema da falta de celeridade. Somados a esses elementos, há de se levar em conta que os custos envolvidos durante o processo não recaem somente às partes, mas também ao Estado, e no final das contas, aos contribuintes, que arcam com os custos do judiciário. (YEUNG, 2010, p. 51)

É necessário quebrar os paradigmas arcaicos e conservadores do sistema judiciário brasileiro, uma vez, que no âmbito institucional jurídico, não há espaço para dogmas. A realidade da prestação jurisdicional deve atender às demandas a fim de garantir a efetividade na busca do direito e isso apenas pode ser construído pelo uso de novas ferramentas jurídicas, aproveitando-se o útil e ainda atual e substituindo o que é obsoleto. (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 32)

Em conformidade com Araken de Assis, as prováveis causas da ineficiência judiciária se justificam em cima de três elementos: a oferta, a demanda e a ideologia. Sendo que a crise da oferta diz respeito ao desaparecimento dos órgãos judiciais, a crise da demanda é relativa ao número excessivo de demandas, cada vez mais complexas, que aportam em uma estrutura já precária e já a crise ideológica, revela-se na mentalidade dos magistrados que estão alheios à realidade vivida, tanto no quesito social, quanto no jurídico. (ASSIS, 1994, p. 11).

Humberto Theodoro Júnior disserta sobre a crise vivida pelo poder judiciário e afirmar que:

(...) é necessária a adoção de métodos modernos de administração, capazes de racionalizar o fluxo dos papéis, de implantar técnicas de controle de qualidade, de planejamento e desenvolvimento dos serviços, bem como de preparo e aperfeiçoamento do pessoal em todos os níveis do judiciário. (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 20)

A rapidez nos julgamentos não é consequência de desafogamento das vias judiciais. Este mito é apontado por Moreira, o qual suscita que “se uma justiça lenta

demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é.” (MOREIRA, 2000, p. 39)

O Brasil já se vale de opções legislativas que delegam as atividades da praxe judicial a terceiros privados e imparciais como é o caso da arbitragem, por exemplo. Porém, atualmente, pelo total desconhecimento das partes envolvidas, ainda temos entraves neste e em outros métodos de soluções de conflitos, diferentemente dos países europeus, onde a competência executiva é centralizada na figura de um agente.

Ocorre que, no Brasil, ainda é pequena a exploração de todas as possibilidades existentes e já comprovadas de alternativas ao juízo convencional. Ainda centralizamos o interesse apenas em conciliação, mediação e arbitragem, não levando em consideração outros inúmeros métodos de composição consensual de controvérsias existentes, como por exemplo, a utilização de parcerias, assessorias de acordo, julgamentos privados, julgamento sumário de júri, mediação diretiva ou não diretiva, avaliativa ou facilitadora, entre outras; são diversas as possibilidades que poderiam ser exploradas na solução de conflitos. Entretanto, no meio jurídico brasileiro, são baixos os investimentos e o incentivo na divulgação desses meios alternativos, a fim de criar caminhos novos para resolver uma excessiva judicialização, que condiz com o descrédito do judiciário tradicional, quando os interessados não recebem oportunamente a resposta desejada, quebrando, de vez, o conservadorismo vigente que não enxerga outra solução que não o processo judicial.

De imediato, poderiam, por exemplo, dirimir essa morosidade começando pelas causas menos complexas, ou seja, aqueles casos de modesto valor econômico, hipóteses repetitivas, seriam remetidos diretamente para as vias alternativas, ou seja, os chamados, Métodos adequados de Resolução de Conflitos, evitando que essa demanda chegue ao judiciário, sendo esta, uma das últimas portas.

2.3 Métodos Adequados de Resolução de Conflitos

Os métodos (portas) adequados de solução de conflitos são formas pelas quais se busca resolver um determinado conflito fora do meio judicial. Os mais utilizados hoje no Brasil são: Conciliação, mediação, arbitragem, negociação, práticas colaborativas, autocomposição e justiça restaurativa. Essas alternativas para solução de conflitos visam ser imparciais quanto á lide em questão, devendo conduzir à solução viável e satisfatória para as partes envolvidas.

Em síntese, a conciliação e a mediação são métodos conduzidos por um terceiro neutro e imparcial ao conflito e diferenciam-se, principalmente, pelo fato de que, na

mediação, presume-se a existência de relação interpessoal entre as partes anterior ao conflito, enquanto na conciliação não.

Outrossim, a arbitragem, método objeto do presente trabalho, é utilizada somente nos casos em que a controvérsia versar sobre direito patrimonial disponível. Conforme se demonstrará adiante, nesse mecanismo, as partes de comum acordo nomeiam um ou mais terceiros (árbitros), sempre em número ímpar, especialistas na matéria debatida para solucionar o conflito a partir de uma decisão denominada sentença arbitral.

O papel da negociação é restabelecer a comunicação entre as partes, a fim de que elas próprias cheguem a uma solução satisfatória. Já nas práticas colaborativas, a solução interdisciplinar é mais rápida e referente a jurisdição e pressupõe os profissionais do direito orientando seus clientes sobre outros meios de resolução de conflitos, tem-se, então, um trabalho conjunto, agregando todas as técnicas de mediação, conciliação, arbitragem e negociação, através de profissionais técnicos, especialistas em áreas específicas (finanças, psicólogos, sociólogos, engenheiros e etc), aptos a darem respostas precisas. Para que isto seja possível é importante os profissionais celebrarem um pacto de não litigância, ou seja, caso não haja acordo que os mesmos não ingressem ao judiciário.

Na modalidade de autocomposição, as próprias partes buscam restabelecer a comunicação, o que pode ser feito extra processualmente. Existindo ação judicial, o acordo vai para homologação pelo magistrado, colocando fim ao litígio.

Por fim, a justiça restaurativa que também é um método utilizado como meio de solução alternativa de conflitos, tem por objetivo apresentar uma resposta efetiva à prática de um delito, através de um foco restaurador e não apenas punitivo como ocorre com o Direito Penal atualmente vigente.

A escolha por esse método pode ocorrer antes mesmo de existir o conflito, por meio da cláusula arbitral, onde as partes se submetem a resolver possíveis e futuras controvérsias pela arbitragem, ou por meio do compromisso arbitral, quando após o conflito as partes optam por este método heterocompositivo.

Percebe-se que tais métodos, inclusive com os incentivos trazidos pelo Novo Código de Processo Civil asseguraram, às partes, a efetividade na solução da controvérsia, garantindo-as o direito fundamental ao acesso à justiça, vez que, tanto na arbitragem quanto nos outros métodos, os conflitos são solucionados de forma eficaz, célere e em observância à autonomia da vontade das partes.

3.IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

Conforme exposto, a proposta de uma jurisdição contemporânea, democrática e plural, em busca dos meios alternativos para possibilitar às pessoas o acesso aos direitos sem precisar passar pelas vias judiciais, contribui para a livre demanda que não podem ser resolvidas por este meio ou que possuem uma forma mais rápida, simples e consensual entre as partes. Mancuso ensina que:

O sentido contemporâneo da palavra jurisdição é desconectado – ou ao menos não é acoplado necessariamente – à noção de Estado, mas antes sinaliza para um plano mais largo e abrangente, onde se hão de desenvolver esforços para prevenir formação de lides, ou resolver em tempo razoável e com justiça aquelas já convertidas em processos judiciais. (MANCUSO, 2014, p. 60).

Em 2019 foi criado um programa para a prevenção e desjudicialização de conflitos, o Meta 9 do CNJ que tem por objetivo implantar ações de prevenção ou desjudicialização de litígios, voltadas aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Ela surgiu através da Agenda 2030 que é um compromisso assumido por

193 países e que consiste na criação de 17 objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas a serem atingidas até 2030, de maneira a consolidar a efetivação dos direitos humanos, dando continuidade aos 8 Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (Rio + 20). As metas e objetivos estabelecidos através do pacto internacional foram institucionalizados pelo Poder Judiciário brasileiro de forma pioneira e integrada ao Planejamento Estratégico da gestão atual e representam a tentativa dos tribunais brasileiros em prestar um serviço melhor à população, aperfeiçoando o sistema jurisdicional quanto a celeridade, a eficiência e a qualidade dos processos jurídicos.

O CNJ (Conselho Nacional de Justiça) possui algumas metas, em esforço conjunto com outros órgãos, para a ampliação e efetivação da desjudicialização. A referida meta é denominada META 9, ressaltando que, atualmente, temos um cenário temeroso de diversas causas a serem sanadas: os temidos cerca de 75 milhões de processos em trâmite, em um país com cerca de 210 milhões de habitantes, ou seja, grave problema nacional.

A priori, a depender do caso conflituoso, deve ser realizada uma filtragem sobre qual o meio mais adequado para a solução do mesmo. O professor Frank Ernest Arnold Sander da Universidade de Harvard em abril de 1976, em uma palestra na Suécia do referido ano, mostra que criou-se o sistema multiportas, utilizando alguns desses métodos, quais sejam, a arbitragem, conciliação, negociação e mediação, utilizados em vários países e atingindo pontos positivos. Sendo assim, a ideia é que precisamos prevenir e evitar conflitos e desjudicializar processos em trâmite, através de iniciativas e

convênios em busca de um cenário melhor. Nesse sentido é necessário que voltemos os nossos olhos para os métodos de solução de conflitos paralelos ao Judiciário; tais métodos não podem ser encarados como a única ou a mais eficaz possibilidade de resolução dos conflitos em trâmite no país.

A proposta inicial é realizar um projeto para contribuir no desenvolvimento da utilização dos meios adequados de solução de conflito, conjuntamente com a agenda de 2030 da Meta 9 do CNJ. O referido projeto contempla na capacitação de alunos do meio jurídico e social para a atuação como árbitros em causas de baixa complexidade e sem exigência de produção de provas para a utilização de algum dos meios de solução por meio de um precedente, como válvula de escape do Poder Judiciário.

Muitas são as soluções, mas nenhuma é mais abrangente do que a união do Poder Judiciário à Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas. Essa política judiciária tem o desafio de identificar, prever e mensurar as consequências das decisões judiciais no mundo real.

4 CURSO PROCESSUAL E O TEMPO MÉDIO DE TRAMITAÇÃO

Durante o ano de 2020, 62,4 milhões de processos tramitaram perante o judiciário, aguardando uma solução definitiva. Dessa quantia, aproximadamente 17,2% dos processos, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, totalizando 13 milhões de ações judiciais.

Mais da metade destes processos (52,3%) correspondem à fase de execução. Os dados apontam que, apesar de ingressar no Poder Judiciário duas vezes mais casos em conhecimento do que em execução, no acervo, a execução é 32,8% maior. Na execução, verifica-se que a taxa supera a do conhecimento na maioria dos casos, com congestionamento de 93,5% na execução e 70,6% no conhecimento, observa-se que quanto maior a taxa de congestionamento, menor o percentual de processos baixados em relação ao total tramitado no período. (CNJ - Justiça em Números, 2021, p. 169)

Em relação a 2019, houve a redução de cerca de dois milhões de processos, confirmando a tendência de baixa observada desde 2016. Em que pese a grande redução do número absoluto de acervo, o número absoluto de processos baixados foi 308 JUSTIÇA EM NÚMEROS 2021/ Considerações finais menor do que em 2019, tendo em vista que acompanhou de forma elástica a também redução do número de casos novos que ingressaram no Poder Judiciário

O tempo médio em cada fase do processo, nos tribunais da Justiça Estadual (ano de 2020), pode ser visualizado pelo seguinte gráfico:

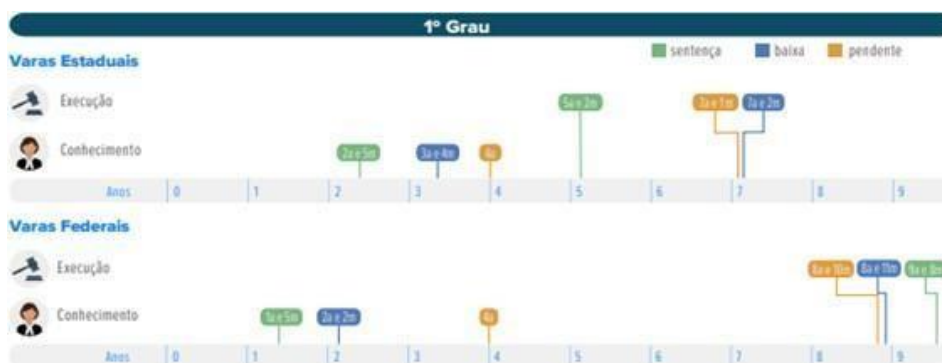


Gráfico 1- O Tempo médio de tramitação processual

Fonte: CNJ (2021, p.202)

Conforme aponta o gráfico, as maiores faixas de duração estão concentradas no tempo do processo pendente e, conforme o relatório, na fase de execução da Justiça Federal (8 anos e 7 meses) e da Justiça Estadual (6 anos e 11 meses).

A taxa de congestionamento é o índice que mede o percentual de processos que ficam estagnados sem solução, comparativamente ao total tramitado por um ano. Na Justiça Estadual essa taxa foi de 70,6% em 2020, englobando todos os processos. Em relação aos processos de conhecimento não-criminal a taxa de congestionamento é de 64,4% em 2020. Já nas execuções, mais especificamente na extrajudicial não fiscal, a taxa de congestionamento é de 87,3%, isto é, de cada 100 processos executivos, apenas 9 obtiveram êxito em 2020. O relatório indica que, na fase executiva, a concretização do direito reconhecido em sentença/título extrajudicial, que não envolvem atividades cognitivas, leva mais tempo que a fase de conhecimento, que engloba a postulação das partes, a dilação probatória e a cognição exauriente do juízo.

5. CONCLUSÃO

Neste artigo, ressaltamos que, para alcançar a proposta de desjudicialização, deve-se superar o conceito de jurisdição obsoleto vigente, entendendo que a modernização do direito processual é necessária e inevitável, principalmente, por já existirem mecanismos extrajudiciais alternativos de solução delitígios.

Assim, propõe-se a desjudicialização, proveniente de outros ordenamentos, para a solução dos problemas enfrentados pelo judiciário brasileiro e afirma-se que o movimento de modernização processual no âmbito do Poder judiciário está cada vez se tornando mais ineficaz e, como resultado, tem-se a morosidade nas soluções dos conflitos, por esse motivo, cabe ampliar o estudo das alternativas viáveis.

Pelo exposto, a hipótese foi confirmada, pois há falta de modelos adequados que criem uma válvula de escape para uma desjudicialização gratuita ou com um custo menor, com resultados mais rápidos e assertivos. Diante disso, pode-se perceber que é preciso discutir os motivos que levam à lentidão do Poder Judiciário brasileiro e suas graves implicações para a sociedade.

Além disso, em resposta ao problema apresentado, esboçamos duas soluções, uma a longo prazo: a inclusão dos métodos adequados de conflitos figurando na grade da graduação de alunos da faculdade de Direito e outros cursos correlatos e, a médio prazo, temos a adoção dos compromissos firmados como soluções na Agenda 2030.

Portanto, conclui-se que é necessário o entendimento de quais alternativas podem ser utilizadas para reverter esse cenário além das citadas no trabalho, sendo que essas medidas não são suficientes para resolver os problemas existentes no Judiciário. Em resposta ao problema apresentado, ressalta-se como solução a possibilidade da resolução de conflitos por meio online e a inclusão de profissionais estudantes do Direito para a sua ampliação e inclusão, com a criação de Mediação Acadêmica, Arbitragem Acadêmica e Conciliação Acadêmica.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken. O direito comparado e a eficiência do Sistema jurídico. *Revista do Advogado*, n. . 43, p. 9-25, jul.1994.

BAGGIO, Roberta Camineiro; WEIMER, Sarah Francieli Mello. Breves reflexões sobre as possíveis causas da hiperjudicialização das relações sociais no brasil. In: SCHWARTZ, G. A. D.; SPAREMBERGER, R. F. L. (org.). CONGRESSO NACIONAL

DO CONPEDI, 27, 2018, Porto Alegre. Sociologia, antropologia e cultura jurídicas. 27 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2018. p.176 a 195. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/9cx410bh/dZ7PS8CU8oWd2pTy.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2021.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, v. 102, p. 228-237, abr./jun. 2001.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório de atividades 2019*. https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/02/Relatorio_Anual_CNJ_2019_2020_01_22_3.pdf. Acesso em: 01 nov. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, 2. ed. v. 1, Campinas: Bookseller, 2000.

GOH, Gérardine Meishan. *Dispute Settlement in International Space Law - The Multi-Door Courthouse for Outer Space*. Boston: Martinus Nijhoff, 2007.

GOLDBERG, Stephen B. SANDER, Frank E. A. Selecting a mediator: An alternative (Sometimes) to a Former Judge. *Litigation Summer*, v. 33, n.4, p. 40-44, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LEITE, Daniel Secches Silva. *Uma nova perspectiva de acesso à justiça*, Belo Horizonte, 2021.

LONGO. Samantha Mendes; SOUZA NETTO. Antonio Evangelista. *A recuperação Empresarial e os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos*. Porto Alegre: Paixão Editores, 2020.

MANCUSO. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES. Norma Jeane Fontenelle. A desjudicialização como forma de acesso à Justiça. *Revista Âmbito Jurídico*, n. 123, abr. 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-desjudicializacao-como-forma-de-acesso-a-justica/>. Acesso em 01 nov. 2021.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização: entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, n. 199, jul./set. 2013. Disponível em:

https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril_v50_n199_p25.pdf. Acesso em 07 jun. 2021.

SANDER, Frank E. A. The future of ADR. *Journal of Dispute Resolution*, v. 2000, n. 1, p. 1-10, 1999.

SANDER, Frank E. A.; GOLDBERG, Stephen B; ROGERS, Nancy H. *Dispute Resolution Casebook – Negotiation, Mediation and other Processes*. Aspen, 1. ed., 1992.

SOARES, Elisângela. *A conciliação e a mediação como novas políticas de tratamento dos conflitos*. Disponível em:
<https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/atualidades/a-conciliacao-mediacao-como-n-ovas-politicas-publicas-tratamento-conflitos.htm>. Acesso em 11 jun. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

YEUNG, Luciana (Luk Tai). Além dos “achismos” do senso comum e das evidências Anedóticas: A uma análise econômica do judiciário. *Economia Aplicada*, v. 16, n. 4, p. 643-663, 2012.

MOVIMENTOS SOCIAIS NO PROCESSO DE INCLUSÃO SOCIAL: PESQUISA TEMÁTICA

JOSIELE SOUZA SANTOS: Bacharel em Direito e Advogada

Os movimentos sociais têm uma significativa importância no desenvolvimento da sociedade, é através destes movimentos que a sociedade evolui; a população ganha forças para participar de eventos e tomadas de decisões; conquista de direitos; e tudo aquilo quanto lhe é de seus interesses.

Como se sabe os movimentos sociais é o que fortalece a democracia, o processo de inclusão social as conquistas de direitos, e o desenvolvimento das comunidades. É através destes movimentos que se combate a corrupção, a formação de milícias, as crises econômicas e entre outras diversas situações, que tem por objetivo debater, discutir e defender questões econômicas, sociais, culturais e políticas.

Não obstante, as mudanças, reivindicações e transformações da sociedade é resultado da união de pessoas que buscaram estes méritos. É importante nota que os movimentos sociais têm enfraquecido com o decurso do tempo e os aspectos que enfraquecem este fenômeno, pode ser chamado de fraqueza do homem frente aos avanços tecnológicos e modéstias psicológica.

O objeto de estudo desta pesquisa esta voltado para a questão da inclusão social, a qual tem tido grande sucesso, graças aos movimentos sociais. A inclusão social é o termo utilizado para designar toda e qualquer política de inserção de pessoas ou grupos excluídos na sociedade.

Assim, se um grupo esta necessitando de inclusão social, é porque está lhes faltando algo que vos completam dentro da sociedade, e as necessidades mais básicas que pode acarretar a manifestação deste grupos em movimento social visando a conquista seus direitos são: saúde, educação, emprego, renda, lazer, cultura, respeito, aceitação de diferenças e etc.

A população dos anos 60, 80, 90 tinha mais empoderamento e coragem para busca suas conquistas, mesmo com as dificuldades para realizar a organização e reunião dos grupos, a maior dificuldade eram convencer as outras pessoas de suas ideias e que tinha razões no seu ideal, e diante de tantos obstáculos, elas se comprometiam lutavam e com muito trabalho conquistaram muitos privilégios que hoje a maior massa da população pode desfrutar.

Existe na atualidade várias modalidades de movimentos sociais, sendo: movimentos de classe que está voltado para as diversidade social; movimentos políticos, como o próprio nome menciona, trata união de pessoas para tratar de assuntos meramente políticos;

movimentos reivindicatórios objetiva alcançar resultados para situações que carece urgências; movimentos rurais que busca aperfeiçoamento de distribuição de terras, reconhecimento de direitos relativos a classe rural; organizações não governamentais que são as famosas ONGs, são organizações sociais que visa ampara pessoa carentes.

A grande maior história dos movimentos sociais no Brasil se deu com a revolução para combater a ditadura e a conquista da nova ordem jurídica, a Constituição Federal de 1988

Inconfidência Mineira (1789)

Guerra dos Farrapos (1835-1845)

Guerra de Canudos (1896-1897)

Revolta da Vacina (1904)

Guerra do Contestado (1912-1916)

Revolução Constitucionalista (1932)

Diretas Já (1983-1984)

Caras pintadas (1992)

No Brasil, a partir da década de 90, muitos cidadãos honestos deixaram de participar do processo político partidário. Esse afastamento foi de um prejuízo incalculável para a sociedade e para o País. Até os anos 80, nasciam nos grêmios e diretórios dos colégios e das universidades, bons políticos, mas essa riqueza foi quebrada com o Regime Militar de 64. Essa é uma das razões do péssimo nível da representação política, por termos uma juventude temerosa e despolitizada. Quando os movimentos sociais atuam de forma fragmentada não alcançaremos o Brasil que todos sonham.

Estabelecer uma definição precisa que o movimento traduz todo um processo que tem raízes no passado, que se constrói no cotidiano com ampla participação popular, e que não tem um ponto predeterminado de início e chegada. Como todo processo de luta social, contém suas próprias contradições. Avanços, recuos, derrotas e conquistas. Para os movimentos sociais cumprirem papel mais elevado no cenário político precisam ter perspectivas mais avançadas de sociedade.

Só poderemos formar cidadãos e futuras lideranças, ensinando as crianças desde as primeiras letras a serem cidadãos com educação em tempo integral. Cadê o incentivo do governo ao Escotismo, Bandeirantes, Escola Liceu de Artes e Ofícios, dentre outras com o modelo de aprendizagem dessas instituições?

As lutas sociais darão o tom político na próxima década no Brasil, o ambiente democrático que vivemos é propício à elevação da consciência política do povo e a sua mobilização social num patamar mais avançado de luta de classes, visando o aprofundamento da democracia e acelerar o crescimento social no País dentro de um novo cenário de desenvolvimento é a principal tarefa dos movimentos sociais na atualidade. Neste ambiente de lutas que a democracia será fortalecida, ampliando os direitos sociais e a soberania nacional. É neste ambiente também que estaremos atuando e contribuindo na construção de um Brasil melhor.

REFERÊNCIA

ALMEIRA, R. C. M. de. **Cidadania das pessoas com deficiência visual no Estado de Goiás-ADVEG: trajetória, organização e discurso.** 2009. Dissertação (Mestrado em Educação) Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2009.

ARAÚJO, R. M. **Empoderando pais para a luta pelos direitos de seus filhos com deficiência: pesquisa-ação emancipatória.** Tese (Doutorado em Educação Especial) Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2011.

BAPTISTA, C.R. **A educação especial no Sul do Brasil: reflexões sobre a produção de conhecimento nos programas de pós-graduação em educação.** In: QUARTIERO, E.M. e SOMMER, L. H. (Orgs). Pesquisa, educação e inserção social: olhares da região sul. Canoas: Editora da ULBRA, 2008

BRITO, F. D. de. **O movimento social surdo e a campanha pela oficialização da Língua Brasileira de Sinais.** Tese (Doutorado em Educação). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

GARCIA, M. I. S. **Movimento social dos surdos: interseções, atravessamentos e implicações.** Tese (Doutorado em Sociologia e Antropologia). Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011.

GOHN, M. G. **Teorias dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos.** São Paulo: Loyola, 1997.

GOHN, M. G. **Movimentos sociais no início do Século XXI: antigos e novos atores sociais.** Petrópolis: Vozes, 200

PENSANDO O DIREITO EMPRESARIAL: O TÍTULO AO PORTADOR, A NOTA PROMISSÓRIA, O BOLETO, A DUPLICATA E O CHEQUE

ALEXANDRA GOMES DOS SANTOS MATOS:

Mestra e graduada em Letras Vernáculas pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Teve dissertação de mestrado aprovada com Distinção e Louvor, além de ser advogada, inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), na seção da Bahia, subseção em Santo Antônio de Jesus, bem como em suas redondezas.⁸⁸

Resumo: O presente trabalho partiu desta problemática: quais requisitos legais para que um título de crédito seja assim constituído? A hipótese apresentada expôs ser necessário que ele seja instituído por lei. A outra considerou que o título deva possuir certeza, liquidez e exigibilidade. O objetivo geral, apresentar os títulos de créditos, exibindo as suas especificidades. O primeiro objetivo específico, demonstrar as principais características dos títulos de créditos, com ênfase em sua força executiva. O segundo, explicar as principais peculiaridades do título ao portador, da nota promissória, do boleto, da duplicata e do cheque. Por fim, o terceiro, especificar quais sejam os requisitos essenciais para que os títulos sejam assim constituídos, em sua força executiva. Esta proposta apresenta a disseminação desse conhecimento, que é de sumo relevo. Pois, a perda do prazo para a propositura de execução faz com que a cártula se destitua de seu valor executivo. A pesquisa foi bibliográfica, com coleta de dados qualitativa. Durante o artigo, verificaram-se os principais requisitos para que se tenha a constituição de um título de crédito, nos termos da Lei, quais as vantagens que norteiam esse instituto jurídico, bem como os motivos que podem fazer a sua função executiva não prosperar.

Palavras-Chave: Título de Crédito; Execução; Requisitos; Direito Empresarial.

⁸⁸ É professora efetiva de Língua Portuguesa, de Literatura Brasileira e de Direito Constitucional, na condição de Servidora Pública da Secretaria de Educação do Estado da Bahia, bem como de docente do Colégio Santo Antônio de Jesus (Sistema COC de Ensino), além de ser membra do Grupo de Pesquisa Múltiplas Linguagens da UNEB, campus V. É bacharela em Direito, especialista em Estudos Linguísticos e Literários pela Universidade Federal da Bahia, em Direito Educacional, além de Educação e Direitos Humanos pela Faculdade Futura, assim como é pós graduanda em Advocacia Cível pela Escola Superior de Advocacia Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Já atuou como Parecerista em Revista de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto, foi Diretora Executiva e Coordenadora do Curso de Letras da Faculdade Zacarias de Góes, dentre outras atividades relevantes em Direito Educacional. Telefone 75-981398407 / allmattos@yahoo.com.br / Assinante trimestral, com data de início e efetivação do pagamento correspondente, em 21 de dezembro de 2021.

Abstract: The work starts from this issue: what legal requirements for a credit instrument to be constituted in this way? The hypothesis presented shows that it is necessary for it to be instituted by law. The other considers that the security must have certainty, liquidity and enforceability. The general objective is to present the titles of credits, showing their specificities. The first specific objective is to characterize the main characteristics of debt securities, with an emphasis on their executive strength. The second is to explain the main characteristics of bearer bonds, promissory notes, bank slips, duplicates and checks. Finally, the third, specify what are the essential requirements for the titles to be constituted in this way, in their executive force. This proposal presents the dissemination of this knowledge, which is extremely important. Because, the loss of time for the execution proposal makes the cartula deprive of its executive value. The research was bibliographical, with qualitative data collection. During the article, the main requirements for the constitution of a credit instrument are verified, under the terms of the Law, which are the advantages that guide this legal institute, as well as the reasons that may make its executive function not prosper.

Keywords: Credit Title; Execution; Requirements; Business Law.

Sumário: 1. Introdução – 2. O título ao portador – 3. O boleto e a duplicata – 4. O cheque – 5. Considerações finais – Referências.

1 INTRODUÇÃO

O artigo 783, *caput*, do Código Civil (CC) estabelece, como requisito de execução para cobrança de crédito, o título de obrigação certa, líquida e exigível. O artigo subsequente do mesmo diploma enumera quais sejam os títulos executivos extrajudiciais que, por força de lei, dispensam a fase processual de conhecimento, sendo processados logo por ação de execução. A lei regula os requisitos essenciais para que seja constituído cada título de crédito.

Desse modo, a cambial perde a eficácia de título, perdendo a liquidez e a certeza, caso não contenha um de seus requisitos essenciais, sem devido preenchimento, por pessoa de boa-fé, até a data da cobrança ou do protesto, vide súmula 387 do Supremo Tribunal Federal (STF) e artigo 891 do CC. O inciso XII do artigo 784 do CC vem corroborar tudo quanto o exposto, ao preceituar que a incidência de mais títulos, além dos elencados, deve ser, por disposição expressa da lei, a qual atribui força executiva às cártulas.

Com base nesse entendimento, o presente trabalho partiu da seguinte problemática: quais requisitos legais para que um título de crédito seja assim constituído? A hipótese apresentada expôs ser necessário que ele seja instituído por lei, corroborando os dispositivos legais supramencionados. A outra considera, na mesma linha, que o título deva possuir certeza, liquidez e exigibilidade.

O objetivo geral desta pesquisa consistiu em apresentar os títulos de créditos, exibindo as suas especificidades. Para tanto, o primeiro objetivo específico teve como meta caracterizar os títulos de créditos, com ênfase em sua força executiva. O segundo, por sua vez, explicar as principais peculiaridades do título ao portador, da nota promissória, do boleto, da duplicata e do cheque. Por fim, o terceiro, especificar quais sejam os requisitos essenciais para que os títulos sejam assim constituídos, em sua força executiva.

Esta proposta apresenta a disseminação desse conhecimento, que é de sumo relevo. Pois, a perda do prazo para a propositura de execução faz com que a cártula se destitua de seu valor executivo. O estudo desse assunto a partir do referido ângulo faz o trabalho ter um caráter inovador, por não ser recorrente esse viés educativo, que se esmera em apresentar o direito empresarial com uma linguagem mais acessível.

A pesquisa foi bibliográfica, nos termos de Gil (2002), com coleta de dados qualitativa, segundo leciona Chizzotti (2003), como o mais recomendável em se tratando de Ciências Sociais Aplicadas. Inicialmente, abordou-se sobre a nota promissória. Ato contínuo, foi apresentado o título ao portador. Em seguida, foi exposta a diferença entre boleto e duplicata. Por fim, apresentaram-se as considerações finais do presente trabalho.

2 A NOTA PROMISSÓRIA

A nota promissória consiste em uma promessa de pagamento, de valor determinado, emitida pelo devedor ao credor. A ela, são estendidas as mesmas características inerentes às aplicadas ao título de crédito, a saber: cartularidade, autonomia e literalidade.

A cartularidade reporta-se a existência física ou equivalente do título que precisa existir como elemento efetivo e representativo do crédito. A autonomia garante a plena negociabilidade dos títulos de crédito, representa a independência das obrigações vinculadas a uma mesma cártula. A literalidade traz consigo, por seu turno, a formalidade e o rigor do que deve estar expresso no título de crédito, pois determina o seu conteúdo e a sua extensão.

A nota promissória, segundo regula o Decreto 57.663/66, no artigo 75, tem os seus requisitos essenciais, a saber: a denominação "nota promissória", promessa de pagar determinada quantia, nome do beneficiário, data de emissão e assinatura do emitente. Quando um desses quesitos está em branco, o título de crédito não terá o efeito a que se destina, salvo se a cambial emitida ou aceita com omissões for completada pelo credor de boa-fé antes da cobrança ou do protesto, em conformidade com o que preceitua a súmula 387 do STF, cujo entendimento foi disposto também pela inteligência do artigo 891 do CC.

Consoante ao fato de ser título de crédito, a nota promissória é revestida de liquidez, certeza e exigibilidade, o que a define como título executivo extrajudicial e, por isso, legitima a ação de execução. Não obstante, ela perde a eficácia de título de crédito, ficando isenta de liquidez e certeza, o que implica na cobrança por meio de ação ordinária, caso não contenha um de seus requisitos essenciais, sem devido preenchimento, por pessoa de boa-fé, até a data da cobrança ou do protesto.

2 O TÍTULO AO PORTADOR

Segundo Tomazette (2017), título ao portador é aquele cuja transferência se faz por simples tradição (entrega física) da cártula, não sendo feita a identificação do nome da pessoa beneficiária. Nesses termos, quem com ele se apresentar será considerado titular dos direitos, por ter sido feita a transmissão da posse do documento. É a forma menos segura, porque, se houver o extravio do título, perde-se também o crédito. No Brasil, a Lei 8.021/90 (art. 4º) proibiu os títulos ao portador. Não obstante, o CC de 2002 permitiu novamente, com a seguinte ressalva: caso o portador se identifique, sem que indique a pessoa a quem o título deverá ser pago, tornará coobrigado pelo pagamento, ao lançar sua assinatura no verso do título.

Em outras palavras, é possível ilustrar toda teoria, até aqui exibida, em uma situação prática com a finalidade de facilitar o entendimento do interlocutor, nos termos do exemplificado pelo professor doutor Fábio Gabriel Oliveira, quando ministrou aula, na Faculdade de Ciências Empresariais, em 2019. Segundo suas palavras, Emilly emitiu uma nota promissória ao portador, passando-a para Vitória. Frise-se que esse título, em específico, não pode ser ao portador, embora seja admissível essa transformação por meio de um endosso em branco. Vitória, ao receber o título de crédito, passou, por tradição, para Bruna.

Emilly se vinculou, na condição de emissora de título de crédito, como pagadora principal, na situação de uma ação judicial, não ocorrendo vinculação com Vitória, por ter feito transmissão de posse por mera tradição. Bruna fez endosso translativo para Grazielle que, por ser menor impúbere, ou seja, absolutamente incapaz, não pode ser polo da demanda passiva em uma ação judicial, o mesmo não se aplica à Bruna que passa a ser codevedora do título em epígrafe.

Entretanto, Creuza, ao receber de Grazielle o título, exigiu avalista. Nesse caso, Andréa avalizou Grazielle em preto, assumindo, portanto, o papel de codevedora em caso de solvência. Quando Creuza pretendeu passar o título para Milena, esta exigiu dois avalistas. Renata avalizou, em preto, antecipadamente, comportando-se como codevedora também, o mesmo não se aplicando à Creuza, não endossou antes, pelo fato de Luan ter roubado a nota promissória, e à Gabriela que prestou aval em branco e não o antecipou.

Luan, por seu turno, não fez assinatura dele nem de ninguém e passou, em preto, para Tedesco. Mateus, funcionário do referido lugar, mesmo sem autorização para tanto, endossou em preto, para Marcelo. Luan e Tedesco não respondem como codevedores, não podendo figurar o mesmo com Mateus que assume a responsabilidade pessoal, por ter representado a Tedesco em uma declaração cambial, sem o devido poder para isso. Marcelo endossou sem garantia para Fabrine, ato que não o vincula como endossante na condição de coobrigado. Fabrine, que também não tem o papel de codevedora, por ser a mandatária da cobrança do título, por endosso mandato, transfere os seus poderes para Bruno.

Em suma, devem ser cobrados por esse título de crédito: Emilly, Bruna, Andréa, Renata e Mateus, sendo que Bruno deverá restituir à sua mandatária, Fabrine, em caso de recebimento, corresponde ao valor que foi incumbida de obter, por mandato. Assim, Luan responde criminal e civilmente, pelos danos morais e/ou materiais que tenha causado, Emilly é devedora principal, Renata e Andréa são avalistas, ao passo que Bruna e Mateus são endossantes.

Destarte, cabe ação de execução contra Emilly, Renata, Andréa, Bruna e Mateus pelo fato de a promissória tratar-se de título extrajudicial que dispensa a fase de conhecimento. Os cinco são solidários e não gozam do benefício da ordem, como ocorre na fiança, nos contratos de locação. Mas, cabe ação de regresso, de forma cronológica, do coobrigado que tenha efetuado o pagamento, desde que tenha sido cobrado o valor ao devedor principal e, diante do não pagamento dele, tenha havido protesto do título.

Por oportuno, o tempo para prescrição de ação de execução é de três anos, a ser contado da data de vencimento da cártula. Após isso, não é permitida mais a cobrança como título executivo extrajudicial, podendo caber ação monitória, cuja prescrição é de cinco anos, a ser contado do dia subsequente ao do vencimento, intermediária entre processo de conhecimento e de execução, vide súmula 503 do Superior Tribunal de Justiça, ou pode caber ação ordinária de enriquecimento ilícito, que tem prazo prescricional de três anos, a ser contado do dia posterior ao do vencimento da execução, é subsidiária, pressupõe a existência de um título de crédito desonerado da responsabilidade cambial e que corresponda a efetivo enriquecimento seja do aceitante, seja do sacador, ou, ainda, pode caber a ação de cobrança, com decurso de prescrição de dez anos, a ser contada da data do vencimento da cártula, ação de conhecimento que segue todas as fases do procedimento comum.

Assim, os coobrigados só restam vinculados ao pagamento, por meio de ação de execução, se houver protesto, salvo em caso de o protesto obrigatório ser dispensado como direito de ação, isto é, quando o sacador, endossante ou avalista colocar cláusula "sem despesas" ou "sem protesto". Em tempo, salienta-se que, na ação cambial, apenas despesas, correção monetária e juros poderão ser inclusos na cobrança do valor principal.

Dito isso, resta claro que eventual condenação para pagamento de multa ou indenização por perdas e danos deverá ser apreciada em ação de conhecimento própria. Por conseguinte, é oportuna ainda a reflexão de que a nota promissória perde o status de título extrajudicial, o que implica na cobrança por meio de ação ordinária, em caso de não incidência da súmula 387 do STF e do artigo 891 do CC, já mencionados, caso em que a cambial é aceita com omissão de informação essencial, sem que tenha sido feito devido preenchimento, por pessoa de boa-fé, até o dia da cobrança ou do protesto.

3 O BOLETO E A DUPLICATA

Boleto e duplicata, nos termos de Teixeira (2018), possuem normas de aplicação distintas que não se confundem. Esta é título de crédito criado a partir de uma compra e venda mercantil, sendo emitida pelo vendedor contra o comprador que efetuará o pagamento. Já aquele é um documento enviado pela instituição financeira, a partir de dados transmitidos pelo credor, para que este efetue cobrança de um determinado valor devido pelo cliente.

Apesar das diferenças existentes entre eles, é comum que se propale a conceituação inadequada de boleto bancário como duplicata. O primeiro trata-se de modalidade que pretende facilitar o recebimento pelo credor e o pagamento pelo devedor, sendo a sua normatização regulada pelo Banco Central, por meio do Manual de Normas e Instruções. A segunda é um título de crédito, conforme dispõe a Lei 5.474/1968 e o Decreto-lei 436/1969. Por isso, detém as características de literalidade, liquidez e exequibilidade, sendo passível de ação de execução e protesto.

Outra característica peculiar à duplicata mercantil ou de prestação de serviços é o fato de ser título causal, isto é, dependente da emissão de uma fatura, nota fiscal de venda ou prestação de serviços, enquanto o boleto configura-se como mero instrumento de cobrança, não podendo, por exemplo, ser protestado.

Porém, tornou-se prática comum o protesto do boleto bancário sob o fundamento de que se trataria de uma duplicata. Esta pode ser protestada por falta de pagamento, de aceite ou por devolução. A ausência dos dois últimos implica a não apresentação da cártula física para protesto, podendo ser substituída por comprovantes de entrega da mercadoria ou da prestação de serviço, o que configuraria o protesto “por indicação”.

Há tempos, a duplicata tem se desprendido de suas regras ordinárias, aderindo a dinâmica introduzida pelo advento da informática. Assim, os empresários têm deixado de emitir duplicatas em papel, passando a emitir uma relação das duplicatas por meio eletrônico, *borderô*. Nesta, constam os números das duplicatas, correspondendo-os ao das

respectivas notas fiscais-faturas. Os bancos recebem o *borderô*, por via eletrônica, e emitem o boleto bancário, com os dados dos sacadores, encaminhando-os aos devedores.

Em caso da não efetivação desse pagamento, o banco comunica-se com o Tabelionato de Protesto, também por via eletrônica, para indicação dos dados do título, ao invés de apresentar o próprio título impresso em papel ou o seu respectivo boleto bancário, para efetuar o protesto “por indicação”. O comprovante da entrega da mercadoria ou prestação de serviços é substituído por uma declaração do sacador informando que tal documento encontra-se em sua posse, a fim de exonerar o banco da reponsabilidade.

Diante do exposto, verifica-se que um boleto bancário somente pode ser levado a protesto, se contiver todos os dados da nota fiscal e da duplicata que ocasionou a “indicação”. Esses documentos ficam em poder do credor, com comprovação da recusa. Caso o boleto bancário seja levado a protesto, sem observância desse procedimento, trata-se de protesto indevido.

4 O CHEQUE

O cheque é uma evolução da letra de câmbio, sendo ordem de pagamento à vista, emitida (sacada), considerando a provisão de fundos suficiente, em favor próprio ou de terceiros. Embora seja um título pagável à vista, o cheque de mesma praça de apresentação, isto é, mesmo município de emissão e de pagamento da cártula, deve ser apresentado para compensação 30 dias após a sua data de emissão. Todavia, se for de praça distinta, ou seja, município de emissão e de pagamento diferentes, o prazo é de 60 dias.

Para a ação cambiária (execução judicial), o prazo prescricional, segundo Tomazette (2017), é de seis meses, acrescido do prazo para se levar à compensação. Sendo assim, de acordo com o já exposto, o entendimento jurisprudencial é o de que a prescrição seria de sete meses para cheques de mesma praça e de oito meses para os de praça diversa. No caso de o cheque haver prescrito, cabe outras ações, como a monitória, a de enriquecimento ilícito e a de cobrança, a depender das circunstâncias que cada contexto fático apresente. Embora a prescrição do cheque haja o impeditivo no caso da ação de execução, não retira o direito de crédito que ele representa.

Após o vencimento do prazo prescricional, não é permitida mais a cobrança como título executivo extrajudicial. Nesse caso, pode caber ação monitória, cuja prescrição é de cinco anos, a ser contado do dia seguinte à data do vencimento da emissão da cártula, vide súmula 504 do Superior Tribunal de Justiça, a intermediária entre processo de conhecimento e de execução, ou pode caber ação ordinária de enriquecimento ilícito. Esta tem prazo prescricional de três anos, a ser contado da data de vencimento do prazo para

que se efetue a execução, é subsidiária, pressupõe a existência de um título de crédito desonerado da responsabilidade cambial e que corresponda a efetivo enriquecimento da outra parte. Pode, ainda, caber a ação de cobrança, com decurso de prescrição de dez anos, a ser contado da data do vencimento da emissão da cártula. Por fim, há também a possibilidade de caber ação de conhecimento, seguindo todas as fases do procedimento comum.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente ao exposto, nota-se que as duas hipóteses aventadas para esta pesquisa são verdadeiras, corroborando a ideia de que o título de crédito deve ser instituído por lei. Nesse ritmo, foram apresentadas as idiossincrasias de cada instituto jurídico, em se tratando de semelhanças e diferenças que possuam entre si, a saber: a nota promissória, o título ao portador, o boleto e a duplicata, assim como o cheque. Para cobrança de crédito, com força executiva, o título deve ter obrigação certa, líquida e exigível.

Nesses termos, a fase de conhecimento é dispensada, sendo processados logo por ação executiva, desde que satisfeitos os requisitos essenciais, regulados pela Lei, para que seja constituído os tipos de título de crédito. Insta considerar, como analisado, que cada um deles possui as suas peculiaridades, devendo o operador jurídico deter atenção para elas, sob pena de perder a sua força executória.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto n.º 57.663**. Promulga as Convenções para adoção de uma lei uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias. **Brasília, de 24 de janeiro de 1966**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d57663.htm. Acesso em: 21 dez. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei* n.º 436. Revoga o § 2º do art. 1º da Lei número 5.474, de 18 de julho de 1968, modifica a redação de seus artigos 13, 14, 16, 17 e 20 e dá outras providências. Brasília, 27 de janeiro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0436.htm. Acesso em: 21 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 5474**. Dispõe sobre as Duplicatas, e dá outras providências. Brasília, 18 de julho de 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5474.htm. Acesso em: 21 dez. 2021.

BRASIL. *Lei* n.º 8021. Dispõe sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais, e dá outras providências. Brasília, 12 de abril de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8021.htm. Acesso em: 21 dez. 2021.

BRASIL. *Lei n.º 10.406*. Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm#:~:text=LEI%20N%20o%2010.406%2C%20DE%2010%20DE%20JANEIRO%20DE%202002&text=Institui%20o%20C%3%B3digo%20Civil.&text=Art.,e%20deveres%20na%20ordem%20civil. Acesso em: 21 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 503*. O prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de cheque sem força executiva é quinquenal, a contar do dia seguinte à data de emissão estampada na cártula. STJ, 10 de fevereiro de 2014. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/SUM_503_2S.pdf. Acesso em: 21 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 504*. O prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de nota promissória sem força executiva é quinquenal, a contar do dia seguinte ao vencimento do título. STJ, 10 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stj&num=504>. Acesso em: 21 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 387*. A cambial emitida ou aceita com omissões, ou em branco, pode ser completada pelo credor de boa-fé antes da cobrança ou do protesto. Sessão Plenária de 3 de abril de 1964. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula387/false>. Acesso em: 21 dez. 2021.

CHIZZOTTI, A. A pesquisa qualitativa em ciências humanas e sociais: evolução e desafios. *Revista Portuguesa de Educação*, 2003, 16(2), p. 221-236, 2003, Universidade do Minho.

GIL, A. C. *Como elaborar projeto de pesquisa?* 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

OLIVEIRA, F. G, ministrando aula de Direito Empresarial na Faculdade de Ciências Empresariais. Santo Antônio de Jesus, 2019.

TEIXEIRA, T. *Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TOMAZETTE, M. *Curso de direito empresarial: Títulos de crédito*, v. 2, 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO: FUNÇÃO ESSENCIAL AO ACESSO À JUSTIÇA.

BRENNO AUGUSTO FREIRE MENEZES:

Especialista em Direito Constitucional (2021). Especialista em Direito e Processo do Trabalho (2020). Analista Processual no Ministério Público do Trabalho em Rondônia (Porto Velho).

RESUMO: A presente pesquisa pretende apresentar as funções institucionais do Ministério Público previstas na Constituição Federal, legislações infraconstitucionais e na Jurisprudência dos Tribunais Superiores do país, além da sua atuação na esferas extrajudicial, autocompositiva e social, o que torna o órgão, função essencial ao acesso à justiça. Será apontado um breve histórico da evolução funcional do órgão ministerial desde a Constituição da República de 1824 até a nossa atual Constituição promulgada em 1988, a qual alçou ao Ministério Público o status de função essencial à justiça. Será destacado ainda os princípios basilares da instituição e sua organização na Carta Maior, além de uma breve síntese a respeito do acesso à justiça sob à ótica da doutrina internacional. Por conseguinte será exposta a vultuosa atuação do *Parquet* em suas diferentes esferas: judicial, extrajudicial, autocompositiva e social. Referida pesquisa pretende apresentar a sociedade a atuação do Ministério Público e o seu papel fundamental para o alcance do acesso à justiça por toda a coletividade.

Palavras-chave: Ministério Público. Acesso à justiça. Funções Institucionais. Coletividade.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Breve histórico e evolução funcional do ministério público nas constituições brasileiras 3. Princípios institucionais e organização do ministério público 4. Acesso à justiça 5. Estudo das modalidades de interesses 6. O ministério público e suas funções institucionais essenciais ao acesso à justiça 7. Considerações finais

1. Introdução

Não restam dúvidas, que o Ministério Público é uma das instituições brasileiras que mais avançaram em relação a sua atuação institucional, figurando em várias Constituições Pretéritas como órgão pertencente aos poderes Executivo e Judiciário, alçando na Carta Magna de 1988 o status de função essencial à justiça.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao órgão ministerial a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, difusos e individuais indisponíveis. Tais atribuições, com sua independência e autonomia em relação aos demais poderes, colocam a instituição em patamar superior em comparação com outras legislações do mundo.

O Ministério Público, é provavelmente, de todas as instituições da área jurídica, a que detém, hoje, o maior rol de atribuições e responsabilidades em termos de defesa de ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. No exercício dessas atribuições, acaba por desenvolver importante atribuição de controle de legalidade de atos praticados pelas autoridades públicas de todos os níveis. (RIBEIRO, 2010, p.8).

Atualmente, tem o *Parquet* o dever de impedir o uso seletivo das normas, democratizando cada vez mais o acesso à justiça e se opondo a qualquer interesse político que se afastem das premissas trazidas pela Carta Maior.

Todavia, toda essa evolução funcional foi gradativa, conforme se observará na presente pesquisa, que traçara um breve histórico da evolução funcional do *Parquet* frente a Carta Maior, desde a sua primeira, nascida em 1824, até a atual, promulgada em 1988, que tornou o Ministério Público, uma das grandes instituições constitucionais de promoção social, de forma que a sua atuação institucional está relacionada aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecidos de forma expressa no artigo 3º da Constituição de 1988, tais como a criação de uma sociedade justa livre e solidária, a diminuição das desigualdades sociais, a erradicação da pobreza etc.

A referida pesquisa buscará trazer ao conhecimento, a atuação do órgão ministerial e demonstrar que a práxis da instituição é ainda maior que função essencial à justiça, figurando como função essencial ao acesso à justiça da coletividade.

Inicialmente será abordada de forma sintética um breve histórico do órgão ministerial nas Constituições Brasileiras e sua evolução funcional no texto das Cartas Maiores.

Em seguida, será realizada uma abordagem dos seus princípios institucionais e a sua organização. Será possível observar ainda, um breve debate a respeito do tema acesso à justiça e o encaixe das ondas de justiça propostas por Mauro Cappelletti a atuação do órgão ministerial.

89 **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.

Por derradeiro, será abordado de forma mais ampla a notável atuação do Ministério Público nas suas diferentes áreas nas esferas: judicial, extrajudicial, autocompositiva e social.

É toda a atuação do órgão ministerial que se pretende expor de forma detalhada ao decorrer da presente pesquisa

Salienta-se que para o desenvolvimento do presente trabalho foram levantadas informações em diversas fontes, não só legislação vigente, como também em grandes obras doutrinárias relacionadas a temática, além da jurisprudência atualizada dos Tribunais Superiores do país.

2. Breve histórico e evolução funcional do ministério público nas constituições brasileiras

2.1 breve histórico

Muito se discutiu e ainda se discute na doutrina sobre o surgimento do Ministério Público na história mundial, alguns indicam que sua formação inicial se deu há mais de quatro mil anos, como funcionário real no Egito Antigo, o qual tinha o dever de proteger os cidadãos do bem, castigando aqueles que fossem rebeldes, outros apontam seu surgimento na Antiguidade Clássica, ou na Idade Média.

Existidas as divergências, (LENZA, 2020, p.969), aponta que a doutrina majoritária, leciona que o surgimento do *Parquet* se deu na figura dos Procuradores do Rei do direito francês na Ordenança do Rei da França, Felipe IV, que prestavam o mesmo juramento dos juízes no sentido de estarem proibidos de exercer outras atividades e patrocinar outras causas, senão as de interesse do rei.

Conforme leciona (MAZZILLI, 201, p.38), foi só na Revolução Francesa que o Ministério Público fora mais bem estruturado, enquanto instituição, visto que foi conferido garantias a seus integrantes. É inegável a influência do direito francês na formação do órgão ministerial, inclusive foi da França que surgiu a expressão, inclusive muito utilizado pelos brasileiros: *Parquet*, para referir-se à instituição.

Importante pontuar também a importância do direito português sobre a origem do Ministério Público Brasileiro, por meio das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

De acordo com (ARAUJO e NUNER JR.,2009, p.409), O Alvará de 7 de março de 1609, o qual criou o Tribunal de Relação da Bahia, foi a primeira legislação brasileira a abordar a função do Ministério Público.

Pois bem. Feita uma breve síntese sobre as origens do órgão ministerial, importa também discutir a sua evolução funcional nas Constituições Brasileiras, o que será feito no tópico a seguir exposto.

2.2 evolução funcional do parquet nas constituições da república

2.2.1 Constituição Federal de 1824

A primeira Constituição Brasileira, conhecida como a “Constituição do Império” não faz menção ao Ministério Público no seu texto, trazia apenas em seu artigo 4890 a figura do Procurador da Coroa e Soberania Nacional, o qual guardava a função de acusar nos crimes os cidadãos que não pertencessem à Câmara dos Deputados.

Todavia, não se pode olvidar, conforme doutrina de (LENZA, 2020, p.971), que outras legislações fizeram referência de forma mais específica ao Promotor Público, destacando-se o Código Criminal de 1830, que no seu artigo 132 falava em atribuição de acusação ao promotor nos crimes lá especificados e o código de Processo Penal de 1932, trazia em diversas passagens atribuições do Promotor Público, como a de denunciar os crimes públicos, os crimes de redução à escravidão, cárcere privado, homicídio, dentre outras.

2.2.2 Constituição Federal de 1891

De maneira muito tímida, a Carta de 1891, tratou do Procurador-Geral da República, no Título que disciplinava o Poder Judiciário, o qual era designado pelo Presidente da República dentre os membros do Supremo Tribunal Federal.

As atribuições do PGR deveriam ser definidas na lei, e a Carta Maior de 1891, previa apenas uma atribuição a ele, no artigo 8191, qual seja, a possibilidade de requisição, de ofício e a qualquer tempo, a revisão criminal.

2.2.3 Constituição Federal de 1934

90 Art. 48, CF de 1824. No Juízo dos crimes, cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados, acusará o Procurador da Corôa, e Soberania Nacional

91 **Art 81, CF de 1891** - Os processos findos, em matéria crime, poderão ser revistos a qualquer tempo, em benefício dos condenados, pelo Supremo Tribunal Federal, para reformar ou confirmar a sentença.

§ 1º - A lei marcará os casos e a forma da revisão, que poderá ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo, ou ex officio pelo Procurador-Geral da República.

§ 2º - Na revisão não podem ser agravadas as penas da sentença revista.

§ 3º - As disposições do presente artigo são extensivas aos processos militares.

Somente na Constituição de 1934, o *Parquet*, adquire verdadeiro status constitucional, deixando de figurar no título do Poder Judiciário, passando a constar como órgão de cooperação das atividades governamentais.

A Carta de 1934 preocupou-se mais profundamente com o Ministério Público, regulando-o no Título I (Da organização Federal), Capítulo VI (Dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais), Seção I (Do Ministério Público). Entre importantes normas, a Constituição Federal previu a existência de Ministérios Públicos na União, no Distrito Federal e Territórios, e nos Estados, a serem organizados por lei (artigo 95). (DE MORAES, 2003, p.396)

Não havia mais necessidade de o Procurador-Geral da República fazer parte do Poder Judiciário para ser nomeado, e sua nomeação passou a ser feita Pelo presidente da República após ser sabatinado pelo Senado Federal. Após nomeado, o PGR faria jus a remuneração igual aos membros do Supremo Tribunal Federal, todavia, sua demissão seria possível *ad nutum*.

Havia previsão de forma inédita de concurso público para ingresso na carreira dos membros do Ministério Público Federal, que adquiriam estabilidade, só perdendo o seu cargo nos casos de sentença judiciária com trânsito em julgado ou processo administrativo, que lhe ofertasse ampla defesa.

Dentre as atribuições previstas aos membros do órgão ministerial, destacavam-se: a atribuição do Procurador-Geral da República comunicar a decisão da Suprema Corte de inconstitucionalidade ao Senado Federal, a legitimidade exclusiva do PGR para ajuizamento de ADI interventiva, além da possibilidade de requerer revisão de processos em matéria criminal, inclusive os eleitorais e militares e a competência de interpor recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal nas hipótese previstas na Carta.

Houve ainda a previsão do Ministério Público Militar e Eleitoral e o surgimento da regra do “quinto constitucional” aos advogados e membros do *Parquet* na composição dos Tribunais superiores.

2.2.4 Constituição Federal de 1937

A carta outorgada por Getúlio Vargas trouxe total retrocesso em relação a previsão do Ministério Público como instituição, havendo tratamento vago e escasso.

A forma de nomeação do PGR era a mesma da carta anterior, que voltou a ser previsto no Título do Poder Judiciário.

Houve a previsão de interposição por parte do Ministério Público de interpor Recurso Ordinário nas hipóteses de última ou única instância denegatória de Habeas

Corpus, além da previsão inédita de competência do órgão em âmbito estadual de representação em juízo da Fazenda Federal.

A regra do “quinto constitucional” fora mantida e o PGR passou a ser processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal nas hipóteses de crimes comuns e de responsabilidade.

2.2.5 Constituição Federal de 1946

Com a redemocratização ocorrida após a Era Vargas, o Ministério Público ganha especial destaque na Carta de 46, disciplinado em título especial, exclusivo da carreira, não guardando relação com nenhum dos outros três poderes.

A regra do concurso público fora mantida para ingresso na carreira, assim como a garantia da estabilidade, surgindo a garantia da inamovibilidade, além disso houve a organização do Ministério Público da União, junto às Justiças, Comum, Eleitoral e do Trabalho, só em 1965 surgiu a organização do órgão ministerial da União junto à Justiça Federal.

A nomeação do chefe do Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, voltou a ser feita nos moldes da Carta de 1934.

A União passou a ser representada em juízo pelos Procuradores da República e quanto ao julgamento dos crimes praticados pelo PGR, os comuns se mantiveram julgados pela Corte Constitucional e os de responsabilidade passaram a ser julgados pelo Senado Federal.

2.2.6 Constituição Federal de 1967

Na Carta de 67, em caráter de retrocesso, o órgão ministerial foi inserido novamente no capítulo do Poder Judiciário.

Conservou-se as regras referentes ao concurso público, estabilidade e inamovibilidade, além da previsão que a União seria representada em juízo pelo Procurador da República, podendo a lei cometer essa função, nas comarcas do interior ao Ministério Público local.

2.2.7 Emenda Constitucional nº1/69

O *Parquet* fora mantido atrelado aos Poderes, todavia, nessa Emenda, o Ministério Público foi inserido no capítulo do Poder Executivo.

Todas as regras previstas na carta anterior foram preservadas.

A representação judicial da União permaneceu atribuída ao Ministério Público Federal e ficou estabelecido que, nas comarcas do interior, a União poderia ser representada pelo Ministério Público do respectivo estado.

2.2.8 Constituição Federal de 1988

A Carta Magna de 1988, enfim, consagrou o Ministério Público, separando-o definitivamente dos três poderes e colocando-o no capítulo referente às funções essenciais à justiça.

O *Parquet* deixou de ser representante judicial da União e passou a ser uma instituição permanente, passando inclusive a ser vedada a sua representação judicial e consultoria jurídica a entidades públicas.

Importante salientar que, embora a Carta de 88, concedeu o status de independência ao Ministério Público, o MPF permaneceu representando judicialmente a União até o advento da LC n.73/93, que outorgou a Advocacia- Geral da União a representação judicial e extrajudicial da União.

Garantiu-se na Carta também que as funções do MP só poderiam ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo se autorizado pelo chefe da instituição.

Houveram alterações também quanto ao ingresso na carreira, que passou a ser por concurso de provas e títulos, contando com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exigindo também que o bacharel em direito ingressante na carreira possua, no mínimo, três anos de atividade jurídica, que de acordo com a Resolução n.141/200692 do Conselho Nacional do Ministério Público deverá ser comprovado no momento da inscrição definitiva no concurso.

Foram previstas inúmeras funções institucionais ao *Parquet* e a sua importância para a eficácia do acesso à justiça pela coletividade serão discutidas ao decorrer do presente artigo.

A Carta Maior de 1988 também aborda os princípios institucionais do órgão e sua composição, os quais serão ilustrados a seguir.

3. Princípios institucionais e organização do ministério público

92 Art. 3º A comprovação do período de três anos de atividade jurídica deverá ser feita no ato da inscrição definitiva do concurso. Vimos acima que, no caso do MP, antes, os três anos seriam exigidos na posse e, agora, isso é feito em um momento anterior, ou seja, na inscrição definitiva.

3.1 princípios institucionais

O artigo 127, §§ 1º e 2º da Constituição Federal⁹³ elencam os princípios institucionais do Ministério público e os incisos I e II do artigo 128⁹⁴ tratam da abrangência do órgão ministerial, sendo ambos abordados de forma detalhada a seguir.

3.1.1 Princípio da unidade

Conforme ensina (LENZA, 2020, p.987), de acordo com o princípio, o Ministério Público deve ser visto como instituição uma, sendo a divisão existente meramente funcional.

Frisa-se que a unidade se encontra dentro de cada órgão, não havendo o que se falar em unidade entre o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos Estaduais, nem entre os ramos daquele.

3.1.2 Princípio da indivisibilidade

Enuncia que os membros do órgão ministerial não estão vinculados aos processos que atuam, podendo se fazer substituídos uns pelos outros, de acordo com o regramento legal, sem nenhum prejuízo ao processo.

Esse princípio é resultado da unidade, pois o *Parquet* é uno, não podendo ser dividido em Ministérios Públicos autônomos e desvinculados, uns dos outros. Ressalta-se

⁹³ Art. 127, CF/88. 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.

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

⁹⁴ Art. 128. O Ministério Público abrange:

I - o Ministério Público da União, que compreende:

- a) o Ministério Público Federal;
- b) o Ministério Público do Trabalho;
- c) o Ministério Público Militar;
- d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

II - os Ministérios Públicos dos Estados.

que a indivisibilidade não se aplica entre os diferentes Ministérios Públicos, devendo ser compreendida como existente somente dentro de cada um deles (PAULO, ALEXANDRINO, 2019, p.762)

3.1.3 Princípio da independência funcional

De acordo com as lições de (RIBEIRO, 2010, p.174), esse princípio tem como objetivo garantir ao membro do *Parquet* o exercício independente de suas funções institucionais, tornando-o imune às pressões externas e internas, podendo-se afirmar assim que inexistente hierarquia funcional no âmbito do órgão ministerial.

Sendo assim, o Ministério Público, no exercício das suas atribuições, só deve obediência à sua consciência e ao direito.

3.1.4 Autonomia administrativa e financeira

A autonomia administrativa confere ao MP poderes para, observado a Carta Maior, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção dos seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por meio de concurso público, bem como propor sua política remuneratória e planos de carreira. Já a autonomia financeira concede ao *Parquet* a competência para elaborar sua proposta orçamentária, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, todavia, essa autonomia de apresentação de proposta de orçamento não é direta com o Poder Legislativo, devendo sua proposta integrar-se ao orçamento geral entregue pelo chefe do Executivo (PAULO e ALEXANDRINO, 2019, p.763).

3.1.5 Princípio do promotor natural

Conforme leciona (LENZA, 2020, p.989 e 990), o princípio em tese garante ao acusado o direito e a garantia constitucional de somente ser processado por um órgão independente, vedando-se, por consequência, que seja designado arbitrariamente, inclusive, promotores ad hoc ou por encomenda.

Ressalta-se que o princípio é bem aceito pela doutrina constitucionalidade e inclusive em algumas oportunidade já fora aplicado pelo Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência nas seguintes situações: pedido de arquivamento dos autos do inquérito policial por um promotor de justiça e oferta de denúncia por outro⁹⁵, ocorrência de opiniões colidentes manifestadas, em momentos sucessivos, por procuradores de justiça oficientes no mesmo procedimento recursal⁹⁶, designação pelo Procurador Geral de Justiça de outro promotor, com a concordância do titular, para funcionar em feito

⁹⁵ HC 92.885, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 29.04.2008, DJE: 20.06.2008.

⁹⁶ HC 102.147, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 16.12.2010, DJE de 03.02.2011.

determinado⁹⁷ e a propositura de ação penal nos casos previstos no artigo 105 inciso I alínea a da Constituição Federal, pelo Procurador Geral da República perante o Superior Tribunal de Justiça⁹⁸.

3.2 organização do ministério público na constituição federal de 1988

O artigo 128 da Constituição nos seus incisos I e II destacam a abrangência do Ministério Público no país.

O inciso I trata do Ministério Público da União e seus ramos, quais sejam: Ministério Público Federal, o qual atua perante a Justiça Federal, a Justiça eleitoral e aos Tribunais Superiores (Tribunal Superior Eleitoral, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal); o Ministério Público do Trabalho que atua perante os órgãos de todas as instâncias da Justiça do Trabalho; o Ministério Público Militar que opera perante a Justiça Militar da União e por fim, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios que atua perante a Justiça Comum do Distrito Federal.

O Ministério Público da União é comandado pelo Procurador Geral da República, escolhido entre membros de qualquer dos seus ramos, para mandato de 02 anos, admitida a recondução.

Já o inciso II aborda o Ministério Público dos Estados que atuaram de diversas formas, perante as Justiças Comuns Estaduais, as Auditorias Militares e as juntas e juízes eleitorais durante as eleições municipais.

Os Ministérios Públicos Estaduais são chefiados pelos Procuradores Gerais de Justiça, escolhidos na forma das leis orgânicas dos órgãos ministeriais.

Importante pontuar também que o artigo 130 da Constituição Federal de 1988, estabelece o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e que se aplica aos seus membros as disposições pertinentes a direitos, vedações e forma estabelecidas para o Ministério Público.

Característica peculiar que diferencia esse órgão dos demais órgãos ministeriais, é que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas está estruturalmente ligado ao Tribunal de Contas da União ou do Estado, ou do Município, onde houver, e não ao Ministério Público da União, ou dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios, devendo ser entendido como uma instituição autônoma. (LENZA, 2021, p.1395).

⁹⁷ HC 103.038, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 11.10.2011, 2ª Turma, DJE de 27.10.2011.

⁹⁸ HC 84.630, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.12.2005, 1ª Turma, DJE de 25.08.2006

Por derradeiro, destaca-se também que a Emenda Constitucional n.45/2004, introduziu o artigo 130-A da CF/88, criando o Conselho Nacional do Ministério Público, composto de 14 membros, dentre eles: o Procurador-Geral da República que o preside, quatro membros do Ministério Público da União, três membros do Ministério Público do Estados, dois juízes, um indicado pelo Supremo Tribunal Federal e outro indicado pelo SUPERIOR Tribunal de Justiça, dois advogados indicados pelo Conselho Federal da OAB e dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de 2 anos, admitida uma recondução.

O Conselho é competente para realização do controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, nos moldes do artigo 130-A, § 2.º, I a V, da CF/88.

Seja qual for a área de atuação do Ministério Público, é certo que o *Parquet* operará sempre será em prol dos interesses difusos e coletivos, e os seus esforços são essenciais ao acesso à justiça da coletividade, como se discutirá ao longo da presente pesquisa.

4. Acesso à justiça

99 **Art. 130- A, § 2º da CF/88** - Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

IV rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano;

V elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XIV, garante a todos o acesso à justiça, reforçado pela previsão do inciso XXXV100 do mesmo artigo. Essa garantia é ofertada tanto aos direitos individuais, quanto aos coletivos.

Vale ressaltar que quando se fala em acesso à justiça, não se deve restringir apenas ao “acesso ao Poder Judiciário”, mas ir além, busca-se o “acesso ao direito”, através dos tribunais administrativos, e o Próprio Ministério Público que por meio do inquérito civil, termos de ajustamento de conduta, a ação civil pública e outros instrumentos vem alcançando o acesso à justiça da coletividade.

Mauro Cappelletti em sua obra *Acesso à Justiça*, sugere três ondas como recursos para a ampliação do acesso à justiça. A primeira sugere a assistência judiciária para os pobres, no Brasil ofertada atualmente pelas Defensorias Públicas, em relação aos direitos individuais e coletivos e pelos Ministérios Públicos, em relação aos direitos difusos e coletivos. A segunda onda enfrenta o problema da representação dos interesses difusos, no Brasil esse papel vem sendo historicamente desempenhado pelo Ministério Público, órgão de acesso à justiça de cidadãos, em razão da sua legitimação à propositura de diversas ações na defesa desses interesses individuais indisponíveis.

Por fim, a terceira onda sugere o aperfeiçoamento do sistema de justiça, por meio de mecanismos facilitadores do acesso eficaz à justiça, hoje em dia no Brasil, um dos maiores exemplos desses mecanismos que podemos observar em grande ascensão, são os Centro Judiciário de Solução de Conflitos, que vem desempenhando importante papel na justiça brasileira e sem dúvidas, fomentando a ampliação do acesso à justiça no país.

Conforme lições de (DE FONTOURA, 2006, p.199) quando se fala no tema “acesso à justiça”, impossível ignorar sua relação com o Ministério Público, que atua simultaneamente nas três ondas de acesso citadas Por Cappelletti e isso poderá ser constatado de forma mais detalhada, a seguir, com o detalhamento das funções institucionais do órgão ministerial.

5. Estudo das modalidades de interesses

Mostra-se importante, antes de se adentrar ao estudo das funções institucionais do Ministério Público e sua atuação na defesa dos interesses transindividuais, difusos,

100 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:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

coletivos e individuais homogêneos, fazer um estudo sintético dessas modalidades de interesses para uma melhor compreensão.

5.1 interesses transindividuais

Segundo aponta a doutrina de (MAZZILLI, 2016, p.50), os interesses transindividuais são aqueles compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas, que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público.

O que caracteriza esses interesses é a necessidade da substituição do acesso individual dos lesados à justiça por um acesso coletivo, de forma que a solução obtida no processo coletivo não evite decisões contraditórias e que conduza a uma solução mais eficiente da demanda, visto que os resultados do processo coletivo, poderão ser aproveitados a todo o grupo lesado.

5.2 interesses difusos

Conforme conceitua o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, parágrafo único, I101, são os interesses de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por uma circunstância de fato.

Ou seja, esse tipo de interesse compreendem grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistem vínculo jurídico ou fático preciso.

5.3 interesses coletivos

Tratam-se de direitos que dizem respeito a um grupo, uma categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica.

5.4 interesses individuais homogêneos

São aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilham prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato.

6. O ministério público e suas funções institucionais essenciais ao acesso à justiça

101 Art. 81, CDC. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato

Conforme ensinamentos de (MAZZILLI, 2007, p.48), um dos mais expressivos canais pelos quais o Ministério Público contribui para o acesso à justiça foi-lhe conferido na Carta Magna de 1988, que lhe desincumbiu o zelo pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos nela assegurados, podendo promover medidas necessárias à sua garantia.

Toda a atuação institucional em sede de direitos e interesses difusos e coletivos deriva da Constituição, não só do texto em si, mas também da sua interpretação, normalmente cabendo ao Poder Judiciário dar a última palavra (ZIESEMER, 2020, p.27).

Conforme já explanado anteriormente, diferentemente das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, prestigiou o órgão ministerial em seu texto, abordando-o dentro do Título que versa sobre a organização dos poderes e do capítulo das funções essenciais à justiça, lhe incumbindo a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

6.1 previsão na constituição federal de 1988

O artigo 129 da Carta Maior elenca em seus incisos, um rol exemplificativo das funções essenciais do *Parquet*, quais sejam:

- a) Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- b) Zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia;
- c) Promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- d) Promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- e) Defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- f) Expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- g) Exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- f) Requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

g) Exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

6.2 previsão em leis infraconstitucionais

Salienta-se que outras leis trazem previsões de funções institucionais do Ministério Público, a Lei Complementar nº75/93 trata das funções do Ministério Público da União e seus ramos.

O artigo 6º, da Lei em comento, elenca outras funções além das previstas na Carta Maior e as atribui ao Ministério Público Federal no seu exercício em todo país, cita-se como exemplo: a impetração de habeas corpus e mandado de segurança, a promoção de ação visando o cancelamento da naturalização, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional, a promoção da a responsabilidade dos executores ou agentes do estado de defesa ou do estado de sítio, pelos ilícitos cometidos no período de sua duração, a promoção de ação civil coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos, propor a ação cabível para a perda ou suspensão de direitos políticos, nos casos previstos na Constituição Federal, dentre outras.

Ao Ministério Público do Trabalho o artigo 83 da LC 75/93 atribuiu, dentre outras: a promoção de ações que lhe sejam atribuídas pela Carta Magna e pelas legislações trabalhistas, a manifestação em qualquer fase de processos trabalhistas que entenda necessário, a promoção de ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores, atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes em dissídios de competência da Justiça do Trabalho, ajuizar dissídio coletivo em caso de greve em atividade essencial.

Já as atribuições específicas do Ministério Público Militar encontram-se elencadas no artigo 116102 da LC 75/93. Já o artigo 150103 da mesma lei, trata das funções incumbidas ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

102 Art. 116, LC 75/93. Compete ao Ministério Público Militar o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça Militar:

I - promover, privativamente, a ação penal pública;

II - promover a declaração de indignidade ou de incompatibilidade para o oficialato;

III - manifestar-se em qualquer fase do processo, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção.

103 Art. 150, LC 75/93. Incumbe ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:

Importante pontuar que as leis orgânicas de cada Ministério Público Estadual pontuam em seus artigos as suas funções institucionais, repetindo as previsões da Carta Maior de 1988 e das Constituições Estaduais e porventura elencando outras atribuições não abordadas nesses textos legais.

Outras legislações ordinárias, como a Lei 13.300 de 2016, que trata do processamento e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências, previu em seu artigo 12, I104, a legitimação ativa ao Ministério Público para a impetração o mandado de injunção coletivo, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis.

Pontua-se também que a Lei n. 13.532/2017105, que alterou o Código Civil, determinando de forma expressa, a legitimação ativa do Ministério Público para demandar a exclusão do herdeiro ou legatário em um dos casos de indignidade descritos na lei, qual seja, quando houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente. (LENZA, 2021, p.1380).

Conforme dispõem o artigo 2º, § 4º da Lei nº 8.560/92 e o artigo 201, III do ECA, O Ministério Público é parte legítima para propor ação de investigação de paternidade e ação

I - instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos;

II - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, podendo acompanhá-los e apresentar provas;

III - requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, ressalvados os de natureza disciplinar, podendo acompanhá-los e produzir provas;

IV - exercer o controle externo da atividade da polícia do Distrito Federal e da dos Territórios;

V - participar dos Conselhos Penitenciários;

VI - participar, como instituição observadora, na forma e nas condições estabelecidas em ato do Procurador-Geral da República, de qualquer órgão da administração pública direta, indireta ou fundacional do Distrito Federal, que tenha atribuições correlatas às funções da Instituição;

VII - fiscalizar a execução da pena, nos processos de competência da Justiça do Distrito Federal e Territórios.

104 Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis.

105 Art. 1º, Lei n. 13.532/2017 - Esta Lei confere legitimidade ao Ministério Público para promover ação visando à declaração de indignidade de herdeiro ou legatário, na hipótese que menciona.

de alimentos, podendo cumular ambas as ações, ressalta-se que em tais hipóteses o órgão ministerial funcionará como substituto processual e não como mandatário.

Estabelece a Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) que é obrigatória a intervenção do Ministério Público em ação de nulidade de compra e venda que for objeto de registro imobiliário, sobretudo no que tange aos registros civil e imobiliário, posto que a anulação do negócio jurídico implicará a desconstituição do registro e, nesse caso, há interesse público evidenciado pela natureza da lide.

Por derradeiro, salienta-se que o código de processo civil de 2015, Lei nº 13.105/2015, enumera várias competências *Parquet*, a seguir listadas:

- O Ministério Público tem legitimidade para arguir a incompetência relativa, nas causas que atuar (artigo 65, parágrafo único);

- O *Parquet* deve ser ouvido no incidente de arguição de inconstitucionalidade, em controle difuso, de lei ou de ato normativo do poder público (artigo 948);

- O órgão ministerial promoverá a extinção da fundação quando ocorrer uma das hipóteses: tornar ilícito o seu objeto, for impossível a sua manutenção ou vencer o prazo de sua existência (artigo 765);

- Ainda que figure como suscitante, o MP será ouvido como *custos iuris* no incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 976);

- O Ministério Público deverá ser intimado para se manifestar nos procedimentos de jurisdição voluntária, se presente alguma das hipóteses do artigo 178, CPC/2015106

6.3 competências do *Parquet* reconhecidas por tribunais superiores

Além das funções ministeriais elencadas na Constituição Federal e legislações infraconstitucionais, o Supremo Tribunal Federal vem conferindo especial destaque ao papel institucional do *Parquet*, reconhecendo-lhe capacidade postulatória aos seus membros para o ajuizamento de ações:

- Para a fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não se identifique

106 Art. 178, CPC/15. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

I - interesse público ou social;

II - interesse de incapaz;

III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

como objeto único da demanda, mas simples questão prejudicial, quando esta for indispensável à resolução do litígio principal¹⁰⁷;

- Contra aposentadoria que lesa o patrimônio público¹⁰⁸;

- Para garantir a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, ainda que de natureza disponível¹⁰⁹;

- Para tutela de interesses relacionados a mensalidades escolares¹¹⁰, ao fornecimento de remédios a portadores de certas doenças¹¹¹ e do seguro obrigatório DPVAT¹¹².

A Corte Constitucional entende também que cabe ao órgão ministerial promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal, como a celebração dos acordos de colaboração premiada¹¹³.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a legitimidade do *Parquet* para defender interesses individuais homogêneos disponíveis e divisíveis em face de Seguradora e do Detran, por meio de ação coletiva¹¹⁴ e para ajuizar ação contra administradores de instituição financeira, cessado o regime de liquidação judicial¹¹⁵.

Por derradeiro, cumpre pontuar também que recentemente o Tribunal Superior do Trabalho, reconheceu a competência do Ministério Público do Trabalho para ajuizamento de ação civil pública em face de município para que este implemente políticas públicas para prevenção e erradicação do trabalho infantil¹¹⁶.

107 RE 424.993/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 12.09.2007.

108 RE 409.356/RO, Rel. Min. Luiz Fux, 25.10.2018.

109 RE 631.111/GO, Rel. Teori Zavascki, 07.08.2014.

110 RE 163.231/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, 26.02.1997.

111 RE 605.533/MG, rel. Min. Marco Aurélio, 15.08.2018 (Tese de repercussão geral).

112 RE 631.111/GO, rel. Min. Teori Zavascki, 07.08.2014.

113 RE 593.727/MG, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 14.05.2015.

114 REsp nº 1281023/GO, de Relatoria do Min. Humberto Martins, 16/10/2014.

115 AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 716.178 – GO, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, 07/08/2013.

116 T-E-RR-44-64.2013.5.09.0009, SBDI-I, red. p/ acórdão Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 6/8/2020.

É claro que existem inúmeras outras funções reconhecidas pelos Tribunais Superiores ao órgão ministerial, o qual não caberia expor na presente pesquisa, sendo necessário ao menos uma doutrina para ilustrar todas elas.

A atuação do Ministério Público nos processos judiciais é de tamanha importância, que não há o que se falar em ausência do *Parquet* no processo em que ele atue como parte, e mais, nos processos que ele atue com fiscal da ordem jurídica, caso não haja a sua intimação, o processo poderá ser considerado nulo, nos termos do artigo 279 do CPC/117.

Importante deixar claro que essa nulidade só será declarada, após o órgão ministerial ser intimado e manifestar-se sobre a existência ou não de prejuízo, conforme dispõe o artigo 279, § 2º, CPC/2015118.

Esse entendimento, inclusive, é o mesmo entendimento consolidado pela Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a seguir exposto:

PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO DIRETA. ACORDO FIRMADO ENTRE ASPARTES. PARTE INCAPAZ. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA. NULIDADE. PREJUÍZO. NÃO COMPROVAÇÃO. 1. A discussão trazida à colação cinge-se em saber se o Ministério Público estadual possui legitimidade para interpor recurso de apelação para impugnar sentença homologatória de acordo firmado entre as partes - uma delas, incapaz - em ação expropriatória da qual não participou como *custus legis*. 2. No caso dos autos, não se trata de desapropriação que envolva discussões ambientais, do patrimônio histórico-cultural ou qualquer outro interesse público para o qual o legislador tenha obrigado a intervenção do Ministério Público, sob pena de nulidade. Ao revés, cuidou-se de desapropriação por utilidade pública, em que apenas se discutia os critérios a serem utilizados para fixação do montante indenizatório, valores, ademais, aceitos pelos expropriados. 3. Quanto ao segundo argumento, no tocante à nulidade do acórdão no pertinente à não intervenção do Ministério Público para fins de preservação de interesse de incapaz, a jurisprudência desta Corte já assentou entendimento no sentido de que a ausência de intimação do Ministério Público, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, a não ser que se demonstre o efetivo prejuízo para as partes

117 Art. 279, CPC. É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.

118 Art.279 § 2º, CPC. A nulidade só pode ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo.

ou para a apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio *pas de nullités sans grief*. Até mesmo nas hipóteses em que a intervenção do Parquet é obrigatória, como no presente caso em que envolve interesse de incapaz, seria necessária demonstração de prejuízo deste para que se reconheça a nulidade processual. (Precedentes: REsp 1.010.521/PE, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 26.10.2010, DJe 9.11.2010; REsp814.479/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 2.12.2010, DJe 14.12.2010). 4. Na espécie, o Ministério Público não demonstrou ou mesmo aventou a ocorrência de algum prejuízo que legitimasse sua intervenção. Ao revés, simplesmente pretende, por intermédio do recurso especial, delimitar absoluto interesse interveniente sem que indique fato ou dado concreto ou mesmo hipotético que sustente tal legitimidade. O prejuízo aqui tratado não pode ser presumido; precisa ser efetivamente demonstrado, o que não se deu no caso dos autos. 5. Recurso especial não provido.

(STJ - REsp: 818978 ES 2006/0030548-2, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 09/08/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/08/2011)

Por derradeiro, salienta-se que o que motiva a nulidade nas ações em que há obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público é a falta de intimação dos seus membros para manifestação e não a ausência de manifestação, ou seja, caso intimado, o órgão ministerial não se manifeste nos autos, por razões de independência funcional, não ensejará a nulidade do processo.

Tão importante quanto a atuação judicial do Ministério Público, faz-se a sua atuação extrajudicial, que não pode ser passada em branco quando se trabalha o tema acesso à justiça.

6.4 atuação extrajudicial do ministério público

Faz-se importante pontuar também a atuação extrajudicial do Ministério Público, que por meio dos seus instrumentos vem solucionando problemas individuais ou sociais, ampliando assim o acesso à justiça, sem passar pelo crivo do Poder Judiciário.

Em sua atuação extrajudicial o *Parquet* utiliza-se dos seguintes mecanismos: Inquérito civil, audiências públicas, recomendações, termos de compromisso de ajustamento de conduta e autocomposição.

O inquérito civil teve sua origem na Lei de Ação Civil Pública, sendo posteriormente consagrado pela Carta Maior de 1988, operando verdadeira revolução no órgão ministerial e na defesa dos direitos difusos e coletivos.

Uma vez instaurado, o instrumento será presidido pelo membro do Ministério Público, o qual competirá coletar elementos de prova necessários para apuração de fato que constitui objeto da investigação.

Após a instrução do inquérito e a colheita dos elementos probatórios necessários, o procedimento é encerrado com dois possíveis resultados: o arquivamento do inquérito civil, sendo que tal ato somente produzirá seus efeitos após a homologação do Conselho nacional do Ministério Público, ou a promoção judicial da ação na qual ele servirá de base.

Outro importante instrumento utilizado pelo *Parquet*, especialmente em causas de natureza complexa e coletiva, as quais exigem a atuação de várias pessoas e setores da sociedade, são as audiências públicas.

As audiências públicas são importantes ferramentas de comunicação do Ministério Público para com a sociedade, por meio do qual podem ser discutidos temas de relevante interesse geral, aí incluídos os direitos e interesses difusos e coletivos. Ressalta-se que o instrumento pode ser utilizado inclusive, durante o inquérito civil, é inegável que a realização das audiências públicas no curso do inquérito lhe afiança maior efetividade na colheita de provas necessários para apuração dos fatos. (ZIESEMER, 2020, p.42).

Embora não possuam caráter vinculante, apenas ético, não menos importante, as recomendações possuem o intuito de desempenhar de forma ágil e igualmente diligente a atribuição constitucional pela defesa do ordenamento e da democracia.

Outra peça fundamental a atuação extrajudicial do órgão ministerial é o Termo de Ajustamento de Conduta.

O Termo de Ajustamento, traduz-se em importante objeto de atuação, em razão da sua natureza de título executivo extrajudicial, ser diretamente executado, ou mesmo protestado em cartório.

Importante salientar que o termo não substitui, a aplicação da lei, somente flexibiliza as circunstâncias do seu cumprimento, ante a realidade do caso concreto.

Características importante e pertinente à eficácia da ferramenta é a possibilidade de estipulação de penalidades em caso do seu descumprimento.

Nas cláusulas fixadas ao compromisso de ajustamento de conduta deverá, de forma obrigatória, conter fixação de prazo e pena pecuniária a que estará o sujeito responsável pelo seu descumprimento.

6.5 outras formas de atuação do órgão ministerial

Salienta-se ainda o importante papel desempenhado pelo órgão ministerial na autocomposição.

Há várias formas de incentivo à sua utilização, sendo inclusive incorporada à pauta dos Tribunais e demais instituições que participam do sistema judicial.

Inclusive, o Conselho Nacional do Ministério Público editou no ano de 2014, editou a Resolução nº118, dispondo sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no Âmbito do Ministério Público, adotando premissas muito solares e coerentes do que se espera da atuação do órgão ministerial, enquanto legitimado extraordinário.

Os três principais instrumentos de atuação autocompositiva do *Parquet* são: a conciliação, a mediação e a negociação, as quais são claramente previstas nos artigos 8º ao 12º119 da Resolução supracitada.

119 Art. 8º A negociação é recomendada para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal (art. 129, III, da CR/1988);

Parágrafo único. A negociação é recomendada, ainda, para a solução de problemas referentes à formulação de convênios, redes de trabalho e parcerias entre entes públicos e privados, bem como entre os próprios membros do Ministério Público.

Art. 9º A mediação é recomendada para solucionar controvérsias ou conflitos que envolvam relações jurídicas nas quais é importante a direta e voluntária ação de ambas as partes divergentes.

Parágrafo único. Recomenda-se que a mediação comunitária e a escolar que envolvam a atuação do Ministério Público sejam regidas pela máxima informalidade possível.

Art. 10. No âmbito do Ministério Público:

I – a mediação poderá ser promovida como mecanismo de prevenção ou resolução de conflito e controvérsias que ainda não tenham sido judicializados;

II – as técnicas do mecanismo de mediação também podem ser utilizadas na atuação em casos de conflitos judicializados;

III – as técnicas do mecanismo de mediação podem ser utilizadas na atuação em geral, visando ao aprimoramento da comunicação e dos relacionamentos.

§1º Ao final da mediação, havendo acordo entre os envolvidos, este poderá ser referendado pelo órgão do Ministério Público ou levado ao Judiciário com pedido de homologação.

§2º A confidencialidade é recomendada quando as circunstâncias assim exigirem, para a preservação da intimidade dos interessados, ocasião em que deve ser mantido sigilo sobre todas as informações obtidas em

Na conciliação, o Ministério Público atua juntamente com as partes, na busca da composição do litígio, mas também de forma neutra. Na Mediação, o *Parquet* não é parte, atua apenas como facilitador do diálogo entre as partes, por fim, na negociação, a atuação do órgão ministerial é como parte, representando a sociedade e seus interesses.

Por derradeiro, importante pontuar de forma breve e sucinta, a grandiosa atuação do Ministério Público, por meio do fomento a políticas públicas, através das destinações realizadas com os valores advindos das condenações por danos morais coletivos e outras ações executórias pleiteadas e almejadas em juízo.

Esses valores destinados durante anos, vem fazendo a diferença na sociedade brasileira, em especial, a parcela menos favorecida da sociedade, que vem desfrutando dessas benesses e em muitas situações, transformando as realidades das suas vidas.

Na maioria das vezes, esses projetos sociais e políticas públicas são realizados em face da coletividade prejudicada pela mazela anteriormente combatida pelo Ministério Público em suas diversas áreas de atuação, como o meio ambiente, a ordem urbanística, a defesa da criança e do adolescente, o trabalho escravo, entre outras.

Mensura-se que bilhões de reais já retornaram a sociedade, em razão da forte atuação do Ministério Público nas suas diversas áreas de atuação, sendo necessária uma produção científica exclusiva para trazer a conhecimento da sociedade, esse outro lado da atuação do órgão ministerial.

7. Considerações finais

O presente artigo buscou analisar através da exposição da atuação institucional do Ministério Público nas áreas: judicial, extrajudicial, autocompositiva e social, a posição do órgão ministerial como função essencial ao acesso à justiça da coletividade.

Em busca da garantia da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, difusos e individuais indisponíveis, o Ministério Público do, não para um

todas as etapas da mediação, inclusive nas sessões privadas, se houver, salvo autorização expressa dos envolvidos, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo o membro ou servidor que participar da mediação ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese.

Art. 11. A conciliação é recomendada para controvérsias ou conflitos que envolvam direitos ou interesses nas áreas de atuação do Ministério Público como órgão interveniente e nos quais sejam necessárias intervenções propondo soluções para a resolução das controvérsias ou dos conflitos.

Art. 12. A conciliação será empreendida naquelas situações em que seja necessária a intervenção do membro do Ministério Público, servidor ou voluntário, no sentido de propor soluções para a resolução de conflitos ou de controvérsias, sendo aplicáveis as mesmas normas atinentes à mediação.

só segundo de implementar esforços e adaptar a maneira de servir ao público, alcançando excelentes resultados em prol da sociedade.

Foi possível observar um breve histórico do surgimento do órgão ministerial na ordem mundial e no Brasil, além da sua evolução institucional nos textos das Constituições Brasileiras, passando de mero figurante e colaborador dos Poderes Executivo e Judiciário, a instituição independente, permanente e essencial à justiça.

Tangenciou-se ainda respeito dos Princípios Institucionais basilares da instituição e a sua atuação no país, abordando a respeito os seus ramos, seja no âmbito da União, seja no âmbito dos estados.

Pontuou-se uma breve discussão a respeito do tema “acesso à justiça” e o encaixe das ondas de justiça sugeridos por Mauro Cappelletti a atuação do órgão ministerial.

Por derradeiro, abordou-se de forma ampla a notável atuação do Ministério Público nas suas diferentes áreas nas esferas: judicial, extrajudicial, autocompositiva e social. Foi trazido além das previsões da Constituição Federal e legislações ordinárias, a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho que consagram inúmeras competências funcionais ao órgão ministerial.

Conclui-se dessa maneira, que referida pesquisa buscou elucidar a atuação do Ministério Público, em suas diferentes esferas, e a importância da existência do órgão ministerial para o alcance do acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano, **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

BRASIL. Constituição (1824) **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Constituicao/ConstituiyoC3%A7ao24.htm>>. Acesso em 27 mar. 2021.

BRASIL. Constituição (1891) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Constituicao/ConstituiyoC3%A7ao91.htm>>. Acesso em 27 mar. 2021.

BRASIL. Constituição (1934) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Constituicao/ConstituiyoC3%AT7ao34.htm>>. Acesso em 27 mar. 2021.

BRASIL. Constituição (1946) **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Constituicao/ConstituiyoC3%A7ao46.htm>>. Acesso em 27 mar. 2021.

BRASIL. Constituição (1967) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Constituicao/ConstituiyoC3%A7ao67.htm>>. Acesso em 27 mar. 2021.

BRASIL. Constituição (1967) **Emenda Constitucional n.1, de 24 de janeiro de 1969**. Brasília, 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 27 mar. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasil, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei Complementar n° 75, de 20 de maio de 1993. **Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 20 de maio de 1993; 172° da Independência e 105° da República.

BRASIL. Lei n° 6.015, de 31 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 31 de dezembro de 1973; 152° da Independência e 85° da República.

BRASIL. Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 13 de julho de 1990; 169° da Independência e 102° da República.

BRASIL. Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 de setembro de 1990; 169° da Independência e 102° da República.

BRASIL. Lei n° 8.560, de 29 de dezembro de 1992. **Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 29 de dezembro de 1992; 171° da Independência e 104° da República.

BRASIL. Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 16 de março de 2015; 194° da Independência e 127° da República.

BRASIL. Lei n° 13.330, de 23 de junho de 2016. **Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 23 de junho de 2016; 195° da Independência e 128° da República.

BRASIL. Lei nº 13.532, de 7 de dezembro de 2017. **Altera a redação do art. 1.815 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para promover ação visando à declaração de indignidade de herdeiro ou legatário.** Diário Oficial da União. Brasília, DF, 7 de dezembro de 2017; 196º da Independência e 129º da República.

BRASIL. Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014. **Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências.** Diário Oficial da União. Brasília, DF, 1º de dezembro de 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1281023/GO.** Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153679302/recurso-especial-resp-1281023-go-2011-0172871-7/relatorio-e-voto-153679314>> Acesso em 10 abr. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 716.178/GO.** Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7198271/recurso-especial-resp-706331-pr-2004-0168203-0-stj/relatorio-e-voto-12948038>> Acesso em 10 abr. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 818978/ES.** Disponível em: < http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2013/08/14/14_41_30_653_12.08.13_MP_AgRg_R_Esp_Pedro_Evil%C3%A1zio_de_Souza_e_C%C3%B4njuge_MPF.pdf> Acesso em 10 abr. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 424.993/DF.** Disponível em: < http://www.cespe.unb.br/concursos/mp_rr_17_promotor/arquivos/MP_RR_17_PROMOTOR_CARGO_1_P6.pdf> Acesso em 10 abr. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 409.356/RO.** Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22379046/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-re-409356-ro-stf/inteiro-teor-110663949>> Acesso em 10 abr. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 631.111/GO.** Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342219/recurso-extraordinario-re-631111-go-stf/inteiro-teor-159437490>> Acesso em 10 abr. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 163.231/SP.** Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=214240>> Acesso em 10 abr. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 605.533/MG.** Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15574120/recurso-extraordinario-re-605533-mg-stf>> Acesso em 10 abr. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 593.727/MG**. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233> > Acesso em 10 abr. 2021.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **T-E-RR-44-64.2013.5.09.0009, SBDI-I**. Disponível em: < <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#f87dbcef005031158fb2a904d6229987> > Acesso em 10 abr. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

DE FONTOURA, Pedro Rui. **Direitos Fundamentais Sociais – Considerações acerca da Legitimidade Política e Processual do Ministério Público e do Sistema de Justiça para sua Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

DE MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24^a ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. **Direito Constitucional Esquematizado**. 25^a ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ministério Público Democracia e Ensino Jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Acesso à Justiça e o Ministério Público**. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 29^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 18^a ed. São Paulo: Editora GEN, 2019.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves, organizador. **Ministério Público: Reflexões Sobre Princípios e Funções Institucionais**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

ZIESEMER, Henrique da Rosa Ziesemer. **Interesses e Direitos Difusos e Coletivos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

OS DIREITOS HUMANOS NO SÉCULO XXI

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba¹²⁰

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma análise sobre os direitos humanos no século XXI. Crises assumem contornos dramáticos: imigração e xenofobia; o levante de populismos de extrema direita, ameaçando a democracia com políticas de intolerância; crises financeiras a aprofundarem ainda mais as desigualdades; o meio ambiente cada vez mais em risco; a volta da ameaça nuclear.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos; Humanos; Século XXI.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo analizar brevemente los derechos humanos en el siglo XXI. Las crisis adquieren contornos dramáticos: inmigración y xenofobia; el levantamiento de los populismos de derecha, que amenaza la democracia con políticas de intolerancia; crisis financieras para profundizar aún más las desigualdades; el medio ambiente cada vez más en riesgo; el regreso de la amenaza nuclear.

PALABRAS CLAVE: Derechos; Humanos; Siglo XXI.

ABSTRACT: This article aims to briefly analyze human rights in the 21st century. Crises take on dramatic contours: immigration and xenophobia; the uprising of right-wing populisms, threatening democracy with policies of intolerance; financial crises to further deepen inequalities; the environment increasingly at risk; the return of the nuclear threat.

KEYWORDS: Rights; Humans; XXI century.

INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos constituem, sem dúvida, o principal desafio para a humanidade do século XXI, pois vivemos na época da exclusão generalizada, e de

¹²⁰E-mail: benignonovo@hotmail.com

retrocessos no campo dos direitos. Os Direitos Humanos não são um dado, mas sim, uma construção histórica e social, portanto, as violações a estes direitos também o são.

Os direitos humanos são uma garantia de valores de abrangência universal. O objetivo é garantir o mínimo para a vida humana ser digna e respeitada segundo as próprias liberdades. Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), os direitos humanos significam a garantia de proteção às pessoas. Isso abrange as ações (ou falta delas) por parte do Estado que possam pôr em risco a dignidade da vida humana.

Esta pesquisa é bibliográfica e histórica, justifica-se pela extrema relevância nos dias atuais dos direitos humanos.

DESENVOLVIMENTO

Documentos que defendem os direitos individuais, como a Magna Carta (1215), a Petição de Direito (1628), a Constituição dos Estados Unidos (1787), a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a Declaração de Direitos dos Estados Unidos (1791) são os precursores, por escrito, de muitos dos documentos atuais de direitos humanos.

O humanismo latino da Escola de Salamanca durante o século XVI coloca-nos diante do que pode ser entendido como o último grande esforço escolástico, já diante de um debate próximo da modernidade com as intensas problemáticas em torno de um século tão importante e convulso para a história ocidental.

A Escola de Salamanca centro dos estudos universitários da Espanha e referência para toda a Europa, por estar em destaque como a nação mais próspera naquele tempo, encontra importância em sua produção teórica, tanto nas questões eclesásticas, no que concerne à igreja Católica, quanto com relação aos assuntos propriamente políticos, relacionados à administração monárquica de devotos dos governantes reais.

A conquista da América no século XVI pelos espanhóis resultou em um debate sobre direitos humanos na Espanha. Isto marcou a primeira vez que se discutiu o assunto na Europa. Muitos filósofos e historiadores do direito consideram que não se pode falar de direitos humanos até a modernidade no Ocidente.

Na Espanha, a disseminação do humanismo coube, especialmente, à figura de Antonio de Nebrija (1444-1522). Educado em Bolonha, dominava com perfeição o latim clássico e o grego. Foi professor nas Universidades de Salamanca, Alcalá e Sevilha. Publicou, em 1481, a Gramática Latina, seguida pela Arte de La Gramática Castellana (1492); ambos se constituem, nos mais importantes livros didáticos daquela época e foram considerados como inovadores da linguagem europeia.

A Escola de Salamanca contribuiu para as áreas do direito, filosofia, economia, estudos culturais, dentre outros campos, a definição da mesma está ligada ao estudo da teologia, como ponto de partida para todas as outras questões. O interesse principal dos autores que podem ser considerados seus membros estava no ensino da teologia, diante de um cenário de crise e decadência da metodologia escolástica tradicional, dotados espírito reformista, de afirmação da teologia como aspecto prático capaz de lidar com as importantes questões presentes no século XVI.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas afirma que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, dotados de razão e de consciência, e devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. A ONU adotou a Declaração Universal dos Direitos Humanos com o objetivo de evitar guerras, promover a paz mundial e de fortalecer os direitos humanitários.

Principais direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos Veja o resumo dos artigos da Declaração:

1. Todos os seres humanos são livres e iguais em direitos e dignidade.
2. Capacidade e liberdade para viver sem discriminação.
3. Direito à vida, liberdade e segurança.
4. Nenhuma pessoa deve ser escravizada.
5. Ninguém deve ser torturado ou receber tratamento cruel.
6. Direito de reconhecimento como pessoa.
7. Igualdade perante a lei.
8. Direito de acesso à justiça quando direitos forem violados.
9. Ninguém deve ser preso arbitrariamente.
10. Todas as pessoas têm direito a julgamento justo.
11. Direito à presunção de inocência até que a culpa seja provada
12. Proteção à vida privada e familiar.
13. Liberdade de movimentação e de deixar e voltar a qualquer país.
14. Direito de procurar asilo em outros países.

15. Direito de ter uma nacionalidade.
16. Direito ao casamento e à família.
17. Proteção da propriedade.
18. Liberdade de fé e prática religiosa.
19. Liberdade de expressão e de opinião.
20. Liberdade para participação em associações.
21. Acesso ao governo e ao serviço público do seu país.
22. Direito à segurança e proteção do Estado.
23. Direito ao trabalho e proteção ao desemprego.
24. Direito ao descanso e ao lazer.
25. Padrão de vida que garanta saúde e bem-estar à família.
26. Direito à educação, gratuita nos anos fundamentais.
27. Acesso às artes, cultura e ciências.
28. Direito de viver em uma sociedade justa e livre.
29. Cumprimento de deveres com a comunidade, de acordo com os princípios das Nações Unidas.
30. Proteção dos direitos determinados na Declaração.

Os direitos humanos são normas que reconhecem e protegem a dignidade de todos os seres humanos. Os direitos humanos regem o modo como os seres humanos individualmente vivem em sociedade e entre si, bem como sua relação com o Estado e as obrigações que o Estado tem em relação a eles.

Um dos principais desafios para o século XXI é assegurar a segurança e a liberdade das pessoas, em qualquer parte do mundo; segurança não só contra os conflitos armados, mas contra a violência estrutural geradora de pobreza.

Crises assumem contornos dramáticos: imigração e xenofobia; o levante de populismos de extrema direita, ameaçando a democracia liberal com políticas de

intolerância; crises financeiras a aprofundarem ainda mais as desigualdades; o meio ambiente cada vez mais em risco; a volta da ameaça nuclear.

O início do século XXI está marcado por grande incidência de novos fluxos migratórios desencadeados principalmente pela mobilidade de pessoas em busca de refúgio, motivada por conflitos, questões ambientais e perseguições políticas ou religiosas.

Os direitos humanos no Brasil são garantidos na Constituição de 1988. Ao longo da constituição, encontra-se no artigo 5.º o direito à vida, à privacidade, à igualdade, à liberdade, além de outros, conhecidos como direitos fundamentais, que podem ser divididos entre direitos individuais, coletivos, difusos e de grupos.

No Brasil os principais problemas apontados estão a violência policial e sua impunidade, além da superlotação dos centros de detenção em vários estados brasileiros, tortura e trabalho escravo.

De acordo com a FGV Social, quase 28 milhões de pessoas vivem abaixo da linha da pobreza no Brasil. Em 2019, antes da pandemia de Covid-19, eram pouco mais de 23 milhões de indivíduos nesta situação.

A garantia dos direitos humanos universais é feita por lei, através de tratados internacionais que nada mais são do que acordos entre os países que se comprometem a cumprir regras específicas. Eles podem ser elaborados por meio de pactos, cartas, protocolos, convenções ou acordos.

CONCLUSÃO

A Declaração dos Direitos Humanos na atualidade é um mediador que visa equilibrar as relações entre as nações e entre a própria nação e seu povo, visando propagar o respeito, a dignidade, a liberdade e a igualdade como forma de lançar o homem à frente da ordem econômica e política.

A humanidade deve enfrentar neste século três grandes desafios interligados: as mudanças climáticas, o déficit crescente de oportunidades de trabalho decente e a necessidade de alterar drasticamente a matriz energética, reduzindo o consumo das energias fósseis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 nov. 2021.

ONU. Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 16 nov. 2021.

A DUALIDADE JURISDICIONAL ENTRE A JURISDIÇÃO ESTATAL E A JURISDIÇÃO ARBITRAL

ELISA DA PENHA DE MELO ROMANO DOS REIS:

Advogada e árbitra - Mestranda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. – Especialização em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, Mediadora certificado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.¹²¹

Resumo: Esse artigo tem por tema central a natureza jurídica da Arbitragem, analisando como historicamente evoluiu a partir de uma transformação de paradigma que se busca superar no Direito meramente Adversarial, chegando-se na especificação do que hoje se conhece por Dualidade Jurisdicional na Jurisdição Estatal e na Jurisdição Arbitral.

Palavras-chave: Arbitragem – processo civil - Jurisdição Estatal – Jurisdição Arbitral

Abstract: This article has as its central theme the legal nature of Arbitration, analyzing how historically it evolved from a paradigm shift that seeks to overcome merely Adversarial Law, reaching the stipulation of what is now known as Jurisdictional Duality of State Jurisdiction and Arbitration Jurisdiction.

Sumário: 1. Da natureza jurídica da Arbitragem. 2. Transformação do Direito Adversarial. 3. Dualidade Jurisdicional da jurisdição Estatal e da Jurisdição Arbitral

Introdução

Ao longo dos estudos da Arbitragem vislumbrou-se especificamente os chamados métodos de solução de conflito, para tecer em poucas linhas um conteúdo que decorre da própria noção de que, sem a garantia mínima do próprio direito, não se tem Estado Democrático de Direito. Contudo há questões umbilicalmente ligadas a especificidade da Jurisdição Estatal e a Jurisdição Arbitral, que não podem passar despercebidas nem pela doutrina nem pela Jurisprudência. Portanto, o presente artigo visa esclarecer os métodos de resolução de conflito com foco na Arbitragem no contexto do Código de Processo Civil de 2015, especificamente a dualidade jurisdicional, estabelecendo um paralelo entre a

121 Orientadora do Estágio Supervisionado da Universidade Cruzeiro do Sul – UNICSUL 2000/2003, Presidente da Comissão OAB vai a Faculdade da 125ª Subseção Santana – Ordem dos Advogados de São Paulo – 2012/2021, Defensora do 5º Tribunal de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de São Paulo 2019/2021, Graduada em Direito pela Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP-1993. Fone: 0(11)98918-4303, e-mail: elisareis@ig.com.br, Instagram: @elisamrreis, <https://orcid.org/0000-0003-1640-1645>.

Jurisdição Estatal e a Jurisdição Arbitral, como se depreende o artigo 3º, § 1º, e do artigo 42 CPC/2015, e ainda nessa seara, dando ênfase a heterocomposição, que consiste na solução do conflito por um terceiro (juiz ou árbitro) imparcial, que decide com força obrigatória sobre os litigantes, sendo submetidos à decisão Judicial ou Arbitral. A decisão não é das partes, mas de uma pessoa ou órgão acima delas.

1. Da natureza jurídica da Arbitragem.

A Arbitragem é uma das modalidades de solução de conflitos no nosso ordenamento jurídico desde a Carta Magna de 1988, prevista em norma regulamentadora Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, e alterada pela Lei 13.129, de 26 de maio de 2015. A referida Lei 9.307 disciplina em seu artigo 1º que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Os direitos disponíveis, assim denominados, pode-se dizer, são aqueles em que as partes podem livremente dispor, sem que haja em sua eventual abdicação por parte do Estado, visando preservação do interesse individual, como é o caso quando trata-se de bens que admitam transação, esse costuma ser o caso com os direitos patrimoniais, que normalmente são disponíveis. Enfim, são aqueles direitos predominantemente individuais¹²².

Para Scavone Junior, em suma, questões que não envolverem aquele Direito que admita transação (patrimoniais disponíveis) não são passíveis de Arbitragem e, entre esses direitos, podemos mencionar questões penais, aqueles referentes ao estado das pessoas, matérias tributárias e direitos pessoais concernentes ao direito de família, como, por exemplo, filiação e poder familiar¹²³

Entende Figueira Jr., que os métodos alternativos de solução (ADR)¹²⁴, também são conhecidos como equivalentes Jurisdicionais – ou seja, expressão de um movimento universal de acesso à Justiça¹²⁵ trilhado pelos jurisdicionados para resolver seus litígios,

122 Lei 9.307/1996 art. 25: “Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral”

123 Scavone Junior, Luiz Antônio, Arbitragem: mediação, conciliação – 10.ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, P.18.

124 ADR: “Alternative Dispute Resolution”

125 O acesso à justiça há algum tempo tem figurado nos *catálogos* de direitos fundamentais, assim reconhecidos pelas constituições e por declarações de direitos nacionais e internacionais, em sentido bastante amplo, e não como mero direito de acesso ao Poder Judiciário, O acesso à justiça pode ser visto de mais de um ângulo (e muitas concepções sobre ele se pode ter) e seu significado certamente sofrerá variação

de modo diferenciado dos moldes tradicionais de prestação de tutela oferecida pelo Estado-Juiz. 126

Nelson Nery Júnior, por sua vez entende que a Arbitragem tem natureza de jurisdição privada e explica: "A natureza jurídica da Arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes. A Arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de sentença, que tem qualidade de título executivo judicial, não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal." 127

No entanto, há divergências mais significativas, por exemplo, em encaixar a Arbitragem na definição de jurisdição de Carnelutti. Sabe-se que, de acordo com este autor, a Jurisdição é a atividade do Estado responsável pela justa composição da lide, e essa conceituação é criticada, deveras, quando na lidenão existe composição, melhor adequação de tal conceito, que aparece já mais apurado em Chiovenda, que definiu "Jurisdição de cunho declaratório", explicitando além disso, que a Jurisdição pressupõe a substituição da vontade das partes pelo Estado na aplicação da lei no caso concreto, eis que advém da inércia do Estado. Realmente, por outro viés particular, a arbitragem tem por objetivo eliminar o litígio, sendo está a finalidade precípua da Jurisdição.

Na verdade, Jurisdição, expressão que designa a ideia de estabilidade de uma decisão conforme a lei, porta o renascimento do direito constitucional que se deu no ambiente de constitucionalização do país pela convocação, elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988, e sem maiores delongas, nas emendas constitucionais havidas ao longo de sua promulgação, a Constituição foi capaz de promover a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, a "era de chumbo", para um Estado Democrático de direito.128

Sob o manto da Constituição Federal de 1988, o Direito Constitucional no Brasil teve seu apogeu em menos de uma geração. Uma constituição, a base de uma sociedade democrática de direito, que visa simbolizar conquistas e estimular novos avanços nas políticas públicas como a cultura da paz, preponderante em seu preâmbulo, que instituiu um Estado Democrático, assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais, estimula a utilização pela sociedade dos métodos de pacificação de litígios.

conforme o ordenamento jurídico constitucional em concreto em que for situado (Parosk, Mauro Vasci, Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição. São Paulo: LTr, 2008, p.138)

126 Figueira Jr., Joel Dias, Arbitragem, Ed. Forense, 3ªed., 2019, pag.61

127 NERY JR., Nelson, apud SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. Manual de Arbitragem: mediação e conciliação. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 4

128 Luiz Roberto Barroso, os doze anos da constituição brasileira de 1988, 2002

2. Transformação do Direito Adversarial

A cultura adversarial banhou os operadores do direito, desde os bancos acadêmicos, no qual o estudante de direito aprendeu a litigar numa sociedade beligerante, mesmo com a política da cultura da paz instituída desde a Constituição de 1988, e somente vindo a transformação de paradigma com o advento da resolução 05129, de 17 de Dezembro de 2018 e Resolução nº 2130, de 19 de Abril de 2021 do Ministério da Educação, que inseriu na norma das Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito, em homenagem as ADRs, com a inclusão das disciplinas dos métodos consensuais de composição de soluções de conflitos.

Para Eleonora Coelho, o ensino de tais métodos não deve visar apenas informar a respeito de sua existência aos futuros bacharéis de Direito, mas, principalmente, ensinar suas peculiaridades e técnicas adequadas para a sua utilização, gerando uma efetiva mudança de mentalidade. Assim, os futuros advogados estarão preparados, para apresentarem aos seus clientes outras opções além do litígio judicial.¹³¹

Esse caminho, significa maior preparo dos advogados para dirimir os conflitos de direitos patrimoniais disponíveis existentes entre particulares, que podem se submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral, mediante convenção de arbitragem, assim entendida como sendo a cláusula compromissória e o compromisso arbitral¹³², a ser solucionado perante a Câmara de Arbitragem, a qual possui força jurídica vinculante, sendo

129 Art. 3º: "O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, capacidade de argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, além do domínio das formas consensuais de composição de conflitos, aliado a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem, autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício do Direito, à prestação da justiça e ao desenvolvimento da cidadania".

130 Art. 5º : "II - Formação técnico-jurídica, que abrange, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação, observadas as peculiaridades dos diversos ramos do Direito, de qualquer natureza, estudados sistematicamente e contextualizados segundo a sua evolução e aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas relações internacionais, incluindo-se, necessariamente, dentre outros condizentes com o PPC, conteúdos essenciais referentes às áreas de Teoria do Direito, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional, Direito Processual; Direito Previdenciário, Direito Financeiro, Direito Digital e Formas Consensuais de Solução de Conflitos"; e (NR)

131 Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira/Caio Cesar Vieira Rocha, Luiz Felipe Salomão (coordenação). 2. Ed. Ver. E atual. – [2. Reimpr] – São Paulo: Atlas, 2017, p.113

132 Lei 9.307/1996 - Art. 9º: "O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial".

que a decisão do Juízo Arbitral não poderá ser modificada na esfera judicial, desde que presentes todos os requisitos de validade da sentença.

A liberdade dos particulares em ver suas controvérsias solucionadas no Juízo Arbitral provem da evolução dos ADRs, métodos estes que já existiam muito antes da estatização da solução de conflitos pelo Judiciário. Embora tenham tomado nova forma ao serem firmados pelos ideais do constitucionalismo contemporâneo baseado na Dignidade da Pessoa Humana como valor fundamental.

Salientou Figueira Jr., que a justiça de mão própria ou autotutela, na medida em que instituições eram ainda tênues e insuscetíveis de resolver os conflitos de interesse, seja por falta de organização, seja de autoridade, confundiam-se na mesma pessoa tanto na Grécia antiga, quanto em Roma – inclusive durante a realeza e regime republicano – as funções de autoridade política do magistrado com o de sacerdote.¹³³

A sociedade evoluiu para a chamada Justiça Privada, bem diferente do tempo antigo em o conflito que era resolvido diretamente pelo ofendido, como por exemplo, na chamada, lei do talião que na mesopotâmia pregava: “olho por olho dente por dente”. Nessa toada evolutiva, passaram a ser resolvidos as controvérsias pelo grupo social ou por terceiro destacado para a solução do conflito. Nessa premissa, vimos que é no Direito Romano que deu suporte com mais especificidade ao instituto da arbitragem ou compromisso arbitral; decorrente da autonomia da vontade das partes, na essência contratual. Portanto: Qualquer divergência ou controvérsia decorrente da interpretação ou execução de contrato poderá ser definitivamente solucionada por arbitragem, por um ou mais árbitros indicados de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Instituição indicada na cláusula.

A mudança foi se espargindo na busca de alternativas de soluções de controvérsias, na medida em que se percebeu que a Jurisdição Estatal era lenta, dispendiosa e burocrática.

Mas, o grande impulso se deu após a promulgação da Lei 9.307/1996 que abriu caminho para o apogeu da arbitragem na cultura brasileira. Uma das mudanças ocorreu com o fortalecimento da decisão arbitral, que dispensou a homologação pelo judiciário (art.18), que adquire força de sentença como a do juiz togado, e a plena eficácia da cláusula compromissória para instaurar a Arbitragem (art. 3º) e a dispensa da dupla homologação para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras (art. 35).

3. Dualidade Jurisdicional da jurisdição Estatal e da Jurisdição Arbitral

¹³³ Figueira Jr., Joel Dias, Arbitragem, Ed. Forense, 3ªed., 2019, pag.2

O legislador esculpiu no Código de Processo Civil a norma de direito e garantia fundamental expresso no artigo 5º, XXXV, da Lei Maior¹³⁴ na aplicação direta da arbitragem, da lei 9.307/1996, sem violação do acesso à Justiça na Jurisdição Estatal, assim assentado o entendimento no Supremo Tribunal Federa¹³⁵, quanto a discussão da constitucionalidade da lei de arbitragem no âmbito da jurisdição privada.

E tomou corpo no Código de Processo Civil de 2015, quando, certamente, fez alterar a redação do § 3º do art. 33 da Lei de Arbitragem, para adotar a dualidade jurisdicional ao estabelecer um paralelo entre a Jurisdição Estatal e a Jurisdição Arbitral, como se infere do artigo 3º, § 1º, e do artigo 42, ambos do referido diploma legal. Trata-se a arbitragem de substituição voluntária da jurisdição estatal pelas partes, decorrente da vontade negocial dos conflitantes (Lei nº 9.307/1996, alterada pela Lei nº 13.129/2015).

Segundo Figueira Jr., o legislador deu um grande salto, à frente, ao tratar do tema atinente ao princípio da inafastabilidade da jurisdição ao conferir no *caput* do aludido art. 3º, redação diversa do disposto no art. 5º, XXXV, com precisão técnica ao tratar esse instituto, pois o sistema garante a todos, indistintamente, não apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas o acesso à jurisdição, que tem espectro muito mais amplo e, como corolário, o acesso à Justiça, isto é, o acesso a Jurisdição (seja ela pública ou, quando for o caso, privada).

Insta mencionar que o acesso à Justiça se dá também por outras formas consensuais de composição da lide, pelos métodos chamados autocompositivos como da mediação e conciliação. Daí a importância do artigo 3º, §1º do Código de Processo Civil, que de sobremaneira harmonizou o instituto da jurisdição na utilização da jurisdição Arbitral – chamado heterocomposição¹³⁶, como uma das formas alternativas de soluções de conflito (lei 9.307/1996, art. 1º) com suporte da garantia esculpida no preâmbulo da Constituição e no acesso ao Poder Judiciário.

Cassio Scarpinella, equipara a Arbitragem a um ato jurisdicional, como se verifica no artigo 515, VII CPC/15, o qual tem como objetivo de readequar e reafirmar a Jurisdição como um *método*, jurisdicional, de solução de conflitos.

A vantagem para aqueles que escolhem a alternativa de resolverem os seus conflitos no Juízo Arbitral, ocorre na medida em que o procedimento arbitral é bem mais

¹³⁴Art. 5º, **XXXV** - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

¹³⁵ O STF manifestou entendimento pela constitucionalidade da lei 9.307/1996, orientando os juristas no acórdão proferido em SE 5206 AgR/EP

¹³⁶ Heterocomposição - consiste na solução do conflito por um terceiro (juiz ou arbitro) imparcial, que decide com força obrigatória sobre os litigantes, que são submetidos à decisão judicial ou Arbitral. A decisão não é das partes, mas de uma pessoa ou órgão acima delas.

flexível do que o processo judicial. A Arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral, e não precisa seguir fielmente as regras do Código de Processo Civil. As partes poderão adotar, como normas procedimentais, as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada. Caso não haja estipulação expressa sobre o procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

O procedimento arbitral deverá observar, obrigatoriamente, os seguintes princípios processuais, sob pena de nulidade da sentença:

- contraditório;
- igualdade das partes;
- imparcialidade do árbitro; e
- livre convencimento do árbitro.

Como se sabe é o Direito material aquele que efetivamente garante algo para as partes no processo; ele é o próprio objeto definido nos conflitos, portanto, a Lei de Arbitragem trouxe em seu bojo todo o arcabouço necessário para a aplicação do procedimento arbitral. De fato, o processo é instrumento a favor do direito material, ou seja, é o verdadeiro direito a ser protegido quando de sua declaração pelo árbitro, com poder de declarar o direito (com coisa julgada) é a nota fundamental da atividade jurisdicional (art. 18)¹³⁷

Nessa esteira, a sentença Arbitral é dotada de estabilidade entre as partes, como a coisa julgada¹³⁸, mas existe ainda a norma material, em que a Lei de Arbitragem autoriza, excepcionalmente, a discussão da sentença Arbitral, dentro de certas circunstâncias, em juízo¹³⁹ (art. 31, art. 33).

De regra, notamos a dualidade de Jurisdição Estatal e Jurisdição Arbitral, que se entrelaçam harmonicamente entre si, por meio dos dispositivos legais da Arbitragem e do direito adjetivo processual, dando concretude ao microsistema processual, nessa seara equiparou o árbitro ao juiz e a sentença arbitral à sentença judicial, passando ambas a ter

¹³⁷ Art. 18. "O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário."

¹³⁸ Art. 31. "A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo."

¹³⁹ Art. 33. "A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei"

a mesma natureza jurídica, qual seja, natureza de título executivo judicial, fazendo coisa julgada material (Lei nº 9.307/1996, art. 31; CPC, art. 515, VII).

Exemplo, existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim (Lei nº 9.307/96, art. 7º).

Conclusão

É pela dualidade da Jurisdição e competência do árbitro que as partes podem fazer a escolha entre o juiz estatal e o arbitral para solucionar o conflito existente entre elas, não há nenhum obstáculo ao acesso à justiça, nem pela Lei de Arbitragem e nem mesmo pelo CPC/2015.

Como regra, a Jurisdição civil comum não pode rever ou discutir o mérito das decisões da jurisdição arbitral, vez que, como visto, trata-se de funções judicantes paralelas, sendo uma disciplinada pelo Processo Civil e outra pela legislação extravagante, não havendo, necessariamente, uma hierarquia entre elas.

O controle judicial das decisões do juiz arbitral está restrito às hipóteses dos artigos 32 e 21, § 2º, da Lei de Arbitragem, a saber a nulidade ou a inobservância da convenção de arbitragem, a incapacidade dos árbitros, à falta dos requisitos formais da decisão, a prevaricação, a concussão ou a corrupção passiva dos juízos ou a inobservância das garantias fundamentais do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade dos árbitros e do seu livre convencimento.

Um bom sistema arbitral é aquele em que as partes venham submeter-se à Arbitragem numa manifestação de vontade absolutamente livre, plenamente conscientes dos riscos em que incorrem, pela concreta avaliação dos benefícios que a arbitragem lhes oferece.

REFERENCIAS

Carnelutti, Francesco, Sistema de direito processual Civil/Francesco Carnelutti/Traduzido por Hiltomar Martins de Oliveira – 1.Ed. – São Paulo: Classic Book,2000.

Comentários ao Código de Processo Civil/coord. Angelica Arruda Alvin...[et.al.] - 2 ed. São Paulo, Saraiva, 2017.Bueno,

Cassio Scarpinella - Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, 2. ed. rev. Atual e ampliada, São Paulo, Saraiva, 2016.

NERY JR., Nelson, apud SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. Manual de Arbitragem: mediação e conciliação. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz/ Coord. Carlos Alberto Carmona, Selma Ferreira Lemes, Pedro Batista Martins - 1. Ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

Curso de Arbitragem/Coord. Daniel Levy e Guilherme Setoguti J. Pereira- 2. Ed. –São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

Figueira Jr., Joel Dias, Arbitragem/Joel Dias Figueira Jr. – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

Revista de Processo | vol. 58/1990 | p. 33 - 40 | Abr - Jun / 1990 Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 1/2014 | p. 833 - 844 | Set / 2014

https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11431/2/Jurisdicao_segundo_Giusepe_Chiovenda_versus_jurisdicao_no_paradigma_do_processo_democratico_de_direito_algumas.pdf, 21/06/2021

CONCESSÃO DE ISENÇÃO HETERÔNOMA, NO CONTEXTO DO ISSQN – IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA, EM FACE DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DA VEDAÇÃO DE CONCESSÃO DE ISENÇÕES HETERÔMAS

MARCOS ANDRÉ MOREIRA DA SILVA:
Graduando do Curso de Direito pelo Centro
Universitário CEUNI - FAMETRO

KON TSIH WANG¹⁴⁰

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo mostrar, de forma sucinta, a questão que se põe a respeito das isenções heterônomas, com destaque para a análise acerca da possibilidade da concessão de isenção de tributos municipais mediante o instituto da Isenção Heterônoma, de forma a verificar os efeitos da concessão de isenção do ISSQN mediante o fenômeno da Isenção Heterônoma, bem como avaliar as consequências da concessão de isenção do ISSQN ao ente municipal afetado. O tema em questão, por estar afeto entre as vedações endereçadas aos entes políticos, referente ao poder de tributar, de que não se concede isenção de tributo de outro ente político, senão aquele que instituiu a exação, ainda é controvertido e suscita dúvidas. Tal comando, ainda que endereçado à União, também é perfeitamente aplicado aos demais entes políticos, em razão do princípio federativo, que vige no atual contexto constitucional. Embora não se tenha havido alterações no atual texto constitucional, especificamente na parte de que trata da vedação à isenção heterônoma, o tema, como não poderia deixar de o ser, já foi objeto de discursão judicial no Supremo Tribunal Federal – STF, na hipótese de concessão de isenções por meio de tratados internacionais. Assim considerando o ponto central da presente pesquisa é verificar como a eventual renúncia de receita, decorrente de isenção heterônoma repercute

140 Advogado militante e professor universitário. Graduado em Direito pelo Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas. Pós-graduado em 4 áreas: - Direito Civil e Processual Civil; - Direito Tributário e Legislação de Impostos; - Direito Civil e Empresarial; e - Ciências Jurídico-Processuais. Mestre em Direito (Ciências Jurídico-processuais). Doutorando em Direito. Professor da Graduação em Direito do Centro Universitário CEUNI - FAMETRO (Direito Tributário I e Direito Tributário II). Professor em Direito Tributário da Universidade Federal do Amazonas (Bacharelado em Ciências Contábeis e Administração). Professor da Pós-graduação em Direito Tributário do Centro Universitário CEUNI - FAMETRO (Módulo: Impostos da União). Professor da Pós-graduação em Direito Tributário da Faculdade Martha Falcão - Wyden (Módulos: Processo Administrativo Tributário; e Tributos Federais). Professor da Pós-graduação em Direito Tributário da Escola Superior de Advocacia - OAB/AM (Módulo: Tributos Federais). Professor da Pós-graduação em Direito Tributário do Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas - CIESA (Módulos: Tributos Federais; e Tributos Estaduais). Conselheiro Seccional Suplente da OAB/AM para o triênio 2019-2021. Membro do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/AM.

no cumprimento da receita do município, sobretudo no plano de arrecadação de recursos financeiros.

PALAVRAS-CHAVE: Tributário. Isenção. Heterônoma. Isenção heterônoma do ISSQN.

ABSTRACT: This paper aims to succinctly show the question that arises regarding heteronomous exemptions, with emphasis on the analysis of the possibility of granting municipal tax exemption through the Institute of Heteronomic Exemption, in order to verify the effects of granting of ISSQN exemption through the phenomenon of Heteronomous Exemption, as well as evaluating the consequences of granting ISSQN exemption to the affected municipal entity. The issue in question, as it is affected by the prohibitions addressed to political entities, referring to the power to tax, that no tax exemption is granted to another politician, other than the one who instituted the tax, is still controversial and raises doubts. Such command, although addressed to the Union, is also perfectly applied to other political entities, due to the federative principle that prevails in the current constitutional context. Although there have been no changes in the current constitutional text, specifically in the part that deals with the prohibition of heteronomous exemption, the issue, as it could not be otherwise, has already been the subject of judicial discussion at the Federal Supreme Court - STF, in the event of granting exemptions through international treaties. Thus, considering the central point of this research is to verify how the eventual waiver of revenue, resulting from heteronomous exemption, affects the fulfillment of the municipality's revenue, especially in the fundraising plan.

KEYWORDS: Tax Exemption. Heteronomic. ISSQN heteronomous exemption.

SUMÁRIO: INTRUDUÇÃO. 1.CONCEITO JURÍDICO DE ISENÇÃO; 2.ISENÇÃO COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DO CREDITO TRIBUTÁRIO; 2.1.Previsão constitucional e infraconstitucional; 3. LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR: 3.1. Competência Tributária; 3.2.Limitações ao poder de tributar em espécie; 4.ISENÇÃO HETERONOMA: 4.1.Perspectiva histórica da Isenção Heterônoma; 4.2. Previsão no atual contexto constitucional; 4.3.Abordagem doutrinária; 5.ISENÇÕES HETERONOMAS NO CONTEXTO ORÇAMENTÁRIO DO MUNICÍPIO: 5.1.Receitas Públicas; 5.2.Isenção heterônoma constitucional autorizada do ISSQN; 6.INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DA ISENÇÃO HETERÔNOMA: 6.1.Interpretação constitucional do STF; 6.2.Interpretação Infraconstitucional do STJ; 7.CONCLUSÃO; 8.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Cuide-se de breve análise do tema “Isenções Heterônomas” no ordenamento jurídico brasileiro, no contexto do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, de competência dos municípios e de que forma tal fenômeno das isenções heterônoma pode ocorrer.

Em outras palavras, o estudo em questão visa a demonstrar quais são as possibilidades e, até mesmo vedações e reflexos nas receitas dos municípios, pertinentes à concessão de isenções tributárias, no que concerne a tributos pertencentes a outros entes, em razão da vedação existente no artigo 151, inciso III¹⁴¹, conforme consta da redação atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a CRFB/88.

O tema ainda é pouco aprofundado pela doutrina e jurisprudência, sendo que a presente pesquisa se torna relevante à medida em que pode trazer contribuições teóricas e práticas, sobre a aplicação da concessão de isenção heterônoma do ISSQN, na área do Direito Tributário.

Embora o dispositivo em tela, objeto de investigação, não tenha sofrido nenhuma alteração no texto constitucional nos últimos 30 (trinta) anos, desde a promulgação da CRFB/88, ainda assim o tema ainda é controvertido, suscita dúvidas, gera conflitos e até mesmo polêmicas na seara jurídica.

Nesse sentido, a pesquisa pretende contribuir para o esclarecimento do seguinte problema central, que se coloca: em que situações é possível à União conceder isenções de ISSQN da competência dos Municípios?

Utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica, sendo abordados estudos de doutrinadores, jurisprudências, e matéria do direito Constitucional e Tributário, principalmente de artigos científicos, dissertações ou teses, em virtude da necessidade de trazer à tona uma discussão acadêmica do tema: Concessão de Isenção Heterônoma. É válido supor, que no caso específico dos municípios, que tem na sua receita própria principal a arrecadação do ISSQN, qualquer concessão de isenção imposta pela União, que caracterize renúncia de receita, compromete o cumprimento da receita orçamentária.

O conhecimento dos riscos fiscais, que interferem na qualidade da arrecadação do município pode amenizar o risco de perda de receita tributária. Surge uma questão importante a ser respondida: Quais os impactos da concessão de Isenção Heterônoma do ISSQN ao ente tributante?

Portanto, no intuito de sobrepujar esta situação, faz-se necessário uma abordagem, que partirá da Lei Complementar n.º 116/2003¹⁴² para abordar a questão da Isenção Heterônoma do ISSQN, a qual dispõe que o ISSQN tem como fato gerador a prestação de

¹⁴¹ Art. 151. É vedado à União:

III - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

¹⁴² Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências.

serviços constante na lista anexa, que é o objeto deste artigo.

1 CONCEITO JURÍDICO DE ISENÇÃO

A isenção é uma das causas de exclusão do crédito tributário, prevista no artigo 175, inciso I143, do vigente Código Tributário Nacional - CTN, sendo a dispensa legal do tributo. No entanto, a sua concessão exige lei, de acordo com os artigos 97, inciso VI144 e artigo 176145, ambos também do CTN, concretizando o preceito constitucional previsto no artigo 150, §6.º, da CRFB/88, de que a isenção só poderá ser concedida mediante lei específica federal, estadual ou municipal.

A doutrina especializada, ao estudar esse instituto, diz o seguinte: Mazza (2019, p. 447), afirma que a Isenção imprópria ou heterônoma é um tipo especial de isenção concedida por entidade diversa daquela competente para instituir o tributo. Trata-se de uma exceção à autonomia dos entes políticos para conceder benefícios aos seus próprios tributos. Por isso, somente a Constituição Federal pode prever isenções heterônomas.

Coelho (2016, p. 470), ao seu turno, vê a Isenção heterônoma como aquela que é a concedida pelo Poder Legislativo de uma pessoa jurídica de Direito Público que não tem competência para instituir o tributo objeto da isenção. A isenção heterônoma é isenção de tributo de alheia competência.

Para Paulo de Barros (2019, p. 497) ao analisar esse importante instituto jurídico do Direito Tributário, concluiu que as regras de isenção tributária nada mais são do que normas de estrutura e não normas de comportamento, dado que as primeiras regulam alteram os efeitos das segundas.

Assim, o referido autor vê as regras de isenção, que são normas de estrutura, como reguladoras no relacionamento das normas de conduta, alterando seus efeitos. Dessa forma, a regra de isenção funcionaria da seguinte forma: [...] "O que o preceito de isenção

143 Art. 175. Excluem o crédito tributário:

I - a isenção;

144 Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

[...]

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

145 Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, **é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração.** (sem grifos no original)

faz é subtrair parcela do campo de abrangência do critério do antecedente ou do consequente”

Nessa hipótese, infere-se que a isenção retira uma parte da regra de incidência, de modo que, pessoas ou determinadas situações, assim estabelecidas em lei, ficam desobrigadas de proceder ao pagamento da exação.

Por outro lado, no caso das isenções heterônomas, conforme leciona Sabbag (2018, p. 292), entende por isenção heterônoma como princípio constitucional previsto no artigo 151, inciso III, da CRFB/88 como comando que,

veda à União a concessão de isenção de tributos que refogem a seu plano de competência tributária. Em termos simples, quer-se proibir que a União venha atuar em seara competencial alheia, o que é defeso em virtude da privatividade que demarca a competência tributária, quer na vertente de instituição do tributo, quer na de sua exoneração.

2 ISENÇÃO COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

2.1 Previsão constitucional e infraconstitucional

A Constituição Federal traz no bojo de seu texto todo o arcabouço jurídico vigente no país, ou seja, como todo o regramento jurídico, o qual se deve total observância, sob o pálio, sobretudo, do Princípio da Legalidade Estrita.

No caso do tema das isenções heterônomas (também conhecida como heterotópicas) não seria diferente: reza o artigo 151, inciso III, do atual texto CRFB/88, que é proibido à União a concessão de tributos, que não se encontrem dentro do seu plano de competência. De outra forma: o que o comando constitucional quer dizer é que fica vedado à União de conceder isenções de tributos que não estejam dentro de sua competência concedida pela própria constituição federal.

Ademais, trata-se de verdadeira garantia ao pacto federativo, de modo que se impede que o ente maior, no caso a União, venha a conceder isenções de tributos do ente menor, o que configuraria interferência na arrecadação de tributos, situação não permitida pela constituição federal, o que se conclui, que deve prevalecer a regra das isenções autônomas, aquela que é concedida pelo próprio ente que criou o tributo.

Em contrapartida, no plano infraconstitucional, no Código Tributário Nacional – CTN, no artigo 176, afirma como regra essencial que as isenções sempre são decorrentes de lei, a qual deverá especificar quais condições, bem como quais requisitos para sua

concessão e ainda, a que sorte de tributo se aplica, combinados ao prazo de duração, ainda que prevista em contrato.

Depreende-se da leitura do preceptivo em questão, que as isenções nada mais são do que benefício fiscal, concedido por meio de lei, em regra por lei elaborada do ente federativo que possui a competência para criá-lo. É o que preleciona Alexandre (2019, p. 190) ao afirmar o seguinte:

o poder de isentar é natural decorrência do poder de tributar. Em outras palavras, a regra é que as isenções sejam autônomas (ou autonômicas), porque concedidas pelo ente federado a quem a Constituição atribuiu a competência para a criação do tributo. A regra está prevista no art. 151, III, cuja redação veda à União “instituir isenções de tributos de competência do Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios”. Por simetria, é também possível afirmar que os Estados não podem conceder isenção de tributos municipais.

3 LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR

3.1 Competência tributária

Entende-se por competência tributária como poder privativo e constitucionalmente atribuído às entidades políticas internas para editar leis que instituem espécies tributárias, configurando como uma verdadeira aptidão para se criar tributos, desde que esteja dentro do campo que lhe reservou a Carta Fundamental.

Importante chamar à atenção que a Constituição Federal não cria o tributo, mas antes, atribui ao ente político interno (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) a capacidade de criá-los, cujo instrumento necessário para tal desiderato será a lei em sentido estrito, aquela compreendida dentro da competência legislativa plena do ente.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 145¹⁴⁶, estabelece a competência aos entes políticos de instituírem a seguintes espécies tributárias: os

¹⁴⁶Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

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.

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a

impostos, as taxas e a contribuição de melhoria, incluindo-se também, os empréstimos compulsórios e as contribuições sociais, a teor da teoria pentapartite adotada pelo entendimento jurisprudencial dominante do Excelso STF. Nesse diapasão, no artigo 3.^o¹⁴⁷, do CTN, a definição de tributo nos é apresentada. Seguindo até o artigo 5.^o, do mesmo CTN, podemos visualizar as espécies básicas de tributos¹⁴⁸. Já as definições de suas espécies são dadas da seguinte forma nos artigos 16, 77, e 81¹⁴⁹.

No caso dos Municípios, a estes cabem a competência para instituírem os impostos sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU, o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN e o Imposto sobre Transmissão *inter vivos* de Bens e Imóveis e de direitos reais a eles relativos – ITBI, de acordo com artigo 156, CRFB/88¹⁵⁰, o que lhes

esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

§ 2º - As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

¹⁴⁷ Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

¹⁴⁸ Art. 5º Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria.

¹⁴⁹ Art. 16º Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

¹⁵⁰ Art. 156. Compete aos Municípios instituir 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.

§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá:

I - ser progressivo em razão do valor do imóvel;

II - ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

§ 2º - O imposto previsto no inciso II:

foram atribuídos de forma exaustiva, dado que não há possibilidade de os municípios instituírem outros impostos, além dos três que lhes foram reservados.

Sendo o ISSQN - Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, tributo de competência dos Municípios, conforme previsão no artigo 156, inciso III, não compreendidos no artigo 155, inciso II, ambos da CRFB/88, permitindo dessa maneira, que os municípios tributem qualquer serviço, desde que tal serviço esteja definido em lei complementar e não esteja na competência dos Estados-membros ou do Distrito Federal.

A lei complementar a que alude o texto constitucional encontra-se editada: trata-se da Lei Complementar n.º 116/2003 (alterada pela Lei Complementar n.º 157, de 29 de dezembro de 2016), lei complementar de âmbito nacional esta, que veio a atender ao comando previsto no artigo 146, inciso III, alínea "a", da CRFB/88, ou seja, a matriz e estrutura normativas do ISSQN encontram-se regulamentadas em legislação de âmbito nacional, levando-se a concluir que, o ente municipal ao editar a lei ordinária local deve observar aquela lei complementar nacional ao instituir o tributo em tela.

Em uma visão panorâmica desse imposto, constata-se, a partir da leitura não só da CRFB/88, mas também, da legislação infraconstitucional, que a referida exação tem como fato gerador os serviços definidos no artigo 1.º (serviços indicados na lista anexa da lei complementar nacional); a base de cálculo o preço do serviço, conforme definido no artigo 7.º; contribuinte o prestador de serviços (artigo 5.º), todos na LC n.º 116/2003, tendo as alíquotas fixa ou proporcional, com percentuais de no mínimo 2% e no máximo de 5% e o lançamento é efetuado na modalidade por homologação.

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

II - compete ao Município da situação do bem.

§ 3º Em relação ao imposto previsto no inciso III do caput deste artigo, cabe à lei complementar:

I - fixar as suas alíquotas máximas e mínimas;

II - excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior

III - regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

151Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

Tem função predominantemente fiscal, sendo a principal fonte de arrecadação de recursos financeiros no plano arrecadatório dos municípios.

3.2 Limitações ao poder de tributar em espécie

As limitações constitucionais ao poder de tributar são as garantias dadas ao contribuinte contra o Estado, que estão estatuídas nos artigos 150, 151 e 152 da Constituição Federal de 1988, configurando-se como verdadeiras limitações ao exercício da competência tributária, que se materializam por meio dos princípios. São eles: Legalidade Tributária (artigo 150, inciso I)¹⁵²; Anterioridade Tributária (artigo 150, inciso III, alíneas "b" e "c")¹⁵³; Isonomia Tributária (artigo 150, inciso II)¹⁵⁴; Irretroatividade Tributária (artigo 150, inciso III, alínea "a")¹⁵⁵; Vedação ao Confisco (artigo 150, inciso IV)¹⁵⁶; Não limitação ao Tráfego de Pessoas e Bens e a Ressalva do Pedágio (artigo 150, inciso V)¹⁵⁷; Uniformidade Geográfica (artigo 151, inciso I)¹⁵⁸; Proibição da tributação federal

¹⁵² Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

¹⁵³ III - cobrar tributos:

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;(Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

¹⁵⁴II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

¹⁵⁵III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

¹⁵⁶IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

¹⁵⁷V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

¹⁵⁸ Art. 151. É vedado à União:

I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País;

diferenciada da renda da dívida pública e da remuneração dos agentes, em âmbito não federal (artigo 151, inciso II)¹⁵⁹; Proibição das Isenções Heterônomas (artigo. 151, inciso III).

Não é de todo repisar o que a doutrina diz acerca dos princípios constitucionais tributários: funcionam como pilares do Sistema Tributário Nacional escrito na CRFB/88 e atuam como verdadeiros vetores ao não só delinarem toda matéria tributária, como também delimitarem a atuação estatal, quando estes estipulam exações.

Em razão disso, os legisladores dos Municípios, assim como os da União, os dos Estados e os do Distrito Federal, devem seguir as disposições e os princípios que tratam dos aspectos estruturais do nosso ordenamento jurídico tributário, que teve seu início com a edição do Código Tributário Nacional de 1966, e foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, com status de lei complementar, conforme a inteligência dos artigos 145 a 162 da Carta Fundamental.

4 ISENÇÃO HETERÔNOMA

4.1 Perspectiva histórica da Isenção Heterônoma

Em termos históricos, nos termos da redação dada pela EC n.º 01/1969, na Carta Política de 1967, no artigo 19, §2.º, de forma excepcional, permitia-se à União conceder isenções de impostos estaduais e municipais. O texto daquela constituição anterior encontrava-se redigido da seguinte forma: “a União, mediante lei complementar a atendendo ao relevante interesse social ou econômico, poderá conceder isenções de impostos estaduais e municipais.”

Nota-se que, durante a vigência da Constituição Federal de 1967, a União possuía autorização, de forma excepcional, para proceder à concessão de isenções de impostos de competência de outros entes, o que se configura verdadeiras isenções heterônomas.

Contudo, com a nova ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988, essa concessão heterotópica desapareceu, não mais subsistindo no atual texto da Carta Política. Quis o constituinte originário vedar à União que conceda isenção de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou de Municípios, tutelando-se a autonomia das entidades políticas internas, que formam a federação brasileira, confirmando a estrutura fundamental do pacto federativo.

4.2 Previsão no atual contexto constitucional

¹⁵⁹II - tributar a renda das obrigações da dívida pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como a remuneração e os proventos dos respectivos agentes públicos, em níveis superiores aos que fixar para suas obrigações e para seus agentes;

Como é possível notar, a vedação à concessão de isenção heterônoma prevista no artigo 151, inciso III, da CRFB/88, ainda que endereçada apenas à União, também alcança, de igual sorte, os demais entes federativos. A par disso, pode-se afirmar que a norma contida no artigo 13, parágrafo único, do CTN, a qual permitia à União de conceder isenção de tributos federais, estaduais e municipais não teve sua recepção confirmada pela atual carta política.

Ademais, a norma em estudo não poderá sequer ter seu alcance reduzido por meio de emenda à constituição, ou nem mesmo poderá ser deliberada, em razão da previsão contida no artigo 60, §4.º, inciso I, da Lei Maior, por trata-se de cláusula pétrea ou núcleo imodificável da constituição.

5 ISENÇÕES HETERÔNOMAS NO CONTEXTO ORÇAMENTÁRIO DO MUNICÍPIO

5.1 Receitas Públicas

O Manual de Receita Pública elaborado pela Secretaria do Tesouro Nacional, do Ministério da Fazenda, para ser aplicado à União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Define a receita como:

Receita Pública é uma derivação do conceito contábil de Receita agregando outros conceitos utilizados pela administração pública em virtude de suas peculiaridades. São todos os ingressos de caráter não devolutivo auferidas pelo poder público, em qualquer esfera governamental, para alocação e cobertura das despesas públicas. Dessa forma, todo o ingresso orçamentário constitui uma receita pública, pois tem como finalidade atender às despesas públicas.

Conforme o artigo 11 da Lei n.º 4.320/64¹⁶⁰, a receita orçamentária divide-se em: Receitas Correntes e Receitas de Capital. Dentre as categorias das Receitas, a que utilizamos nos Município é RECEITAS CORRENTES, especificamente, a Receita Tributária.

¹⁶⁰ Art. 11 - A receita classificar-se-á nas seguintes categorias econômicas: Receitas Correntes e Receitas de Capital. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.939, de 20.5.1982).§1º - São Receitas Correntes as receitas tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.939, de 20.5.1982).§2º - São Receitas de Capital as provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; da conversão, em espécie, de bens e direitos; os recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, destinados a atender despesas classificáveis em Despesas de Capital e, ainda, o superávit do Orçamento Corrente. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.939, de 20.5.1982).§3º - O superávit do Orçamento Corrente resultante do balanceamento dos totais das receitas e despesas correntes, apurado na demonstração a que se refere o Anexo nº 1, não constituirá item de receita orçamentária. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.939, de 20.5.1982).§4.º - A classificação da receita

Receita Tributária é toda fonte de renda que deriva da arrecadação estatal de tributos, dos quais são espécies os Impostos, as Taxas, as Contribuições de Melhoria, os Empréstimos Compulsórios e as Contribuições Especiais. Todos prefixados em lei em caráter permanente. Teoricamente, as receitas tributárias têm como finalidade o custeio das despesas estatais e suas necessidades de investimento.

Quanto ao resultado orçamentário a receita e a despesa orçamentárias assumem fundamental importância, pois de acordo com o artigo 9º da Lei Complementar n.º 101/2000, de 4 de maio de 2000¹⁶¹ – Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), a arrecadação é instrumento condicionante da execução orçamentária da despesa.

A resposta a nossa pesquisa talvez seja, em o quão representa a renúncia à receita do imposto, da Isenção Heterônoma do ISSQN concedida pela Constituição Federal, aos entes municipais tributantes do imposto. Uma vez que, os Municípios tributantes elaboram os seus próprios orçamentos, em cumprimento ao que dispõe §6.º do artigo 165 da Constituição Federal¹⁶², que estabelece a obrigação do Poder Executivo apresentarem o demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza tributária, financeira e creditícia, e do inciso II do art. 5º da Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000¹⁶³, que estabelece que o projeto de lei orçamentária anual (LOA).

5.2 Isenção heterônoma constitucional autorizada do ISSQN

obedecerá ao seguinte esquema: (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.939, de 20.5.1982). RECEITAS CORRENTES Receita Tributária; Impostos; Taxas; Contribuições de Melhoria; Receita de Contribuições; Receita Patrimonial; Receita Agropecuária; Receita Industrial; Receita de Serviços; Transferências Correntes; e Outras Receitas Correntes. RECEITAS DE CAPITAL Operações de Crédito; Alienação de Bens; Amortização de Empréstimos; Transferências de Capital; Outras Receitas de Capital.

¹⁶¹Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

¹⁶² Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

§ 6º O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

¹⁶³Art. 5º O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar:

II - será acompanhado do documento a que se refere o § 6º do art. 165 da Constituição, bem como das medidas de compensação a renúncias de receita e ao aumento de despesas obrigatórias de caráter continuado;

Como é cediço, o atual texto constitucional proíbe que um ente federativo, que não instituiu ou criou o tributo, possa conceder isenções de tributos pertencentes a outro ente, que não os que estejam em sua própria competência.

No entanto, este princípio possui exceções. Uma delas, a prevista no artigo 156, §3º, inciso II, da CRFB/88, a qual permite a União, por meio da Lei Complementar n.º 116/2003, artigo 2.º, inciso I, excluir a incidência de ISSQN nas exportações de serviços para o exterior, que é o tributo de competência municipal, objeto desta pesquisa.

A outra possibilidade, segundo à interpretação sistemática da Constituição Federal efetuada pelo Excelso STF, diz respeito à possibilidade de tratado internacional conceder isenções de tributos estaduais e municipais. Nessa hipótese, considerando que o Presidente da República age em nome da República Federativa do Brasil, como Chefe de Estado, a quem cabe assinar tratados internacionais e falar em nome da nação brasileira no exterior, e não em nome da União, em âmbito interno como Chefe de Governo. Nesse caso, segundo o Pretório Excelso, a eventual concessão de isenção de tributo não se enquadra na hipótese de isenção heterônoma.

6 INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DA ISENÇÃO HETERÔNOMA

6.1 Interpretação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal

A jurisprudência acerca do tema tem, a Excelsa Suprema Corte Constitucional tem entendido que, os tratados internacionais, em matéria tributária, possuem força de lei. Assim, quando da assinatura de um tratado internacional – a República Federativa do Brasil, pessoa jurídica de direito público internacional, é diferente daquela que seria a competente para a instituição do tributo. Em razão disso, interpreta o STF que tal hipótese não se enquadra na hipótese de isenção heterônoma. A esse propósito, colha-se o seguinte julgado:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 DO ACORDO GERAL DE TARIFAS E COMÉRCIO. ISENÇÃO DE TRIBUTO ESTADUAL PREVISTA EM TRATADO INTERNACIONAL FIRMADO PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. ARTIGO 151, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ARTIGO 98 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ISENÇÃO HETERÔNOMA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A isenção de tributos estaduais prevista no Acordo Geral de Tarifas e Comércio para as mercadorias importadas dos países signatários quando o similar nacional tiver o mesmo benefício foi recepcionada pela Constituição da República de 1988. 2. O artigo

98 do Código Tributário Nacional "possui caráter nacional, com eficácia para a União, os Estados e os Municípios" (voto do eminente Ministro Ilmar Galvão). 3. No direito internacional apenas a República Federativa do Brasil tem competência para firmar tratados (art. 52, § 2º, da Constituição da República), dela não dispondo a União, os Estados-membros ou os Municípios. **O Presidente da República não subscreve tratados como Chefe de Governo, mas como Chefe de Estado, o que descaracteriza a existência de uma isenção heterônoma, vedada pelo art. 151, inc. III, da Constituição.** 4. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF - RE 229096, Relator(a): ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 16/08/2007, DJe-065 DIVULG 10-04-2008 PUBLIC 11-04-2008 EMENT VOL-02314-05 PP-00985 RTJ VOL-00204-02 PP-00858 RJTJRS v. 45, n. 275, 2010, p. 29-42) (sem grifos no original)

6.2 Interpretação infraconstitucional pelo Superior Tribunal de Justiça

No que diz respeito à interpretação infraconstitucional do Colendo STJ, reafirma a impossibilidade de a União conceder isenções de custas judiciais de processos que tramitam na Justiça Estadual, reafirmando dessa forma a impossibilidade de se conceder isenções de tributos, de entes que não os tenha instituído. É o que diz o teor do enunciado de súmula n. 178:

SÚMULA N. 178. O INSS não goza de isenção do pagamento de custas e emolumentos, nas ações acidentárias e de benefícios, propostas na Justiça Estadual.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa se propõe, neste primeiro momento, como objetivo geral, investigar a ocorrência da concessão de isenções heterônomas no Direito Tributário Brasileiro, com destaque para os efeitos da concessão de isenção do ISSQN mediante Isenção Heterônoma

A fim de que a pesquisa não se restringisse apenas à doutrina pertinente a obras de Direito Tributário e artigos científicos, de igual maneira, buscou-se como fonte de investigação as decisões judiciais acerca do eixo temático, em especial as decisões do STF e do STJ, que tratam da ocorrência de concessões de isenções heterônomas, a fim de que se verificasse como as mais altas cortes interpretam o tema.

Buscou-se também verificar os reflexos da isenção heterônomas no contexto da elaboração dos orçamentos, sobretudo na obrigação de os municípios seus orçamentos

com os demonstrativos regionalizados do efeito das despesas e das receitas, como determina a Lei de Responsabilidade Fiscal, porém em havendo uma eventual concessão heterônoma, a entidade deverá equacionar essa dispensa, uma vez que é a própria Lei Fundamental que abre essa possibilidade de dispensa da arrecadação.

Assim, constata-se que, se de um lado a municipalidade está obrigada aos mandamentos cogentes do que diz a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n.º 101/200), ao apresentar o plano de arrecadação da receita, da mesma forma, em ocorrendo a concessão de isenção de tributos de sua competência, de forma heterônoma, esse efeito também deverá ser evidenciado nas demonstrações financeiras, aquelas previstas pela Lei n.º 4.320/64, dado que a receita condiciona da correta execução orçamentaria.

Em suma, resta ao ente municipal ao mesmo tempo ter que cumprir a eventual isenção heterônoma de um de seus impostos, de modo a realizar a possibilidade aberta pelo texto fundamental da CRFB/88, e cumprir os mandamentos das leis infraconstitucionais, em destaque a Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000 e a Lei n.º 4.320/64.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. 13.^a ed. rev. e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Tributário na Constituição e no STF. 17.^a ed. rev., atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Editora Método, 2014.

ALVES, Renato José Ramalho - TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA NO BRASIL: APLICABILIDADE E QUESTÕES CONTROVERSAS. Revista Tributária e de Finanças Públicas - vol. 134/2017, p. 37/64, maio - jun/2017, DTR\2017\1560.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. MEMÓRIA JURISPRUDENCIAL: MINISTRO ALIOMAR BALEEIRO / JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR. – Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006. – (Série memória jurisprudencial)

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 20 de agosto de 2020.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 20 de agosto de 2020.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 de março de 2020.

BRASIL. Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964: Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm>. Acessado em 12/05/2021.

BRASIL. Lei n.º 5.172 de 25 de outubro de 1966: CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. Poder Executivo, Brasília, DF, 25 de outubro de 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acessado em 12/05/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. ADI 4825. Ação Direta de Inconstitucionalidade, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 08-02-2017 PUBLIC 09-02-2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. AI 235708. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/08/2010, DJe-173 DIVULG 16-09-2010 PUBLIC 17-09-2010 EMENT VOL-02415-03 PP-00477 LEXSTF v. 32, n. 382, 2010, p. 44-47.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. ARE 1171153. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo AgR. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 10-05-2019 PUBLIC 13-05-2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. INFORMATIVO N.º 70 - Brasília, 5 a 9 de maio de 1997. Isenção Onerosa e Direito Adquirido. RE 1484535 Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 06/05/1997, DJ. 17/10/1997. EMENTÁRIO n.º 1887-01.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. RE 206397. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário AgR. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 13/02/1998, DJ. 20-03-1998 PP-00013 EMENT VOL-01903-07 PP-01338.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. RE 229096. Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 16/08/2007, DJe-065 DIVULG 10-04-2008 PUBLIC 11-04-2008 EMENT VOL-02314-05 PP-00985 RTJ VOL-00204-02 PP-00858 RJTJRS v. 45, n. 275, 2010, p. 29-42.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. RE 254406. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário AgR. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em

02/03/2010, DJe-050 DIVULG 18-03-2010 PUBLIC 19-03-2010 EMENT VOL-02394-02 PP-00480.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. RE 543943. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário AgR. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 30/11/2010, DJe-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15-02-2011 EMENT VOL-02464-02 PP-00469 RT v. 100, n. 908, 2011, p. 470-479.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3.^a Região – TRF3. AI – Agravo de Instrumento - 5003069-37.2017.4.03.0000, 3.^a Turma, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 09/02/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 16/02/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp 831124 RJ 2006/0052272-7 – Rel. Ministro JOSÉ DELGADO. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/36359/recurso-especial-resp-831124-rj-2006-0052272-7> Acesso em: 15 de maio de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. AgInt no REsp 1660202/SP. Agravo Interno no Recurso Especial. Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5^a REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 27/02/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp 1085655/SP. Recurso Especial. Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 14/09/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp 90.871/PE. Recurso Especial. Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/06/1997, DJ 20/10/1997, p. 52977.

_____. LEI COMPLEMENTAR N.º 116, de 31 de julho de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm>. Acesso em: 13 de março de 2020.

_____. LEI COMPLEMENTAR N.º 157, de 29 de dezembro de 2016. Altera a Lei Complementar no 116, de 31 de julho de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp157.htm>. Acesso em: 11 de março de 2020.

_____. LEI COMPLEMENTAR N.º 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: 11 de março de 2020.

CANOTILHO, J.J. Gomes [et all]; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Salert, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. Comentários à Constituição do Brasil. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação - Série IDP, 2018.

CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 32.^a ed. rev., atualizada e ampliada até a EC n.º 99/2017. São Paulo: Editora Malheiros, 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 30.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro, 1940. Curso de direito tributário/Sacha Calmon Navarro Coêlho. – 15.^a ed. rev. E atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 7.^a ed. rev. e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 27.^a ed. rev., atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 34.^a ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

MARICATO, Andréia Fogaça - ISENÇÃO HETERÔNOMA NO DIREITO TRIBUTÁRIO. Revista Jurídica/Periódico Científico do Curso de Direito – Faculdades Integradas Claretianas, Rio Claro/SP, vol. único, p. 46/76, Ano VIII, 2013.

MAZZA, Alexandre. Manual de direito tributário / Alexandre Mazza. – 5.^a edição – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MINARDI, Josiani. Manual de Direito Tributário. 6.^a ed. rev., ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário Completo. 10.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário / Eduardo Sabbag. – 10.^a edição – São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, Mariana Campos Appel da. A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE ISENÇÕES DE TRIBUTOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS EM TRATADOS INTERNACIONAIS. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica -ISSN 1980-7791. Consultado em 27 de junho de 2019.

SOARES, Clara Gabriela Albino; ALVES, Jaime Leônidas Miranda [et all] - A ISENÇÃO HETERÔNOMA NOS TRATADOS INTERNACIONAIS COMO LIMITAÇÃO AO PODER ESTATAL DE TRIBUTAR. Revista Tributária e de Finanças Públicas - vol. 123/2015, p. 55/78, jul - ago/2015, DTR\2015\9812.

VIDAL, Júlia Brilhante Portela – ISENÇÃO HETERÔNOMA POR VIA DE TRATADOS INTERNACIONAIS. Conteúdo Jurídico, Brasília/DF: 29 de fev. 2020. Em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46588/isencao-heteronoma-por-via-de-tratados-internacionais>. Acesso em 29 de fev. 2020.

A CONTRIBUIÇÃO HUMANISTA DE ANTONIO DE NEBRIJA

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba¹⁶⁴

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma análise sobre a contribuição de Antonio de Nebrija. Um intelectual e humanista das mais destacadas letras castelhanas. A sua importância histórica reside principalmente no facto de ter sido o autor da primeira Gramática Castellhana, publicada em 1492, um dicionário e um livro de vocabulário hispano-latim e latino-espanhol, bem como muitos outros textos principalmente sobre gramática e filologia.

PALAVRAS-CHAVE: Humanismo; Antonio; Nebrija.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo analizar sucintamente la contribución de Antonio de Nebrija. Un intelectual y humanista de las más destacadas letras castellanas. Su importancia histórica radica principalmente en el hecho de que fue autor de la primera Gramática castellana, publicada en 1492, un diccionario y libro de vocabulario español-latín y latín-español, así como muchos otros textos principalmente sobre gramática y filología.

PALABRAS CLAVE: Humanismo; Antonio; Nebrija.

ABSTRACT: This article aims to succinctly analyze the contribution of Antonio de Nebrija. An intellectual and humanist of the most outstanding Castilian letters. His historical importance lies mainly in the fact that he was the author of the first Castilian Grammar, published in 1492, a Spanish-Latin and Latin-Spanish dictionary and vocabulary book, as well as many other texts mainly on grammar and philology.

KEYWORDS: Humanism; Antonio; Nebrija.

INTRODUÇÃO

164. E-mail: benignonovo@hotmail.com



Elio **Antonio de Nebrija** (nascido Antonio Martínez de Cala, Lebrija, província de Sevilha, 1444 — Alcalá de Henares, 5 de julho de 1522) foi um humanista e filólogo espanhol, autor da primeira gramática da língua castelhana (1492) e do primeiro dicionário espanhol (1495).

A gramática espanhola de Nebrija é considerada o primeiro texto normativo dessa disciplina para um idioma vulgar como o espanhol, por isso estabeleceu um precedente para escritos posteriores em outros idiomas romances.

Ele também foi um excelente professor de retórica e gramática; pedagogo, historiador, tradutor, teólogo e poeta. Ele exerceu uma influência notável na chegada à Espanha das ideias humanistas italianas que precederam o Renascimento, pelo menos no que diz respeito às cartas.

Esta pesquisa é bibliográfica e histórica, justifica-se pela extrema relevância nos dias atuais da contribuição de Antonio de Nebrija para os direitos humanos.

DESENVOLVIMENTO

Elio Antonio Martínez de Cala e Xarava (de acordo com outras fontes, Antonio Martínez de Cala e Hinojosa) nasceu em Lebrija, na época chamada "Nebrissa Veneria" (às vezes transcrita como Nebrija ou Nebrixa), na província de Sevilha, em 1444. Nebrija foi o segundo dos cinco filhos de Juan Martínez de Cala e Catalina de Xarava y Ojo. Ambos os pais eram judeus convertidos ao catolicismo. Ele tinha dois irmãos e duas irmãs.

Desde os 15 anos, estudou ciências humanas na Universidade de Salamanca. Já havia se destacado entre seus pares por seus dons intelectuais e tendências às letras. Depois de

se formar aos 19 anos, mudou-se para Bolonha, Itália, onde permaneceu por vários anos expandindo sua formação humanística. Lá ele estava imerso em um ambiente intelectual e cultural muito rico, diferente do que vivia na Espanha.

Nesse local, ele cultivou as ideias herdadas de Francesco Petrarca, Giovanni Boccaccio e outros autores. Em Bolonha, a leitura e o ensino dos clássicos da literatura latina e grega foram priorizados. Todos esses princípios o levaram a ver a educação da Espanha como rudimentar ou “bárbara” e, mais tarde, em sua carreira como educador, ele propôs levar esse estilo de treinamento antropocêntrico a seus alunos.

Naquela época, a Espanha ainda estava sujeita à Inquisição, o braço da Igreja Católica que mantinha uma doutrina teocentrista (Deus e religião como tudo), deixando de lado o conhecimento científico. Em Bolonha, graças a uma bolsa de estudos concedida pelo Bispo de Córdoba, ele se matriculou no Colégio Espanhol de San Clemente, onde iniciou seus estudos em 2 de março de 1463. Recebeu aulas de teologia, medicina, geografia, história, matemática, astronomia e direito.

Ele estudou em profundidade as línguas “instruídas”, isto é, latim e grego, que segundo Nebrija, não receberam atenção suficiente nas escolas da Espanha. Ele também leu as obras gramaticais de Diomedes Grammaticus, Elio Donato e Prisciano e estudou hebraico antigo. Mais tarde, continuou fazendo cursos na Universidade de Bolonha, a mais antiga da Itália e uma das mais prestigiadas da Europa. Lá, ele recebeu aulas do estudioso italiano Martino Galeoto, entre outros tutores que contribuíram para sua formação integral.

O RETORNO À ESPANHA

Em 1470, ele retornou à Espanha, especificamente a Sevilha, determinado a transferir ideias humanistas italianas para sua província natal. Em Sevilha, foi designado professor do sobrinho do arcebispo Alonso de Fonseca, iniciando assim sua carreira como educador. Nestes anos, ele adotou o apelido “Elio de Nebrija”, para homenagear sua cidade natal.

Ele também foi tutor de outros jovens sevilhanos, ensinando na capela de Granada, que ficava no pátio dos Naranjos, depois da Catedral de Sevilha. Em 1473, foi nomeado professor da Universidade de Salamanca, onde já foi estudante, assumindo o cargo de presidente da retórica e da gramática. Em suas aulas, ele lutava para ensinar latim para seus alunos.

No mesmo ano de 1473, casou-se com Isabel Solís de Maldonado, com quem teve filhos (seis meninos e uma menina) e, posteriormente, viveu algumas temporadas na Extremadura. Ele teve tantos filhos ilegítimos. Em 1488, ele foi trabalhar com Juan de Zúñiga, que era o mestre da ordem de Alcántara e se tornou seu patrono por sete anos

desde então. Durante esse tempo, ele se dedicou a expandir seus estudos e produzir seus escritos mais importantes.

De todas as obras publicadas por Nebrija, nenhuma teve tanta importância quanto à publicação da Gramática de la lengua castellana (1492) na última década do século XV. Para a Asociación Cultural Antonio de Nebrija que mantém o acervo do Gramático na web,

[!]a novidade de la gramática residía en que nunca antes se había escrito una gramática en una lengua contemporánea. Para los hombres de la Edad Media, sólo el latín y el griego estaban dotados de una grandeza que hacía esas lenguas merecedoras de estudio y análisis, mientras que las "lenguas vulgares" se regían apenas por el gusto de los hablantes, sin necesidad de que éste fuera estudiado ni de que sus reglas se establecieran.

Para Bardari (2013)

Nebrija escreve sua Gramática pensando não só nos que têm de aprender o latim, aos quais indiretamente aconselha primeiro a estudar o castelhano, mas também nos estranhos que não conhecem esse idioma. Por fim, a obra de Nebrija é considerada, para o momento em que ele a escreveu, um modelo de nova técnica educacional.

No ano de 1509, ele voltou a Salamanca novamente, em cuja universidade ele voltou a praticar como professor de retórica. Ao longo de sua carreira neste centro de estudos, ele teve uma série de discordâncias com seus colegas, em parte porque menosprezava os métodos e teorias de ensino ensinados por seus etimologistas, lexicologistas e gramáticos espanhóis contemporâneos.

A partir de 1514, graças à influência do cardeal Francisco Jiménez de Cisneros, ele atuou como professor convidado da cadeira de retórica da Universidade de Alcalá de Henares, em Madri, onde foi amplamente celebrada por seus alunos e colegas.

Ele ocupou esse cargo até sua morte, que ocorreu em 7 de julho de 1522 em Madri, aos 78 anos de idade, como resultado de um derrame.

AS OBRAS DE ANTONIO DE NEBRIJA

Introduções Latinae

Em 1481, enquanto era professor da Universidade de Salamanca, é publicado o *Introductiones Latinae*, seu primeiro trabalho importante conhecido. É um texto de

natureza pedagógica que resume de maneira relativamente simples suas novas técnicas para ensinar latim aos alunos.

Léxico latino-castelano e castelano-latino

Em 1492, Nebrija publicou o dicionário *Lexicon latino-castellanum et castellano- latinum*. Este livro era uma referência obrigatória na época e por muitos anos depois, tanto para os leitores que desejavam acessar as obras clássicas escritas em latim quanto para os estrangeiros que queriam entender os textos em espanhol.

Gramática espanhola

No mesmo ano, foi publicada a primeira edição de sua gramática castelhana, coincidindo com a chegada ao Novo Mundo das expedições a Cristóvão Colombo. Era um trabalho de difícil aceitação na época de sua publicação, pois possuía um formato inovador e foi a primeira gramática escrita para uma linguagem “vulgar”, assim como o castelhano, que não possuía a mesma aceitação do latim para escrever formal. A data de 1492 foi muito significativa para a Espanha e para a América, pois marcou o surgimento da primeira gramática em língua castelhana, a chegada de Colombo à América, fato que a história proclamou como descobrimento de um novo continente pelos europeus, e a reconquista de Granada pelos Reis Católicos, último reino muçulmano na Espanha.

Vocabulário Espanhol-Latim e Latim-Espanhol

Em 1495, foi publicado o *Vocabulário Espanhol-Latim e Latim-Espanhol*, que complementava o dicionário acima mencionado. Esses dois textos continham mais de trinta mil termos para o latim-castelhano e vinte mil para o espanhol-latim, sendo obras inéditas para a língua românica.

Bíblia Poliglota Complutense

Mais tarde, ele trabalhou por vários anos como latinoista na realização da *Bíblia Poliglota Complutense*, uma obra coletiva patrocinada pelo cardeal Cisneros. O resultado de sua colaboração foi publicado em 1516, em uma obra intitulada *Tertia Quinquagena*, que consiste em uma série de notas explicativas sobre as Escrituras Sagradas.

Regras de ortografia castelhana e outros textos

Em 1517, as regras de ortografia castelhana foram publicadas, um texto que continuava seus estudos de gramática e seu esforço para regular o espanhol. Outros textos e ensaios sobre direito (*Lexicon Iurus Civilis*), pedagogia (*De liberis educan dis*), astronomia, arqueologia (*Antiguidades da Espanha*), numeração, entre outros tópicos de estudo.

CONCLUSÃO

O esforço de sua vida foi espalhar o ensino de línguas clássicas e as grandes obras literárias escritas nessas línguas. Ele também se concentrou em esquematizar o conhecimento variado adquirido nos longos anos de aprendizado, deixando assim sua marca na invenção e implementação de um sistema gramatical para o espanhol.

Este impressionante trabalho literário, filha de seu período como estudante na Itália, levou-o a ser considerado um dos maiores humanistas das letras em espanhol. A gramática espanhola está estruturada em cinco livros. O primeiro, composto por dez capítulos, trata de ortografia. O segundo trata da sílaba e da prosódia. O terceiro livro contém dezessete capítulos sobre dicção e etimologia de termos.

A ideia de tornar a língua castelhana algo padrão e homogêneo, disponível a todos, era necessária para que pudesse servir como um instrumento unificador do Império Espanhol. Além disso, buscou-se que o idioma pudesse ser ensinado em regiões estrangeiras, dentro da própria Europa (entre francês, italiano, Navarra, Biscaia ...) ou em lugares mais distantes. Além disso, serviu de modelo para gramáticas posteriores, tanto em espanhol quanto em outras línguas românicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARDARI, Sérsi. **O abc das línguas castelhana e portuguesa**: Antonio de Nebrija e Fernão de Oliveira. Disponível em: <<http://sersibardari.com.br/?p=998>>. Acesso em: 14-11-2021.

Elio Antonio de Nebrija. (S. f.). (N / a): Biografias e vidas, a enciclopédia biográfica online. Recuperado: biografiasyvidas.com

Elio Antonio de Nebrija. (S. f.). (N / a): Centro Virtual de Cervantes. Recuperado: cvc.cervantes.es

Elio Antonio de Nebrija. (S. f.) (N / a): pesquisa biografias. Recuperado: buscabiografias.com

NEBRIJA, E. A. de. (1492) **Gramática castellana**. Madrid: SGEL, 1992.

Quem foi Antonio de Nebrija? (S. f.). (N / a): Kerchak. Recuperado: kerchak.com

A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL PARA COMBATER AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

MATHEUS BATISTA DOS SANTOS:

Graduando do curso de direito no curso de direito no centro universitário luterana de Manaus.

RESUMO: Uma das principais características das organizações criminosas é que podem adaptar as atividades ilegais às mudanças sociais, para o que adotam métodos de operação complexos que obedecem às políticas de gestão das empresas. Nesse sentido, alguns instrumentos de investigação criminal são de grande relevância no combate a grupos criminosos dessa natureza. Entre eles, a interceptação de comunicações telefônicas é um importante meio de obtenção de provas. Principalmente nos dias de hoje, assistimos a uma revolução tecnológica, de atendimento, fluxo de dados, transmissão de valor e informação, principalmente através de equipamentos telemáticos, de voz e escrita, e até mesmo utilizados por organizações criminosas. Assim, a partir do embasamento teórico, aliado à situação real, por meio da discussão bibliográfica teórica e da pesquisa qualitativa, este artigo revela o surgimento das organizações criminosas, sua evolução histórica e seu papel na interceptação de comunicações telefônicas. A correção se dá principalmente por fenômenos acidentais e incidentais as evidências incidentais vieram para eliminar a divisão das facções criminosas.

Palavras-chave: Interceptação telefônica. Organização criminosa. Polícia.

ABSTRACT: One of the main characteristics of criminal organizations is that they can adapt illegal activities to social changes, for which they adopt complex operating methods that comply with company management policies. In this sense, some criminal investigation instruments are of great relevance in the fight against criminal groups of this nature. Among them, the interception of telephone communications is an important means of obtaining evidence. Especially nowadays, we are witnessing a technological revolution, in service, data flow, transmission of value and information, mainly through telematics, voice and writing equipment, and even used by criminal organizations. Thus, from the theoretical basis, allied to the real situation, through theoretical bibliographic discussion and qualitative research, this article reveals the emergence of criminal organizations, their historical evolution and their role in the interception of telephone communications. The correction is mainly due to accidental and incidental phenomena, the incidental evidences came to eliminate the division of the criminal factions.

Keywords: Telephone interception. Criminal organization. Police.

1. INTRODUÇÃO

O crime organizado é um fenômeno social significativo que tem gerado discussões sobre como preveni-lo e combatê-lo. Pode ser rastreado desde a atuação da máfia italiana, redes criminosas com planos de negócios e até cartéis de drogas com planos extremamente profissionais. Agentes políticos envolvidos na América Latina, especialmente no Brasil.

Esses grupos operam além dos limites geográficos de seu surgimento e continuam a fazer mudanças sociais. Portanto, seu impacto tem consequências jurídicas, por exemplo, na formulação e aplicação de mecanismos preventivos e corretivos para combater violações dessa natureza.

No Brasil, dentre os expedientes judiciais que cumprem esta função, a interceptação de comunicações telefônicas é um importante instrumento de promoção de fontes probatórias no enfrentamento às organizações criminosas, estando prevista no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, regulamentado pela Lei. 9.296/96 e na Lei 12.850/13, em seu artigo 3º, inciso V.

Considerando o valor da interceptação telefônica como meio de obtenção de provas, imagine delinear as restrições legais da agência e considerar como e em que circunstâncias ela pode ser aplicada.

Portanto, o presente trabalho busca delinear discussões de revisão a partir da bibliografia teórica e da metodologia qualitativa para revelar a aplicação da interceptação telefônica, bem como um estudo de caso em que esse instrumento legal como meio de prova foi desmantelado pela organização criminosa, principalmente por evidência acidental (coincidência).

2 DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Se no início da história da humanidade, na caça e na defesa de territórios, a violência era o motor da sobrevivência humana (CONCEIÇÃO, 2013), então não é o que ocorre na sociedade atual. A humanidade abriu mão da liberdade em nome da segurança em nome da vida coletiva, hoje a sociedade possui outros mecanismos destinados a defender esse modo de vida.

O estado é responsável por manter a sociedade e sua mediação por meio de leis, regulamentos e regulamentos, mas as relações sociais são repletas de complexidade além do controle do poder público. Nesse sentido, Gomes (2004) apud Araújo e Fonseca (2015, p.97) citar Rousseau:

[...] ao violar o contrato social, o inimigo deixa de ser membro do país e está em guerra com ele. Portanto, deve morrer assim. "Como

Hobbes: entende:” No caso de traição, o criminoso não deve agir. Sujeitos são punidos, mas devem ser punidos como inimigos.

Essas ideias foram propostas no século XVII. De acordo com Rousseau e Hobbes foram filósofos e teóricos políticos responsáveis pelas teorias voltadas para a compreensão da vida coletiva. Claro, as pessoas não podem trazer a ideia de que o castigo deveria ser a pena de morte até hoje, mas esta frase é muito importante e pode ilustrar como a forma como este problema tem sido tratado tem evoluído ao longo dos anos.

A sociedade não pode ser vista como uma dicotomia entre ordem e caos, pois uma situação formada por fatores econômicos, políticos e sociais interfere diretamente na calma ou no caos criado por um determinado grupo populacional. As atividades criminosas evoluíram e atingiram níveis incríveis, e o tratamento dispensado aos criminosos pelo Estado reforçou isso. Sobre esta questão, segundo Santos (2002, p. 24) relata:

Em relação à promessa de liberdade, as violações dos direitos humanos são responsáveis por uma proporção esmagadora de países que vivem formalmente em paz e democracia. Quinze milhões de crianças foram presas na Índia, e a violência policial e nas prisões afetou os opostos contraditórios do Brasil e da Venezuela.

As tecnologias de ressocialização obedecem ao princípio da dignidade humana e respeitam os direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988 que entrou em vigor no País. Se essas tecnologias forem aplicadas, o sistema prisional poderá promover a ressocialização das pessoas.

No entanto, o oposto é predominante. Santos citou a palavra "apreensão", que pode ser entendida como dor aguda ou forte, ou seja, o aumento da violência no sistema prisional brasileiro tem contribuído para o crescimento do crime organizado no país.

2.1. Conceito de Organização Criminosa

A imprensa costuma se referir a diversas atividades criminosas como crime organizado, principalmente as que envolvem o tráfico de drogas. No entanto, a razão desse caos é que, em geral, o mercado de drogas tem um nível organizacional, mesmo que seu controle ou gestão não seja realizado por um grupo criminoso específico.

No entanto, nem todas as pessoas que cometem esses crimes são organizadas, e também há pessoas desorganizadas, que costumam trabalhar no varejo. Portanto, vale a pena enfatizar que a lei n.º 12.850/13, em seu artigo 1º, parágrafo 1º, trata que:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão

de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Esse conceito é importante para a compreensão do que constitui crime organizado, pois, segundo Araújo e Fonseca (2015), é difícil encontrar uma definição precisa do que constitui crime organizado ”.

O autor acredita que o direito penal deve levar em conta a problemática da produção desse fenômeno criminológico, cuja causa raiz é social, portanto, todos os fatores da categoria "organização criminosa" não podem ser analisados isoladamente.

Nessa situação, Araújo e Fonseca (2015, p. 99) argumentam que “o crime organizado é um fenômeno em constante mutação que consiste em uma série de crimes sem vítimas diretas ou vítimas dispersas”. Em outras palavras, a vítima não será ferida imediatamente e não pertencerá a um grupo específico de pessoas. Além disso, o autor afirma que essa atividade criminosa tem terreno fértil para sua proliferação, bem como diversos meios de disfarce e simulação.

Outro ponto importante levantado por Araújo e Fonseca (2015) sobre as organizações criminosas é que elas são altamente estruturadas, o que é uma “força paralela ao estado”. Por exemplo, na comunidade da Rocinha, no Rio de Janeiro, os comerciantes pagam pelo Controle da tributação dos traficantes na área.

Em muitos casos, esses criminosos conseguiram conquistar agentes públicos nos mais diversos níveis de governo, prejudicando gravemente a democracia e o Estado de Direito. É claro que o surgimento de organizações criminosas não tem um poder e influência tão poderosos, estão crescendo gradativamente, sua origem remete a uma história não tão recente do Brasil, que será discutida nos tópicos a seguir.

2.2 Contexto Histórico das Organizações Criminosas no Brasil

Quanto à origem do crime organizado no Brasil, os autores estão divididos. Algumas pessoas acreditam que suas origens estão no Cangaço. Segundo Francisco (2017), trata-se de um movimento social que surgiu no sertão nordestino no final do século XIX. O grupo é formado por funcionários, bandidos e jagunços que pertencem a uma grande área de latifundiários.

Eles hipotetizaram que eram originários de prisões de presos políticos, porque a Lei de Segurança Nacional se opunha ao regime militar que vinha sendo implantado no Brasil desde 1964. Eles dividiam o mesmo espaço com presos comuns e repassavam seus conhecimentos sobre patentes, organização e táticas dos guerrilheiros. Segundo o autor,

isso criou "uma nova mentalidade criminosa, que mais tarde foi reforçada por padrões de comportamento criminoso estrangeiro" (SANTOS E CAMPOS, 2010, p.08).

Nesse processo, surgiram as organizações criminosas mais violentas do Brasil entre as décadas de 1970 e 1990. A principal semelhança é que todas aparecem em presídios, esse tipo de comportamento deve ser contido, mas se tornou um local propício para o surgimento. Este tipo de atividade ilegal.

Entre as principais organizações criminosas da atualidade no Brasil, o berço de um grupo especializado em assaltos a banco é o Pike Corps do Grande Presídio, onde o Comando Vermelho surge no Presídio de Bangu, que é composto por traficantes. Sua origem é peculiar porque é baseada em ideias socialistas, então eles cometem crimes e trabalham juntos na comunidade do Rio de Janeiro. No entanto, atualmente é administrado por uma geração violenta cujas crenças vinculam a violência social com liberdade, paz e justiça (CAMPOS e SANTOS: 2010).

A criação dessas organizações criminosas no sistema prisional mostra que o país carece de uma política carcerária que realmente promova a reinserção dos indivíduos na sociedade por meio do trabalho, do estudo e de outras atividades. De fato, o sistema prisional brasileiro oferece condições favoráveis para a criação dessas organizações, além de contar com o apoio de políticos e policiais corruptos, que fornecem apoio fundamental para suas atividades criminosas.

3. ADMISSIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

O uso da interceptação telefônica é uma medida legal contra as organizações criminosas, que ocorre principalmente na fase de investigação policial. No entanto, também pode ser concluído na etapa do processo. Acontece que a Polícia Judiciária está mais bem preparada e equipada para combater tais crimes (MENDRONI, 2019. p. 89).

Para a aprovação da interceptação de telefone, alguns requisitos de admissibilidade são necessários e precisam ser plenamente demonstrados. Além dos três requisitos constitucionais exigidos pelo artigo 5º e pelo artigo 12º da Carta Magna, conforme constam do Capítulo 2, a legalidade da interceptação também deve ser cumulativamente apresentada com pressupostos artísticos. Artigo 2º da Lei 9.296 / 96. Ao contrário do sensu, isso indicará indiretamente quando a interceptação da chamada expira. "Embora o legislador tenha utilizado uma técnica de redação condenável, é certo que não esqueceu os requisitos necessários para justificar as medidas cautelares restritivas de direitos fundamentais.

Diante disso, é necessário interpretar o art. 2º da Lei n. 9.296/96 ao contrário para que se consiga traduzir o que ele exige de maneira positiva como requisito legal (CRUZ, 1996, p.6).

3.1. Dispensabilidade ou indispensabilidade de inquérito policial para a interceptação telefônica

A interceptação telefônica na esfera policial é um importante meio de prova em futuros processos criminais contra organizações criminosas, mas deve-se destacar que, para a utilização desta ferramenta, não há necessidade de investigação policial, pois é "como a Constituição Federal". E nº 9.296/96 a Lei refere-se a "investigações criminais" (não investigações policiais). Mesmo que nenhuma investigação policial seja conduzida, ligações telefônicas são permitidas " (GOMES, 2016).

Inclusive o Superior Tribunal de Justiça em diversas ocasiões já pacificou a desnecessidade de Inquérito Policial para a realização da Interceptação Telefônica:

"Este tribunal decidiu que não há necessidade de instaurar investigações ou processos criminais por violação do decreto de sigilo telefônico; isso porque a interceptação telefônica prevista na Lei nº 9.296 / 96 é uma medida preventiva preliminar. Basta provar a existência de autoria ou participação. Prova razoável de uma infração penal condenada à prisão ".

O mesmo tribunal, mas agora no julgamento mais recente:

"A interceptação telefônica usada para investigações criminais pode até ser realizada antes do início do inquérito policial, pois nada há que interrompa a investigação antes desse procedimento. Pode ser determinada para investigações criminais (antes mesmo de a investigação ser oficialmente lançada) e para criminais após o início do processo penal. " (GOMES, 2016).

Depreende-se desses acórdãos que, embora não seja necessária investigação policial, é necessário investigar o crime e ter provas suficientes de autoria. Deve ficar claro que "é impossível determinar se um criminoso ou uma organização criminosas sem provas cometeu um crime pela interceptação do telefone" (GOMES, 2016). Nesse caso, o direito à intimidade ficará amplamente comprometido.

Com isso, constatou-se que a interceptação isenta a polícia de investigar, o que proporciona maior comodidade para a polícia, pois se a investigação não der certo, a investigação não será encaminhada ao Judiciário, somente ali será arquivada.

Neste mesmo sentido, Gabriel Habib (2016, p. 402), atribui à palavra “interceptar” a ação de interromper o fluxo de uma comunicação telefônica entre duas pessoas distintas. Isto é, o ato do interceptador da comunicação, respeitando os requisitos legais, captar conversas entre dois indivíduos alheios a ele, e, a partir disso, utilizá-las como meio de prova.

De acordo com Nucci (2019, p. 61-62), a Constituição Federal de 1988, cuida, em seu artigo 5º, XII, da inviolabilidade da comunicação telefônica, como regra. Porém, há possibilidade, mediante ordem judicial, da interceptação de comunicações telefônicas para fins de investigação criminal e instrução processual penal.

A interceptação de comunicações telefônicas nos termos da Lei nº 9.296 / 96 é um meio de investigação criminal, processo penal e orientação preventiva, com o objetivo de obter provas para auxiliar na investigação de infrações penais. Uma de suas características é servir de fonte de prova contra organizações criminosas, o que está previsto no art. Art. 3º, inciso V da Lei nº 12.850 / 2013, que define as organizações criminosas e suas formas e obtenção de provas e investigações criminais para o combate aos crimes. A interceptação telefônica é um instrumento de comprovação de atividades ilícitas, obstrução de ações criminosas, julgamento e eventual punição de associados. Envolvimento em atividades ilegais.

Portanto, a autorização da escuta telefônica parece ter como premissa uma reserva legal qualificada, pois se baseia em condições objetivas. Ou seja, esse tipo de ferramenta de coleta de evidências é destinado à investigação criminal ou ação penal.

Além disso, conforme descreve Mendes (2017, p. 499), na perspectiva do sigilo das comunicações telefônicas, telegráficas e de dados, o caso do Supremo Tribunal Federal (STF) começou a considerar esse tipo de inaceitabilidade. Provas, mesmo com autorização judicial. Isso porque, antes de 1996, não existia nenhuma lei regulando os artigos 5º e 12 da Constituição de 1988, que tratavam da possibilidade de quebra do sigilo das conversas telefônicas.

Sendo assim, depreender-se que a interceptação (stricto sensu), bem como a escuta telefônica, subordinam-se as formalidades da Lei nº. 9.296/96. Esta lei não se aplica ao caso em que o interlocutor grava a conversa, mas sem o conhecimento do outro, não sendo, portanto, interceptação telefônica abarcada pela norma infraconstitucional posta. Todavia, esta hipótese será válida como prova quando houver justa causa, como é o caso, por exemplo, em casos de sequestro.

A interceptação telefônica era considerada como meio de obtenção de prova nominado, ou seja, meio de obtenção de prova previsto na em lei (Lei de Organizações

criminosas – nº 12.850/13), todavia atípico, pois o procedimento probatório desse meio de prova não fora estabelecido em lei (SOUZA, 2020).

Diante da ausência deste procedimento para a interceptação (art. 3º, II, da Lei 12.850/13) deveria ser aplicado, por analogia, as diretrizes estabelecidas na Lei nº 9.296/96. Porém, com a Lei nº 13.964, a interceptação telefônica passou a ser considerada como meio de obtenção de prova nominado e típico, uma vez que o procedimento passou a ser regulamentado no art. 8º-A da Lei nº 9.296/96, com redação dada pela Lei nº 13.964/19, sendo um importante aperfeiçoamento legislativo, sobretudo no combate às organizações criminosas (SOUZA, 2020).

3.1. Nova legislação

Em 2020, com a promulgação da Lei nº 13.964 / 2019 (a mais conhecida lei anticrime), algumas mudanças ocorreram na lei de bloqueio de telefones. Por meio dessa reforma, foram acrescentados dois artigos, um para regulamentar a captura ambiental e outro para definir outro tipo de punição.

A lei anticrime acrescenta a seção 8-A, que possibilita a captação de sinais eletromagnéticos, sejam ópticos ou acústicos, para investigação criminal ou orientação, como consta em seu caput, *in verbis*:

Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando:

Percebe-se que o dispositivo confirma que a captura só pode ser realizada com autorização do juiz, mas não pode ser realizada de acordo com a autoridade, podendo somente ser realizada de acordo com as exigências do representante ou do setor público.

Também foram acrescentados os requisitos para autorização de captura ambiental, a saber: 1-Atingir os últimos recursos disponíveis e efetivos da prova e 2-Provas suficientes do autor do crime, com pena máxima superior a 4 anos. No entanto, se apenas um requisito for atendido, ou seja, esses requisitos são cumulativos, a captura não pode ser realizada.

Ainda neste dispositivo, cinco parágrafos foram acrescentados, dois dos quais foram rejeitados. No parágrafo atual, descrevem que para solicitar a captura, além de falar sobre o prazo, deve-se constar também o local e a ficha de instalação.

O prazo é de 15 dias, podendo ser prorrogado, desde que: As regras de interceptação chamadas que podem ser usadas para interceptação são as seguintes:

Art. 8-A.(...)

§ 1º O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental.

§ 2º (VETADO).

§ 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.

§ 4º (VETADO).

§ 5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática.

A outra disposição incluída é um novo tipo de pena, que consta do artigo 1º. 10-A. Nesse artigo, diz que a captura de sinais eletromagnéticos no meio ambiente sem autorização judicial é considerada crime. Na verdade, neste tipo, uma exceção foi adicionada e a pena para os crimes foi aumentada, da seguinte forma:

Art. 10-A. Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores.

§ 2º A pena será aplicada em dobro ao funcionário público que descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial.

4 A INTERCEPTAÇÃO COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL NO COMBATE A CRIMINALIDADE

A Lei de Processo Penal estipula que o conhecimento profissional, revisão de instituições criminais, interrogatórios, confissões, declarações de vítimas, testemunhas, conhecimento de pessoas e coisas, confronto, documentos, provas e buscas e apreensões são considerados meios de prova. .

Portanto, observa-se que o CPP lista os métodos de certificação, mas a lista não é exaustiva, sendo permitidos outros tipos de certificação.

Também deve ser mencionado que existem provas impróprias e ilegais: Ilegal significa aquela obtida em violação das regras processuais e ilegal significa violação das regras de direito substantivo e / ou violação dos direitos humanos.

Como mencionado anteriormente, o sigilo das comunicações telefônicas é um direito básico e inviolável, mas sabemos que nenhum direito básico é absoluto. A própria constituição também prevê exceções de inviolabilidade. Além de disposições específicas, a legislação também é a mesma. Da mesma forma, foi mencionado que a interceptação é um meio de obtenção de evidências e é considerada uma ferramenta para a produção de materiais probatórios.

Portanto, acreditamos que desde que atenda aos requisitos contidos na Lei nº 9.296/96, a interceptação telefônica é um meio legal de prova, especialmente no combate ao crime.

No combate às organizações criminosas, é lógico que existam outros meios de obtenção de provas durante a fase de investigação para comprovar a existência de factos criminais. 3. Porém, além do CPP, uma vez que o cerne deste trabalho é sobre a interceptação telefônica, devemos lembrar que a Lei nº 9.296 / 96 estipula que esse método de obtenção de provas é a razão final, ou seja, sua admissibilidade é condicional. Porque outros meios disponíveis não podem ser implementados.

4.1 Provas ilegais (interceptação telefônica ilegal) no processo penal

Conforme mencionado anteriormente, a interceptação pode ser admitida em processo penal para verificação da autenticidade do crime, desde que prevista em lei.

A admissibilidade depende inteiramente de sua legitimidade. Desse ponto de vista, o grande estudioso Ada Pellegrini, ao lado de Antônio Magalhães e Antônio Scarance (1997, p. 195), deu uma grande contribuição para a elaboração da lei de bloqueio telefônico:

Obviamente, a interceptação e a gravação podem ser legais ou ilegais: só são legais quando atendem aos requisitos da Constituição e da lei, são atos ilícitos que violam esses preceitos. Neste último caso, o resultado é processualmente inaceitável e inválido.

Por causa dos métodos de coleta de evidências ilegais que acionam evidências ilegais em processos criminais, os processos criminais devem ser conduzidos estrita, legal e legalmente de acordo com a lei. Por este motivo, o Estado é obrigado a investir em meios

para obter sempre provas pelos meios legais, conforme descrito no artigo 1º. O artigo 157º do CPP estipula que não serão admitidas provas ilegais.

Da mesma forma, no Dafa, no art. 5. O item LVI também fornece evidências de que as provas obtidas por meios ilegais não são admissíveis. No CPP, no caput do art. O nº 157 estipula ainda que, se a prova ilegal já existe, deve ser retirada do procedimento para evitar a invalidação da pena.

Ele ainda insiste em enfatizar que as evidências de evidências ilegais também são consideradas inválidas devido à teoria dos frutos de árvores venenosas. Nessa teoria, ele argumentou que, se uma árvore for envenenada, ela passará o veneno para seus frutos, portanto, se metade dele se provar ilegal, a evidência derivada disso é ilegal.

Em resumo, não podemos deixar de nos perguntar se as evidências ilegais podem ser usadas em processos criminais. Na verdade, se as evidências obtidas ilegalmente por meio de escuta telefônica violam os requisitos da lei, elas podem ser usadas? A resposta inicial é logicamente um grande "não", mas tecnicamente falando, essa não é a resposta esperada, mas "depende".

Para rebater o já referido, a violação do sigilo nas comunicações telefônicas não é um direito absoluto, pode sem dúvida ser feito, porque é possível fazê-lo por lei. A chave é se a interceptação é legal, pois se for ilegal, significa que o agente não recebeu a atenção necessária, ou seja, não cumpriu os requisitos da lei.

Se a prova for ilegal, ainda podemos utilizá-la no processo penal, mas deve respeitar o princípio da proporcionalidade. Portanto, de acordo com o princípio da proporcionalidade, as provas ilegais podem ser utilizadas como provas a favor do arguido. Até o momento, houve decisões judiciais favoráveis ao réu por não atenderem aos requisitos da lei. Além disso, os acadêmicos também têm a posição de admitir que as provas ilegais são benéficas para o réu.

Neste caso, o Tribunal Superior está em posição minoritária na aceitação de provas ilegais. No entanto, todas as provas ilegais contra organizações criminosas não serão aceitas, pois mais uma vez ressaltamos que o princípio da proporcionalidade deve ser considerado.

4.2 A interceptação nos aplicativos de comunicações

De acordo Telegram, WhatsApp, Skype e outros aplicativos semelhantes são meios de comunicação utilizados para a troca de mensagens em formato de texto, áudio ou vídeo, além de chamadas de voz ou vídeo. Como os usuários dessas ferramentas cresceram substancialmente, as interceptações começaram a aparecer neles.

Esses aplicativos têm um sistema de criptografia, portanto, não podem ser interceptados. Porém, além de não possuir legislação própria, existe também uma espécie de “bloqueio” considerado ilegal pelos tribunais.

É ilegal acessar as conversas desses aplicativos sem a autorização da pessoa sob investigação ou sem autorização judicial, e as provas assim obtidas se tornarão ilegais. Além disso, não é possível interceptar as conversas desses pedidos de acordo com a Lei nº 9.296 / 96.

Nestes casos, o Tribunal Superior declarou a sua posição. Durante uma investigação, a polícia visitou o WhatsApp do celular apreendido, durante a conversa obteve provas de diversos fatos criminais e colocou o investigador na prisão. No entanto, existe uma situação que não foi comunicada, ou mesmo a autorização do proprietário do telemóvel não foi obtida, ou mesmo a autorização do tribunal para aceder ao aplicativo. É em função dessa denúncia que a Sexta Equipe do STJ no RHC 51.531 cancelou as provas obtidas por meio do acesso ao celular investigado.

O STJ também resolve o problema de que o método de interceptação telefônica não consegue interceptar e monitorar conversas por meio do aplicativo WhatsApp. Na ocasião, a Sexta Equipe do STJ do RHC 99.735 apurou que, de acordo com a Lei nº 9.296 / 96, não é permitido interceptar aplicativos. Quanto à vigilância, deve ter acesso ao celular. Além disso, o próprio investigador pode atuar como um interlocutor, poder enviar mensagens, áudio, vídeo, arquivos.

5. CONCLUSÃO

Conforme apresentado neste trabalho, podemos observar a Lei nº 9.296 / 96, que regulamenta a interceptação telefônica, a Lei nº 12.850 / 2013, que regulamenta as investigações criminais de organizações criminosas, e outras leis sobre investigações criminais contra organizações criminosas com base na doutrina e precedentes na ação, a admissibilidade do Instituto de Interceptação Telefônica como meio de prova.

Inicialmente, considerando que nenhum direito fundamental é absoluto, nossa Constituição Federal pode quebrar o sigilo das comunicações telefônicas desde que atenda aos requisitos da lei. A Lei nº 9.296 / 96 dispõe sobre as regras para interceptação telefônica, neste caso, o monitoramento de ligações pode ser utilizado como prova em investigações criminais, tornando-se, assim, mais um elemento no combate ao crime.

A "Lei de Interceptação Telefônica" estipula que, para que a interceptação telefônica seja legal, várias condições devem ser atendidas. Deve ser decidido pelo juiz; há provas suficientes para comprovar a autoria da pessoa sob investigação; os fatos do crime são puníveis com pena de prisão; e, uma das condições mais relevantes para a interceptação

deve ser a última opção como meio de evidência, isto é, todos os meios possíveis de evidência não são custo de tempo aceitável. O CPP dispõe de uma lista de provas não exaustiva, pelo que a interceptação pode servir de prova em processo penal, sendo este outro elemento utilizado pelas partes para convencer o magistrado da veracidade do crime.

As organizações criminosas estão definidas na Lei nº 12.850 / 2013. A lei também prevê a investigação criminal e métodos probatórios para permitir o uso de interceptação telefônica para o combate a essas organizações. Ainda na Lei nº 9.296 / 96, o prazo máximo de fiscalização é de 30 dias, incluindo a prorrogação, porém, dada a complexidade do crime e a quantidade de pessoas investigadas, como em organizações criminosas.

Embora a lei estipule normas para a legalidade da escuta telefônica, pode acontecer que uma das condições seja perdida por capricho, o que torna a prova inválida e se torna um ato ilegal. No entanto, as provas ilegais podem ser utilizadas em benefício do arguido em processo penal e, pela sua especificidade, em benefício da sociedade, tal como defende o grupo minoritário.

Percebe-se que a escuta telefônica é uma exceção à garantia constitucional, importante meio de investigação do crime organizado e decisiva para a dissolução da organização. No entanto, além de ser utilizado de forma fundamentada e justificada, deve ser utilizado estritamente dentro das restrições estabelecidas pela legislação pertinente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20/10/2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 (Código de Processo Penal), de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 20/10/2021.

LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. 15ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2018.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 23ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2019.

BRASIL. CNJ. Resolução nº 59 de 09/09/2008. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/101>. Acesso em 20/10/2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal. 15ª Edição. Editora Forense. 2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Anulada interceptação telefônica de reitor em investigação sobre venda de vagas em curso de medicina. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Anulada-interceptacao-telefonica-de-reitor-em-investigacao-sobre-venda-de-vagas-em-curso-de-medicina.aspx>. Acesso em 20/10/2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As nulidades no processo penal. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Para Sexta Turma, quebra de sigilo telefônico exige fundamentação própria. 2020. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2015/2015-05-20_08-05_Para-Sexta-Turma-quebra-de-sigilo-telefonico-exige-fundamentacao-propria.aspx. Acesso em 20/10/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. A interceptação telefônica como meio de prova. 2020. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-10-08_08-00_A-interceptacao-telefonica-como-meio-de-prova.aspx. Acesso em 20/10/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855188440/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-124057-sp-2020-0036821-0>. Acesso em 20/10/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21457537/habeas-corporis-hc-106129-ms-stf/inteiro-teor-110360118>. Acesso em 20/10/2021.

CRISTO, Alessandro. "O direito penal reprime, o processo penal liberta". 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mai-17/abuso-grampos-mostra-mediocridade-autora-lei-interceptacoes>. Acesso em 20/10/2021.

CASTRO, LEONARDO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DISPONÍVEL EM: - JUS BRASIL. Acesso em 07/11/2020.

STF - Quebra de sigilo telefônico pode ser prorrogado e superar prazo de 15 dias. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77339/im-possibilidade-de-interceptacao-do-whatsapp-no-combate-as-organizacoes-criminosas>. Acesso em 20/10/2021.

MARQUES, Ivan Luis. Revisão sobre a lei de interceptação telefônica. 2012. Disponível em: <https://ivanluismarques2.jusbrasil.com.br/artigos/121815614/revisao-sobre-a-lei-de-interceptacao-telefonica-twitter>. Acesso em 20/10/2021.

SANTOS, Jader. Considerações acerca da Lei de Interceptação Telefônica (Lei 9.296/96). 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/lei-de-interceptacao-telefonica/>. Acesso em 20/10/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860274324/habeas-corpus-hc-443331-sp-2018-0073014-9>. Acesso em 20/10/2021.

BRASIL. Lei nº 13.964 (Lei Anticrime), de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em 20/10/2021.

Lei nº 9.296/96 (Interceptação Telefônica). Disponível em: <https://www.trilhante.com.br/curso/pacote-anticrime-lei-13-964-19/aula/aula-10>. Acesso em 20/10/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-05-12_08-15_Acesso-ao-Whatsapp-em-celular-apreendido-so-com-a-autorizacao-judicial.aspx. Acesso em 20/10/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860374869/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-99735-sc-2018-0153349-8>. Acesso em 20/10/2021.

IMPRESINDIBILIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL E SEUS *STANDARDS* PROBATÓRIOS.

VITOR FREITAS ANDRADE VIEIRA: Delegado da Polícia Civil de Pernambuco. Gestor da Divisão de Homicídios Metropolitana Norte do Recife/PE. Gestor da Divisão de Homicídios do Agreste. Delegado de Polícia do Município de Bezerros/PE (agreste pernambucano). Delegado de Polícia do Município de Tupanatinga (sertão pernambucano). Presidente do Tribunal de Justiça Desportiva de Pernambuco. Advogado durante 14 (quatorze) anos. Pós Graduado em Direito Público (Estácio). Pós Graduado pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE)¹⁶⁵.

RESUMO: o Inquérito Policial corresponde a um procedimento administrativo e inquisitorial. Esse breve conceito inicial se extrai de sua própria natureza jurídica administrativa e "*processual penal preliminar*"¹⁶⁶. Como regra geral, na persecução penal busca-se elucidar duas "verdades". A primeira delas é a **verdade real**, em que se revela nos fatos efetivamente ocorridos. A segunda delas, **a verdade formal**, relacionando-se com tudo o que foi possível provar no ambiente processual e procedimental. Os demais envolvidos no processo de persecução penal, destinatários diretos ou imediatos (Ministério Público e/ou vítima) e indiretos ou mediatos (Poder Judiciário e Sociedade) do inquérito policial, possuem expectativas e interesses processuais jurídicos próprios. Com isso, a imprescindibilidade do inquérito policial e os **standards probatórios** ganham especial relevâncias no debate a respeito de um hígido e eficaz processo de persecução penal.

SUMÁRIO: Resumo – 1. Introdução – 2. Imprescindibilidade do Inquérito Policial – 3. Standards probatórios – 4. Considerações finais – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

165 Coautor do Livro "*DIREITO PENAL sob a perspectiva da Investigação Criminal Tecnológica*", Editora JUSPODIVUM, 23/07/2021 (ISBN: 978-65-5680-663-1); Autor de artigos científicos (www.conteudojuridico.com.br).

166 <https://jus.com.br/artigos/65064/a-natureza-juridica-do-inquerito-policial-sob-a-otica-dos-elementos-migratorios> (Bruno Caladrini). Acessado em 04/08/2021.

O presente artigo busca abordar questões e nuances práticas com o objetivo de trazer ao leitor alguns aspectos não exaustivos, relacionadas à realidade das investigações a cargo da polícia judiciária.

Aqui se propõe uma reflexão que vai além da letra “fria” da lei (mas não fora ou contrária a ela, obviamente). Várias são as doutrinas, leis e jurisprudências traçando o horizonte do Inquérito Policial, mas ao apontar os caminhos que deve o policial seguir (ou não seguir), muitos se descuidam de algo que pode até parecer óbvio e elementar: a realidade da atividade criminal, do ambiente onde o delito ocorre e do desafio, na prática, na produção de uma investigação policial em curto espaço de tempo, incluindo eventualmente a prisão do autor do delito.

Vale dizer, investigar crimes não deve ser entendido como algo que já possua um *script* a ser seguido e que, com isto, bastará para se concluir uma investigação, com motivação e autoria definidos.

Embora o inquérito policial possua um roteiro (inclusive legal) a ser seguido, cada crime possui seu enredo, suas nuances, de modo que a dinamicidade dos fatos investigados dificilmente se repete. O que eleva ainda mais tanto o desafio de investigar, produzir provas e indícios, nobre missão dos investigadores da polícia judiciária em nosso país.

2. IMPRESCINDIBILIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL.

Ainda há certa divergência na maior parte da doutrina e jurisprudência no sentido de atribuir ao inquérito policial seu caráter prescindível. Neste particular, revela-se certo paradoxo.

Boa parte daqueles que defendem ser o IP dispensável sustentam a tese no sentido de tratar-se de procedimento administrativo, pré-processual e, portanto, desprovido de obrigatoriedade legal quanto à sua existência, sem o qual, inclusive, a Ação Penal (pública ou privada) poderá ser iniciada e seguir seu fluxo.

Ocorre que não se mostra razoável sinalizar pela dispensabilidade do inquérito policial fundamentando, para tanto, uma de suas características próprias.

É verdade tratar-se de procedimento administrativo e extrajudicial (a princípio e ressalvando-se as cautelares judiciais eventualmente tratadas sem seu bojo). Entretanto, além de sua natureza administrativa, o IP também possui como principais características outros elementos e princípios, revelando, em verdade, sua imprescindibilidade (e não o contrário).

Neste sentido, importante destacar tratar-se do inquérito policial de **procedimento escrito. Nos termos do art. 9º do CPP:** "Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade"; **sigiloso, nos termos do art. 20 do CPP:** "A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade" (ressalvado a não aplicação do sigilo ao membro do Ministério Público, à autoridade judiciária e ao advogado constituído, este nos termos da Súmula Vinculante nº 14167). "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, **já documentados** em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa".

Relevante o princípio da **oficialidade** que permeia o IP. Segundo Fernando Capez¹⁶⁸, "(...) O inquérito policial é uma atividade investigatória feita por órgãos oficiais, não podendo ficar a cargo do particular, ainda que a titularidade da ação penal seja atribuída ao ofendido."

Em derivação ao princípio da oficialidade, encontra-se presente a **oficiosidade, uma vez que** diante da notícia de uma infração penal, a instauração de inquérito policial deverá ser realizada de ofício pela Autoridade Policial (art. 5º, inciso I, do CPP), salvo quando se tratar de crimes em que a ação seja pública condicionada ou privada (art. 5º, §§ 4º e 5º, do CPP).

Em arremate às principais normas-princípios, importante ainda destacar que o inquérito policial será presidido pela Autoridade Policial (delegado de polícia de carreira – art. 144, § 4º, CF) e que após a sua instauração, "a autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito" (art. 17, do CPP). Princípios da **autoritariedade** e da **indisponibilidade**, respectivamente.

Resgatando os importantes valores contidos no próprio conceito do Inquérito Policial, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues lecionam no sentido de ser o IP "(...) o procedimento administrativo, preliminar, presidido pelo delegado de polícia, no intuito de identificar o autor do ilícito e os elementos que atestem a sua materialidade (existência), contribuindo para a formação da opinião delitiva do titular da ação penal, ou seja,

¹⁶⁷ "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, **já documentados** em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa". Grifos acrescidos.

¹⁶⁸ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

*fornecendo elementos para convencer o titular da ação penal se o processo deve ou não ser deflagrado*¹⁶⁹ (...)."

A partir de uma interpretação literal e de uma leitura mais açodada dos artigos 27, 39, § 5º, 40 e 46, §1º, todos do Código de Processo Penal¹⁷⁰, é possível que haja a conclusão de que o inquérito policial é dispensável, notadamente em razão da possibilidade da deflagração da ação penal sem sua existência, conforme aqui já destacado.

Entretanto, **não se deve confundir a possibilidade da existência de ação penal, sem que haja o prévio inquérito policial, nos exatos termos em que a lei assim excetua, com argumentos a respeito da dispensabilidade do procedimento próprio de polícia judiciária como regra geral.**

Na prática, a Polícia Judiciária revela-se como órgão estatal com eficiente presença na sociedade brasileira. Na teoria, é possível atribuir a investigação criminal a outros órgãos, ou até mesmo a particulares (a exemplo da Lei nº 13.432/2017 que dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular).

Assim, não justifica e não se sustenta advogar a favor da dispensabilidade, como regra, do inquérito policial, seja no aspecto jurídico ou por questões ínsitas à realidade que permeia as investigações criminais. Tratar-se de importante e imprescindível fase de todo o sistema processual acusatório e de persecução penal.

169 TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7, Ed.Salvador: Juspodivm, 2012.

170 Art. 27. *Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.*

Art. 39. *O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial.*

§ 5º *O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, 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.*

Art. 40. *Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.*

Art. 46 (...).

§1º *Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação.*

3. STANDARD PROBATÓRIO.

Na perspectiva de um inquérito policial imprescindível ao sistema acusatório de persecução penal, trabalhado de forma harmônica a todos os princípios e premissas ínsitas ao Estado Democrático de Direito, uma importante abordagem se faz necessária: os denominados *standards probatórios*.

Trata-se do acervo de provas indiciárias produzido durante as investigações de polícia judiciária, capazes e suficientes a dar azo ao indiciamento e, por consequência, ao início da ação penal com o advento da Denúncia por parte do Ministério Público.

Tramitando o inquérito policial em todo seu curso, de maneira oficial, temporal, informativo e sistemático, adotadas todas as técnicas investigativas ao alcance da equipe de investigação de polícia judiciária, chega-se ao importante momento de análise jurídica por parte do Delegado de Polícia.

Avaliando a existência de indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva, é através de seu relatório conclusivo que a autoridade policial sopesa o acervo de provas produzidas e, convencido de elementos concretos suficientes, remete os autos do inquérito policial ao Ministério Público e ao Poder Judiciário com (ou sem) o indiciamento.

O entendimento sedimentado no Supremo Tribunal Federal se revela no sentido de que *“o indiciamento, que não se reduz à condição de ato estatal meramente discricionário, supõe, para legitimar-se em face do ordenamento positivo, a formulação, pela autoridade policial (e por esta apenas), de um juízo de valor fundado na existência de elementos indiciários idôneos que deem suporte à suspeita de autoria ou de participação do agente na prática delituosa”* (STF, HC 133.835 MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/04/2016).

A doutrina moderna especializada também leciona no sentido de que *“uma visão constitucional do cargo de Delegado de Polícia impõe não só a possibilidade, mas a necessidade de se analisarem todas as questões que compõem o conceito analítico de crime (aqui, adota-se a teoria tripartite do crime, composta pelo fato típico, antijurídico e culpável) e as hipóteses de extinção da punibilidade (art. 107 do CP), a fim de demonstrar ao Ministério Público e ao Poder Judiciário que existem questões que devem ser mais bem analisadas ao longo da ação penal, caso existente¹⁷¹”*.

Diante desse cenário de protagonismo do inquérito policial no sistema de persecução penal, notadamente quanto à função do Delegado de Polícia a partir do acervo probatório produzido e de sua análise quando do relatório conclusivo, a verticalidade e

¹⁷¹ ZANOTTI, Bruno Taufner e SANTOS, Cleopas Isaías. Delegado de Polícia em Ação, Teoria e Prática no Estado Democrático de Direito. Editora Juspodivm, 2017.

graus de certeza das provas geradas durante o IP se revelam como principal desafio e pedra de toque na investigação criminal na fase pré-processual.

De acordo com a Lei n.º 12.830/2013 (dispõe sobre a investigação policial conduzida pelo Delegado de Polícia), *“o indiciamento, **privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias**”* (art. 2º, § 6º). Grifos acrescidos.

Portanto, importante recorte se apresenta na fase de produção das provas durante o inquérito policial. Ou seja, tudo o que precedeu ao momento do relatório conclusivo.

Não se pode perder de vista que, não obstante a visão moderna do protagonismo e imprescindibilidade do inquérito policial, as “provas” nele produzidas se recobrem muitas vezes de características próprias de **indícios**. Afinal, o ato de indiciar, consistente em se atribuir a alguém a autoria de determinado crime (teoria tripartite), *“deve estar calcado em fortes **indícios de autoria e materialidade**”*¹⁷². Grifos acrescidos.

De maneira objetiva, entende-se por **indício** as **circunstâncias indicativas** da existência de um fato. Enquanto que **prova** guarda relação com uma certeza de maior grau de convencimento motivado e normalmente possui por ponto de partida o próprio **indício** ou o conjunto de **indícios**.

Assim, à medida em que o curso do processo avança, do inquérito policial à denúncia do Ministério Público, ao seu recebimento pelo Poder Judiciário, à fase de instrução processual penal etc., importante que haja o atendimento das expectativas dos **standards probatórios** na medida da profundidade necessária e suficiente de provas, considerando as variáveis de cada fato criminoso e suas peculiaridades.

Nesse contexto, exigir, como regra geral, na conclusão do inquérito policial uma prova condenatória com elevado grau de certeza e irrefutável convencimento, é algo que deve ser repensado e evitado. Tudo dependerá do caso concreto, do dinamismo da atividade criminal e do resultado apresentado com o esgotamento das diligências policiais, em que se observa primordialmente o princípio do *in dubio pro societate*.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O presente artigo buscou fomentar a reflexão sobre os desafios de uma investigação criminal no âmbito do inquérito policial, notadamente diante da nobre missão de garantir direitos fundamentais; elucidar crimes com diferentes características, cometidos de forma

¹⁷² ZANOTTI, Bruno Taufner e SANTOS, Cleopas Isaías. Delegado de Polícia em Ação, Teoria e Prática no Estado Democrático de Direito. Editora Juspodivm, 2017.

repentina ou minuciosamente premeditados; manter hígida a cadeia de custódia (uma vez que a polícia judiciária é um dos primeiros atores da persecução penal a ter contato com os vestígios do delito); repreender e evitar crimes, sejam eles de menor complexidade investigativa ou cometidos em ambientes de atividade criminosa organizada.

Ainda muito se preconiza a dispensabilidade do inquérito policial, inclusive com algumas teorias abolicionistas, em total descompasso com a evolução do Estado Democrático de Direito. Ocorre que mesmo aqueles com ideais antipáticos aos trabalhos de investigação da polícia judiciária, a ela invariavelmente se socorrem, especialmente pela necessidade da expertise, conhecimento de normas, métodos e procedimentos em atividades profissionais de investigação criminal.

A propósito do processo de persecução penal brasileiro, entendido como um macrossistema plural (Polícia Judiciária, Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Privada, Poder Judiciário, além de vários outros atuantes como assistentes e auxiliares), o livre convencimento motivado ou persuasão racional é o sistema adotado como regra. Nele, o juiz possui a liberdade para decidir, mas devendo motivar a sua decisão. De forma geral, neste sentido e a todos os processos judiciais, é o que prevê o art. 93, IX, da Constituição Federal:

Art. 93. IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Da mesma maneira, o livre convencimento motivado é aplicado em nosso processo penal pátrio. Trata-se do previsto no artigo 155 do CPP:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Esse recorte final guarda relação com os chamados **standards probatórios**, cuja exigência de certeza e esgotamento probatório já na fase pré-processual devem ser ponderados com temperança, a partir do caso concreto e não como regra geral.

Afinal, embora permeado de regras legais e de normas principiológicas, como vimos no início desse capítulo, não há um roteiro ou *script* que se possam se utilizados para todo inquérito policial. A ele deve-se dar a devida importância, com a correta e proporcional expectativa, mas com a ciência do dinamismo próprio da atividade criminal, forma, lugar e tempo do cometimento do delito em nosso país, geográfico, econômico, culturalmente tão plural.

5. REFERÊNCIAS

<https://jus.com.br/artigos/65064/a-natureza-juridica-do-inquerito-policial-sob-a-otica-dos-elementos-migratorios> (Bruno Caladrini). Acessado em 04/08/2021

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7, Ed.Salvador: Juspodivm, 2012.

COSTA, Talita Regina de Souza. A (im)prescindibilidade do inquérito policial. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4007, 21 jun. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29625>. Acesso em: 6 ago. 2021.

ZANOTTI, Bruno Taufner e **SANTOS**, Cleopas Isaías. Delegado de Polícia em Ação, Teoria e Prática no Estado Democrático de Direito. Editora Juspodivm, 2017.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Editora Lumen Juris. 2009.

A VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA À LUZ DAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

FRANCISCO GUSTAVO ALVES ARAÚJO:

Discente do Curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário UNIFACID.¹⁷³

RESUMO: O presente estudo apresenta como objetivo fomentar a discussão que paira sobre a necessidade de preservação da Dignidade da pessoa humana nos casos em que se envolvem as relações de consumo especialmente diante de inúmeros casos em que aquele valor tenha sido violado, para tanto, a pesquisa em tela irá se valer da metodologia bibliográfica para o desenvolvimento da mesma, inicialmente será feita uma análise voltada para os danos morais incluindo a incidência deste nas relações consumeristas, na sequência trataremos sobre a responsabilidade civil tendo como parâmetro a Constituição Federal, e finalmente, a discussão atinente à tutela da Dignidade da pessoa humana face às relações consumeristas.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Relações de Consumo. Danos Morais.

ABSTRACT: The present study aims to encourage the discussion that hovers over the need to preserve the Dignity of the human person in cases that involves consumer relations, especially in the face of many cases that violated this value, therefore, the research in screen will use the bibliographic methodology for its development, initially it was made an analysis focused on moral damages, including its incidence in consumer relations, then we will deal with civil liability as a parameter the Federal Constitution, and finally, the discussion about how to protect the Human Dignity in the face of consumer relations.

Keywords: Human Dignity. Consumer Relations. Moral Damages.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa suscitar uma abordagem direcionada para a discussão referente as violações que ocorrem sobre a Dignidade Humana no contexto das relações consumeristas. Tendo em vista que o presente tema vem progressivamente ganhando mais espaço nas discussões dos tribunais, já que esse desperta cada vez mais a necessidade de que haja uma efetiva tutela por parte do Judiciário.

173 Discente no curso de bacharelado em Direito pela Unifacid Wyden

Email: franciscogustavoalves@gmail.com

A prática do consumo é um dos fenômenos mais corriqueiros do dia-a-dia das pessoas, pois inevitavelmente algum produto, seja ele do gênero alimentício ou não, em razão do necessário consumo, vai ser desfalcado da residência induzindo a necessidade de aquisição de outro produto para suprir a ausência daquele. Contudo, em determinadas ocasiões o consumidor acaba se deparando com um produto que mais tarde poderá eventualmente lhe provocar prejuízos, seja de ordem física, moral ou psicológica. Tendo isso em vista, é necessário que emerge a necessidade de que seja discutido as maneiras de preservação, inclusive da própria Dignidade Humana, nas situações em que envolvam o consumo de um produto, especialmente quando este é um potencial causador de danos para as pessoas, sejam elas consumidoras diretas ou não.

A necessidade de se discutir a presente temática gira em torno também da necessidade de garantir uma alimentação saudável e da proteção das relações de consumo, pois dentro destas relações de consumo estão envolvidos muito mais do que uma simples aquisição de produtos, envolve igualmente a confiança que os consumidores depositam no estabelecimento onde nasce a aquisição e também porque nas relações de consumo a parte mais vulnerável concentra-se no consumidor, daí a necessidade de se conferir uma maior tutela à este. Por fim, deve ainda ser assegurado o direito de acesso à informação, bastante em voga, já que muitas vezes o consumidor não possui o discernimento necessário sobre determinado produto, o que acaba fazendo este passar por uma situação prejudicial. O dever de informação deve ser assegurado inclusive diante da sua previsão legal conforme Artigo 6º, III do Código de Defesa do Consumidor com a seguinte redação:

Art.6º- São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Assim, pela previsão legal em tela fica clara a intenção do legislador em defender não apenas a figura do consumidor como também à própria sociedade que está sujeita à uma relação de consumo de variadas formas incluindo à publicidade que muitas vezes é responsável pela indução ao consumo em massa.

2. DANO MORAL E SEUS ASPECTOS GERAIS

A expressão "dano" nos remete a ideia de algo que provoca algum tipo de prejuízo em alguém. O dano pode vir a se manifestar nos mais variados bens jurídicos, tais como a honra, a imagem, o patrimônio. Com isso, o dano é o efeito direto que tanto pode vir de uma conduta humana ou não, que pode provocar modificações no mundo exterior.

Segundo Filho (2014):

Correto, portanto, conceituar o dano como sendo lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade, etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

Partindo da presente explanação, compreendemos esse instituto a partir da situação em que se enquadra fazendo com que seu tratamento seja distinto a depender dos efeitos provocados. Tendo em vista que apesar de todos serem enquadrados como danos, há uma evidente distinção na maneira de tratamento entre aquele que envolve apenas o patrimônio e aquele que envolve a esfera moral.

Quando uma pessoa experimenta um prejuízo, seja ele em qualquer bem jurídico, a reação natural é a de buscar meios para que esse prejuízo seja, senão ressarcido, ou ao menos minorado, e isso torna-se bastante comum nas circunstâncias cujo dano moral seja alegado, porém, diante da alegação da presença do dano moral é que são ajuizadas inúmeras ações resultando em um verdadeiro preenchimento do judiciário com o intuito de que essa modalidade de dano seja reconhecida. Para tanto, inicialmente é necessário que se conceitue do que se trata o “Dano moral”, conforme Gagliano, Filho (2021, p. 1326):

O Dano moral consiste na lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos de personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Diante da afirmação em tela, aferimos que a dinâmica que envolve o dano moral exige um tratamento peculiar diante do que este representa, ademais conforme art 12 do Código Civil, a proteção desse núcleo de direitos pode vir a ser exercida até mesmo por outras pessoas que não necessariamente o próprio ofendido. Não obstante, em algumas situações o dano pode acabar refletindo seus efeitos para outras pessoas, possibilitando a estas igualmente que venham a experimentar um dissabor. É o que se entende doutrinariamente por dano em “ricochete”, nas lições de Tartuce (2021):

Dano moral indireto ou dano moral em ricochete é aquele que atinge a pessoa de forma reflexa, como nos casos de morte de uma pessoa da família (Art 941 caput do CC), lesão à personalidade do morto (Art

12, parágrafo único, do CC) é perda de uma coisa de estima caso de um animal de estimação (Art 952 do CC). Em suma, o dano atinge uma pessoa ou coisa e repercute em outra pessoa como uma bala que ricocheteia. Como se percebe, amplas são as suas hipóteses, muito além da situação descrita no Art 948 do Código Civil, conforme reconhece o enunciado n° 560 da VI Jornada de Direito Civil (2013).

Portanto, o Dano Moral carrega consigo toda essa carga diante de todos os bens jurídicos que este protege podendo ser reclamado conforme abordado, até mesmo por outras pessoas, não ficando adstrito apenas ao ofendido direto. O presente tema passou por uma significativa evolução no texto constitucional, haja vista a possibilidade de reclamar o dano moral dissociado do patrimonial, já que ambos não se confundem entre si, para Farias, Rosenvald, Netto (2015):

Em passado recente, no Brasil, o dano moral não era indenizável. Evoluiu-se, depois, para aceitar sua reparação, desde que acompanhado de um dano material. Contudo, certos julgados, ainda antes da Constituição de 1988, admitiam o dano moral (desacompanhado de um dano material), mas no cálculo da indenização, como adiante veremos, ressalva-se, claramente, que se estava indenizando prejuízos materiais, e não morais. Tal posição era bem reveladora da opção, então reinante de prestigiar o patrimônio em detrimento da pessoa.

Felizmente, com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a promoção de uma releitura sobre esse tema onde essa sobreposição patrimonial foi cedendo espaço para a figura humana, ou seja, foi gradativamente tornando-se possível discutir a necessidade de preservação dos valores mais essenciais insculpidos na carta magna vigente promovendo uma superação na resistência que pairava sobre o assunto em tela, assim afirmam Farias, Rosenvald, Netto (2015):

Mudança de fato houve, e profunda, com a Constituição de 1988, que previu explicitamente a reparação do dano moral no Art 5º, incisos V e X fulminando os espaços para as recusas hesitantes. Embora assente, na experiência jurídica brasileira. A existência do dano moral, continuam, contudo, as polêmicas acerca da sua caracterização: acabarão um dia? Não há obviamente aqui uma equação matemática que indique quais fatos estão dentro e quais fatos estão fora da compensação moral. Digamos, em péssima paráfrase, que o dano moral é ele e suas circunstâncias.

A partir da influência exercida pela Constituição é que esse dano foi sendo visto com outros olhos, tanto é que os posicionamentos mais recentes fazem com que tanto a jurisprudência quanto à doutrina venha a se inclinar no sentido de reconhecer a presença do dano, até mesmo nas situações em que este não tenha sido efetivamente violado, ou seja, não há mais a necessidade de que a vítima seja obrigada a experimentar um dano para pleitear em juízo o reconhecimento desse dano. A isso a doutrina entende por dano moral “in reipsa” ou presumido, segundo disserta Tartuce (2021, p. 849).

Em complemento, quanto à pessoa natural, tem entendido o Superior tribunal de justiça que, nos casos de lesão a valores fundamentais protegidos pela Constituição Federal o dano moral dispensa a prova dos citados sentimentos humanos desagradáveis, presumindo-se o prejuízo. Nesse contexto, sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana, dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento para configuração de dano moral. Segundo doutrina e jurisprudência do STJ, onde se vislumbra a violação de um direito fundamental assim eleito pela CF, também se alcançará, por consequência, uma inevitável violação da dignidade do ser humano. A compensação nesse caso independe da demonstração da dor, traduzindo-se, pois, em consequência in reipsa, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja a dignidade do ser humano. Aliás, cumpre ressaltar que essas sensações (dor e sofrimento), que costumeiramente estão atreladas à experiência das vítimas de danos morais, não se traduzem no próprio dano, mas têm nele sua causa direta.

Em vista disso, o reconhecimento do dano moral nesses moldes funciona como uma construção extremamente favorável para todas as pessoas, a uma porque a indenização têm o condão de fazer com que a pessoa possa retornar ao seu estado anterior à violação e, em segundo, e não menos importante, o dano moral presumido é capaz de promover uma maior segurança jurídica no sentido de proteger as pessoas não apenas nas relações jurídicas contratuais, mas também a própria dignidade da pessoa humana enquanto fundamento constitucional (Art 1º, III CRFB/88).

Em vista da repercussão que gira em torno do dano moral é oportuno destacar ainda que diante do expressivo número de demandas ajuizadas perante o judiciário isso acaba fazendo com que os julgadores tenham a necessidade de enfrentar objetivamente as ações processuais para aferir a presença dos pressupostos caracterizadores do dano moral, pois, não raras vezes, ingressam no judiciário aquelas demandas onde o dano moral por vezes é confundido com aquelas situações que, embora desagradáveis, não são aptas para atraírem a concessão de indenização, segundo destaca Tartuce (2021, p. 853):

Tanto doutrina como jurisprudência sinalizam para o fato de que os danos morais suportados por alguém não se confundem com os meros transtornos ou aborrecimentos que a pessoa sofre no dia a dia. Isso sob pena de colocar em descrédito a própria concepção da responsabilidade Civil e do dano moral. Cabe ao juiz, analisando o caso concreto e diante da sua experiência, apontar se a reparação imaterial é cabível ou não. Nesse sentido, foi aprovado, na III Jornada de Direito Civil, o enunciado nº 159 do Conselho da justiça Federal, pelo qual o dano moral não se confunde com os meros aborrecimentos decorrentes de prejuízo material.

Portanto, o entendimento ora exposto, induz aos magistrados a missão de realizar uma análise mais comprometida nesse tipo de ação, além de desestimular o ingresso de lides temerárias que possam comprometer o regular andamento dos demais processos judiciais, daí a importância do presente entendimento para a promoção da segurança jurídica necessária. Em decorrência dos reflexos provocados pelo dano moral, não se pode desconsiderar que esse fenômeno atrai a possibilidade de ser reparado de modo proporcional ao constrangimento causado, contudo, o dano é bastante variável de acordo com cada circunstância, ou seja, diante de uma série de fatores o seu arbitramento acaba não se dando de forma exata, conforme aponta Filho (2014):

Uma das objeções que se fazia à reparabilidade do dano moral era a dificuldade para se apurar o valor desse dano, ou seja, para quantificá-lo. A dificuldade, na verdade, era menor do que se dizia, porquanto em inúmeros casos a lei manda que se recorra ao arbitramento. E tal é o caso do dano moral. Não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, tomar uma garantia a título de reparação pelo dano moral.

Por fim, nos resta salientar que o dano moral não se trata apenas de um dano em si, mas sim como um instituto capaz de tanto criar como de desfazer uma relação jurídica, e mais, o reconhecimento do dano serve inclusive como limite para que se inviabilizem todas as condutas tendentes à violação dos bens jurídicos tutelados não voltando-se conforme explanado apenas para o patrimônio, mas principalmente para a própria figura humana.

3. O DANO MORAL E SEUS IMPACTOS NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

O dano moral, já devidamente abordado, trata-se de um instituto cuja manifestação permite ser identificada em inúmeras situações do cotidiano, especialmente nas situações onde se formalizam os negócios jurídicos, já que a depender da relação jurídica formalizada uma das partes pode eventualmente ocupar uma posição desvantajosa em relação à outra. Em razão da necessidade de regular as relações privadas e de preservar o equilíbrio entre as mesmas é que surgiram os diplomas normativos com o objetivo de suprir essas lacunas afetando inclusive as relações de consumo, segundo Gonçalves (2017):

Com a evolução das relações sociais e o surgimento do consumo em massa, bem como dos conglomerados econômicos, os princípios tradicionais da nossa legislação privada já não bastavam para reger as relações humanas, sob determinados aspectos. E nesse contexto, surgiu o Código de defesa do consumidor atendendo ao princípio constitucional relacionado à ordem econômica.

Assim, todo e qualquer negócio jurídico não deve focar-se exclusivamente na satisfação dos interesses particulares das partes desconsiderando o tratamento isonômico que deve haver entre os envolvidos, em especial nas relações de consumo onde o consumidor geralmente ocupa uma posição mais vulnerável. Essa vulnerabilidade, portanto, deve ser vista de forma ampla, já que ela não representa apenas uma escassez financeira. Na verdade, a vulnerabilidade apresenta um conceito bem mais amplo abarcando igualmente outros fatores, nas palavras de Tartuce, Neves (2020):

Para se reconhecer a vulnerabilidade pouco importa a situação política, social, econômica ou financeira da pessoa, bastando a condição de consumidor, enquadramento que depende da análise dos arts. 2º e 3º da lei 8078/1990, para daí decorrerem todos os benefícios legislativos na melhor concepção consumerista.

Seguindo a análise em voga, entendemos pela relevância do aspecto financeiro nas relações de consumo, entretanto, esse não é o único fator e nem o mais preponderante para se considerar a vulnerabilidade de alguém, esse conceito contudo não se confunde com hipossuficiência, para Tartuce, Neves (2020):

O conceito de hipossuficiência consumerista é mais amplo, devendo ser apreciado pelo aplicador do direito caso a caso, no sentido de reconhecer a disparidade técnica ou informacional, diante de uma situação de desconhecimento conforme reconhece doutrina e jurisprudência.

Assim, o reconhecimento desses elementos faz com que o consumidor venha a assumir uma posição mais equilibrada na relação de consumo, para tanto, a lei

consumerista, por exemplo, prevê em seu artigo 6º inúmeros direitos básicos do consumidor onde pode-se identificar desde a chance de acesso à informação até o acesso ao judiciário e a consequente busca pela prevenção ou reparação de danos.

Superadas as considerações iniciais, concluímos que o tratamento destinado ao consumidor é reflexo da evolução que incide não apenas sobre os diplomas normativos em especial o CDC, mas também no entendimento que vem se consolidando nos tribunais superiores, em específico o STJ, já que as decisões estão se voltando à tutela da dignidade humana na figura do consumidor, mas afinal, quem pode se enquadrar no conceito de consumidor?

De acordo com o artigo 2º do CDC, o consumidor tanto pode ser a pessoa física quanto jurídica na posição de destinatária final em uma relação jurídica, apesar de na prática a pessoa jurídica se enquadrar mais como fornecedora (Art 3º CDC). É perfeitamente possível que esta venha a se enquadrar como consumidora, reunindo as condições necessárias com o intuito de conservar de forma mais ampla os direitos e interesses do consumidor. A temática do dano moral possui certas peculiaridades, já que em algumas situações os efeitos do dano acabam refletindo em outras vítimas fazendo com que estas venham a se equiparar aos consumidores diretos da relação inicial, sendo conhecidos como consumidores por equiparação.

Nas lições de Almeida (2020):

A opção expressa no Código de Defesa do Consumidor de proteger não apenas o consumidor destinatário final surgiu da necessidade identificada pelo legislador de serem tuteladas outras pessoas, físicas ou jurídicas, de forma individual ou coletiva, além daquelas já protegidas segundo o disposto no Art 2º, caput do aludido diploma que tratou, conforme estudado da conceituação de consumidor em sentido estrito, o consumidor standard. Trata-se de uma consequência lógica à constatação de que não somente o adquirente direto de um produto ou serviço é a parte mais fraca de uma relação jurídica frente à um fornecedor que é o detentor do monopólio dos meios de produção. Outras pessoas ou grupo de pessoas poderão enquadrar-se no perfil da vulnerabilidade e, conseqüentemente, valer-se da proteção inculpada no Código de Defesa do consumidor mesmo não se encaixando no conceito de consumidor em sentido estrito.

De acordo com a presente afirmação ora exposta, é possível visualizar uma certa proximidade entre o dano em ricochete e o consumidor por equiparação tendo em vista que, em ambas as situações a violação não recai sobre apenas um único bem jurídico

tutelado. Em outras palavras, significa dizer que os reflexos do dano acabam incidindo sobre outras pessoas além daqueles presentes na relação jurídica inicial possibilitando estas a buscarem um ressarcimento correspondente ao dano sofrido. A extensão desses efeitos estimula uma ampliação no ciclo de proteção que incide sobre todas as pessoas, tenham elas ou não participado diretamente da relação jurídica, conforme ensina Filho (2019):

O Art 17 do CDC equipara ao consumidor todas as vítimas do acidente de consumo. A finalidade desse dispositivo é dar a maior amplitude possível à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. Não faz qualquer sentido exigir que o fornecedor disponibilize no mercado de consumo produtos ou serviços seguros apenas para o consumidor, não se importando com terceiros que possam vir a sofrer danos pelo fato do produto ou do serviço, razão pela qual seu a estas vítimas um tratamento diferenciado, que se justifica, repita-se, pela relevância social que atinge a prevenção e a reparação de tais danos.

Como forma de evitar a precarização dos direitos do consumidor, a legislação consumerista previu ao longo de seus dispositivos meios para repelir do consumidor o impacto incitado pelos danos, conforme Art 18 do CDC, que oferece mais de uma alternativa em prol dos interesses do consumidor como um todo. Nesse sentido aponta Santana (2019, p.108):

O código de defesa do consumidor estabelece um sistema mais vantajoso para o sujeito vulnerável ao facultar-lhe outras alternativas além das ações edilícias previstas no tradicional regime dos vícios redibitórios previstos no Direito Civil clássico. No que se refere ao vício de qualidade, ao lado da rescisão contratual com a devolução do valor pago (ação redibitória) e o abatimento proporcional do preço (ação estimatória ou quanti minoris), a lei autoriza o consumidor a escolher a substituição do produto por outro da mesma espécie (Art 18, parágrafo 1º, I do CDC) ou a reparação dos serviços, sem custo adicional e quando cabível (Art 20, I do CDC).

Conforme se verá na sequência, a responsabilidade Civil aparece como consequência natural à provocação do dano de modo a buscar restaurar o bem jurídico que fora exposto à violação, assim o dano moral recebeu tratamento especial dentro do ordenamento jurídico, o que demonstra a coerência do legislador no tratamento dessas matérias de modo a encerrar qualquer controvérsia sobre este, para Santana (2019):

A análise do sistema jurídico brasileiro informa que a reparabilidade do dano moral é tema que não comporta mais controvérsias. No plano constitucional há a inserção da primazia do princípio da dignidade da pessoa humana (Art 1º, III) e a posituação do princípio da reparabilidade do dano moral (Art 5º, V e X), bem como o regramento no plano infraconstitucional dos direitos da personalidade (arts 11 a 21 do CC), todos compondo os dados normativos fundamentais para o estudo da proteção jurídica dos interesses e direitos imateriais do consumidor.

Por fim, a depender do contexto que o dano tenha ocorrido, é possível que seus reflexos atinjam conforme abordado mais de uma vítima, porém, é possível que esse instituto atinja inúmeras vítimas que podem ser passíveis ou não de identificação, o que induz ao ajuizamento das ações de natureza coletiva na defesa dos interesses denominados pela doutrina em difusos, coletivos e individuais homogêneos, assim afirma Filomeno (2018, p.590):

Cumpra desde logo destacar que se fez a distinção entre “interesses difusos”, “interesses coletivos”, e os chamados “interesses individuais homogêneos de origem comum”. Quanto aos primeiros, foram definidos como os que se enquadram transindividuais, de natureza indivisível e de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato. Como exemplo ocorrem-nos a publicidade enganosa, as condições gerais dos contratos de forma lesiva a um número indeterminado de consumidores, a segurança e saúde comprometida ou em perigo diante de bens ou serviços perigosos e nocivos, sendo certo que, nessa hipótese, os mandamentos jurisdicionais serão preponderantemente voltados para obrigações de fazer ou não fazer, sobretudo diante da experiência aqui trazida à baila, bem como nas de qualidade e quantidade de bens e serviços. Quanto ao segundo, tratar-se-iam de interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os também transindividuais, de natureza igualmente indivisível, mas de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base. Destacam-se tais direitos e interesses, por conseguinte dos chamados “difusos”, pois que pertencem a determinável número de pessoas, ou já determinadas, mas cujo conteúdo continua indivisível.

Em conclusão, diante dessa interdisciplinariedade, podemos discutir o dano nos mais variados ramos do direito, nas inúmeras relações jurídicas, e claro, no próprio seio das

relações de consumo. Não obstante, o dano possa atingir, inclusive a própria coletividade conforme descrita, assim seu estudo é fundamental diante de seu teor.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A responsabilidade é um tema que desperta intensos debates na doutrina brasileira e sua presença transmite a ideia de que por força de uma atuação seja ela humana ou não, de caráter positivo ou negativo, é capaz de atrair o dever de responsabilização a alguém em decorrência de uma conduta que viola um determinado bem jurídico, com isso, é inevitável falar de responsabilidade sem que seja mencionado o dano advindo de uma conduta, ainda mais diante da responsabilidade Civil, segundo descreve Filho (2014):

Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente de violação de um precedente dever jurídico. E assim é por que a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida. Daí ser possível dizer que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

A responsabilidade não depende da existência de uma relação jurídica entre as pessoas, já que inúmeras são as situações cotidianas onde o dever de responder se manifesta sem que haja uma prévia relação jurídica entre as pessoas, exemplo disso seria uma colisão entre veículos ou ainda ofensas proferidas na internet contra alguém. Enfim, esses seriam alguns exemplos de como o dever de responder surge. Para uma melhor compreensão é necessário distinguir a responsabilidade e a obrigação, já que a proximidade entre estes se dá em razão de um dever a ser cumprido. Nas lições de Filho (2014):

É importante distinguir a obrigação de responsabilidade. Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto que na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo.

O direito de ressarcimento deve ser assegurado a todas as pessoas, inclusive esse direito possui assento constitucional conforme previsão no Art 5º, V CRFB/88 com a seguinte redação:

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 e à propriedade, nos termos seguintes: V - É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem

Mediante a previsão legal em comento, conclui-se que o direito de resposta conserva entre seus objetivos a proteção dos Direitos Fundamentais ora elencados, e isso possui uma justificativa plausível, já que em épocas remotas em civilizações antigas o dever de responsabilidade era conduzido de forma exacerbada, através de métodos arbitrários onde a Dignidade da pessoa humana era bastante relativizada e a proporcionalidade não era observada. Nesse sentido Farias, Netto, Rosenvald (2017):

Na pré-história da responsabilidade civil, pode-se situar a vingança como a primeira forma de reação contra comportamentos lesivos. Na ausência de um poder central, avendetta era levada a efeito pela própria vítima ou pelo grupo ao qual pertencia. O passo sucessivo foi a lei de Talião: olho por olho, dente por dente típico da tradição bíblica, A qual, não obstante seu rigor, tratava-se indubitavelmente de um temperamento dos costumes primitivos, em função da proporcionalidade do castigo. Apenas em um momento posterior a essas primitivas formas de autotutela, deu-se início à compensação pecuniária, um acordo pelo qual a devolução de uma soma em dinheiro substituía tanto a vingança incondicional como a lei de Talião. Nesse ambiente nasce a responsabilidade civil, no sentido moderno da expressão, compreendida como obrigação de restituir ao ofendido uma soma em pecúnia com a função de sancionar o ofensor e satisfazer o ofendido.

Para tanto, a medida que surgiu a atual carta magna vigente foi ocorrendo uma verdadeira mutação substancial no conteúdo da responsabilidade de modo que houvesse uma aproximação desse instituto com aquilo que prevê a Constituição Federal respeitando-se a proporcionalidade e a própria dignidade humana. Esses princípios são essenciais, inclusive ao ponto de limitar a própria atuação Estatal no que tange ao seu poder punitivo, além dos particulares, já que o dever de responsabilidade também encontra limites nos demais Direitos Fundamentais, segundo ensinam Dimoulis, Martins (2014):

A principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo em sua maioria de natureza material, mas às vezes de natureza processual e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado. Por esse motivo, cada direito fundamental constitui uma definição do constitucionalista alemão Georg Jellinek (1851-1911) um “direito público subjetivo”, isto é, um direito individual que vincula o Estado. Destarte, aquilo que, do ponto de vista do indivíduo, constitui um direito fundamental representa visto pela perspectiva do Estado, uma norma de competência negativa que restringe suas possibilidades de atuação.

Nesse momento será feita uma análise a respeito de alguns elementos que compõem a responsabilidade civil. Inicialmente, para que se possa falar em responsabilidade, é necessária a combinação de alguns elementos, dentre eles a conduta, o nexa e o dano. A conduta, conforme já descrita, pode vir de uma conduta humana assim como de algum outro ser, como o caso dos animais, além disso, a conduta também pode vir de uma ação como também de uma omissão, já que o deixar de agir é igualmente capaz de gerar resultados relevantes em certas ocasiões, assim explica Tartuce (2021, p. 813):

Assim sendo, a conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente. A regra é a ação ou conduta positiva; já para a configuração da omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato (omissão genérica), bem como a prova de que a conduta não foi praticada (omissão específica). Em reforço, para a omissão é necessária ainda a demonstração de que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado.

É fundamental ainda compreender que a conduta é um elemento que para haver a responsabilidade não necessariamente precisa ser praticado por ato exclusivo de alguém, já que ela também pode vir a ser praticada por terceiros, basta visualizar as hipóteses do Art 932 do CC, assim o encargo recai sobre aquele que deveria e poderia agir para evitar a ocorrência do prejuízo, daí reside a imprescindibilidade do elemento conduta. Por sua vez, o nexa representa um elo de ligação entre a conduta e o resultado, admitindo a punição do ofensor. A relação de causalidade é também peça fundamental para o dever de indenizar, nos ensinamentos de Gonçalves (2021, p.140):

Um dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência de um nexa causal entre o fato ilícito e o dano produzido. Sem essa relação

de causalidade não se admite a obrigação de indenizar. O Art 186 do Código Civil a exige expressamente, ao atribuir a obrigação de reparar o dano aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem.

Entretanto, nem sempre essa relação de causalidade terá o condão de impulsionar a responsabilidade, especificamente nas hipóteses em que o provocador do dano tem a seu favor as chamadas excludentes de responsabilidade promovendo a ruptura da “ponte” que liga a conduta ao resultado, fazendo desaparecer essa ligação também desaparece o encargo, conforme ensina Gonçalves (2021):

Há certos fatos que interferem nos acontecimentos ilícitos e rompem o nexo causal, excluindo a responsabilidade do agente. As principais excludentes da responsabilidade civil, que envolvem a negação do nexo de causalidade são: o estado de necessidade, a legítima defesa, a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou força maior e a cláusula de não indenizar. Assim, por exemplo, se o raio provocou o incêndio que matou os passageiros transportados pelo ônibus, considera-se excluída a relação de causalidade, e o ato do agente (no caso do transportador) não pode ser tido causa do evento. Ou se alguém, desejando suicidar-se, atira-se sob as rodas de um veículo, seu motorista, aí o dirigia de forma normal e prudente, não pode ser considerado o causador do atropelamento, foi ele mero instrumento da vontade da vítima, está sim a única culpada pela ocorrência.

Como último elemento da responsabilidade tem-se o dano, já trabalhado no decorrer do presente estudo. Todavia, para finalizar o presente tópico é pertinente realizar uma abordagem sobre as funções que envolvem a responsabilidade civil. Como se sabe, o direito de resposta deve ser garantido a todas as pessoas como forma de resguardo aos seus próprios direitos que não devem ser injustamente violados, nesse momento é que surge a importância de se discutir o papel das funções da responsabilidade civil tendo ela tanto o caráter preventivo quanto repressivo a depender da situação que esteja envolvida, consoante afirmam Gagliano e Filho (2021):

Na primeira função, encontra-se o objetivo básico e finalidade da reparação civil: retornar ao status quo ante. Repõe-se o bem perdido diretamente ou, quando não é mais possível tal circunstância, impõe-se o pagamento de um quantum indenizatório, em importância equivalente ao valor do bem material ou compensatório do direito não redutível pecuniariamente. Como função secundária em relação à reposição das coisas ao estado em que se encontravam, mas igualmente relevante, está a ideia de punição ao ofensor. Embora

está não seja a finalidade básica (admitindo-se, inclusive, a sua não incidência quando possível a restituição integral à situação jurídica anterior), a prestação imposta ao ofensor também gera um efeito punitivo pela ausência de cautela na prática de seus atos, persuadindo-o a não mais lesionar. E essa persuasão não se limita à figura do ofensor, acabando-se por incidir numa terceira função, de cunho sócio-educativo, que é a de tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas, assim, alcança-se, por via indireta, a própria sociedade, restabelecendo-se o equilíbrio e segurança desejados pelo Direito.

Diante desse cenário, a responsabilidade se comporta como um mecanismo fundamental na conservação dos Direitos Fundamentais, além da sua essencial contribuição em desestimular a prática de atos nocivos.

5. A DEFESA DA DIGNIDADE HUMANA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Ao longo do presente estudo, muito se discutiu a respeito do dano, especialmente sobre seus impactos nas relações de consumo, além de como a responsabilidade se manifesta nesses casos. Superados todos esses pontos, a presente temática irá se voltar à discussão que envolve aquele que é tido como um “super princípio”, onde sua presença jamais deve ser negada a qualquer que seja a situação, trata-se, pois, da Dignidade da pessoa humana voltada para as relações de consumo.

Inicialmente será feita uma abordagem voltada para aquilo que se entende por Dignidade, a conceituação desse relevante valor não é uma simples missão por ser bastante abrangente já que ele se vincula à condição humana e também se responsabiliza por tutelar toda a constelação dos mais variados bens jurídicos abarcados pelo ordenamento jurídico. Além do mais, está classificado entre os princípios fundamentais da Constituição Federal em seu Art 1º, III CRFB/88, mas, não apenas por esses fatores é que o conceito de Dignidade é extenso, mas também pelo seu gradativo processo de reformulação com o decorrer dos tempos. Nas lições de Sarlet (2011, p. 28):

O conceito que se propõe, vale repisar, representa uma proposta em processo de reconstrução, visto que já sofreu dois ajustes desde a primeira edição, com o intuito de máxima afinidade possível com uma concepção multidimensional, aberta e inclusiva de dignidade da pessoa humana. Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por

parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Essa ideia de Dignidade despontou da necessidade de se dar uma resposta à lacuna que pairava em decorrência das violações aos direitos do homem que por várias vezes foi manchado por intermédio de atos marcados pelo autoritarismo, muitos deles advindos do contexto das grandes guerras mundiais. Para isso foi sendo sedimentado a ideia de se buscar um instrumento capaz de impedir condutas dessa natureza e assegurar uma existência digna aos indivíduos independente da circunstância. Em razão desses e de outros fatores, a dignidade foi ganhando um impulsionamento e incorporou-se no ordenamento jurídico pátrio como meio de proteção da figura humana, segundo observa Sarlet (2011):

A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é, como habitualmente lembrado, relativamente recente, ainda mais em se considerando as origens remotas a que se pode ser reconduzida a noção de dignidade. Apenas ao longo do século XX e, ressalvada uma ou outra exceção, tão somente a partir da segunda guerra mundial. A dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas constituições, notadamente após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948.

Diante da magnitude que cerca o princípio da Dignidade da pessoa humana é forçoso compreender a influência que esse princípio exerce no ordenamento jurídico e isso certamente inclui as relações de consumo onde muito se têm conhecimento das violações que ocorrem constantemente sobre os interesses do consumidor, e isso acabou fomentando a criação de uma legislação cuja existência fosse ao menos capaz de possibilitar à discussão em juízo. A Constituição vigente também teve uma expressiva contribuição nesse processo buscando blindar os direitos do consumidor, como bem assevera Dantas (2021, p.628):

A grande escassez, na seara do direito comparado de normas constitucionais sobre a tutela do consumidor, deve-se sobretudo, a dois fatores. O primeiro é a considerável novidade deste tema no cenário jurídico mundial. O segundo é o caráter recente do próprio fenômeno da constitucionalização dos demais ramos jurídicos, que somente tomou força, como vimos anteriormente, com o recentíssimo fortalecimento do direito constitucional. Vê-se, portanto, que nossa carta magna, mais que permitir exige que o Estado tome as medidas necessárias à garantia da defesa do consumidor, diante do inequívoco avanço da economia de escala, e da concentração econômica nas mãos dos empresários, fato que favorece toda a sorte s práticas abusivas contra o consumidor, o lado mais fraco da relação jurídica de consumo. Uma das medidas previstas em seu texto era a edição do denominado Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, as relações de consumo em decorrência das influências vindas sejam do texto constitucional ou ainda dos tribunais superiores, evoluíram consideravelmente, especialmente diante da viragem jurisprudencial que vem se cristalizando com o intuito de tutelar mais abertamente o consumidor que por vezes têm seus direitos mitigados.

Não são raras as situações em que o consumidor se sujeita a uma relação de consumo e passa por uma experiência desagradável, seja no atendimento em um estabelecimento ou ainda em razão da aquisição de um gênero alimentício, sendo este mais comum, assim, a jurisprudência dos tribunais superiores vem inclinando-se na direção mais favorável aos interesses do consumidor se baseando tanto naquilo que está elencado no CDC como também na Dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o STJ se manifestou ao reconhecer a Dignidade da pessoa humana nos casos que envolvem o consumo de gêneros alimentícios. Em um emblemático julgamento no Resp 1.899.304, cuja relatoria era da Ministra Nancy Andrighi defendeu a Dignidade da pessoa humana na relação consumerista com a tese descrita na lei 11.346/2006 da seguinte forma:

“A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal,devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para

promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população” (Art 2º) Ainda ,esclarece a norma que “a segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade em quantidade suficiente sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais,tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis” (Art 3º).

A partir dos dispositivos ora expostos visualiza-se que o legislador se preocupou com o desenvolvimento de políticas públicas voltadas à sociedade, diante da alarmante disparidade social que existe no país nem todas as pessoas possuem a chance de adquirir alimentos somado a isso. O fato de que o fornecedor de um modo geral deve promover a segurança alimentar à todas as pessoas como direito fundamental à alimentação saudável, ainda em sua manifestação a ministra ainda apresentou a seguinte tese:

Desse preceito, é possível afirmar que a segurança alimentar e nutricional possui duas acepções principais, que são distintas, porém correlacionadas: a) A segurança alimentar e nutricional relativa ao acesso regular e permanente aos alimentos, como condições de sobrevivência do indivíduo, o que remete às políticas públicas de combate à fome e, paripassu, de soberania na produção de alimentos; b) A segurança alimentar e nutricional relativa à qualidade dos alimentos,o que envolve a regulação e devida informação acerca do potencial nutritivo dos alimentos e, em especial, o controle de riscos para a saúde das pessoas.

Diante de todo o exposto, é possível chegar a conclusão que a Dignidade da pessoa humana trata-se de um valor de matriz fundamental para toda e qualquer situação, nas relações de consumo muito se observa a prática de atos que atentam contra esse princípio e para isso é necessária a contribuição dos juristas para que se possa favorecer à existência de uma relação jurídica equilibrada onde não apenas um lado venha a se favorecer. E felizmente é assim que vem sendo observado pelos tribunais superiores com o objetivo de resguardar aos interesses dos envolvidos especificamente os do consumidor face à Dignidade da pessoa humana.

6. CONCLUSÃO

Por todo o exposto no presente estudo, concluímos que as relações de consumo devem se sustentar em alguns pilares fundamentais, tais como o acesso à informação, a

igualdade de tratamento entre as partes, a legalidade e também da boa-fé, sendo este um elemento bastante decisivo no desdobramento da relação de consumo, já que impõe as partes o dever de atuação em consonância com as normas legais.

A edição do Código de Defesa do Consumidor surgiu não com o intuito de fazer com que o consumidor ocupe uma posição hierárquica em detrimento do fornecedor/prestador de serviços, mas sim como uma maneira de buscar ao menos equilibrar a relação de consumo protegendo os direitos da parte mais frágil da relação.

Para que ocorra de fato essa proteção é que o Dano Moral ganha impulso na lei e também na jurisprudência sendo peça fundamental para propiciar o ressarcimento pelo prejuízo causado, além da manutenção da própria Dignidade humana. Diante disso, não há como fazer menção a qualquer outro direito dissociado da noção de Dignidade, primeiro em razão da sua expressiva magnitude seja no campo jurídico, filosófico ou ainda hermenêutico, segundo, pelo fato de que todos os demais direitos encontram na Dignidade Humana a sua referência legal. E em relação às relações de consumo, não poderia seguir outro caminho, já que a defesa do consumidor além de encontrar-se localizada entre os Direitos Fundamentais ainda há o reconhecimento da presença da Dignidade nas relações de consumo especialmente após a postura que foi adotada pelos Tribunais naquelas circunstâncias onde o direito à alimentação esteja em voga em clara proteção à sociedade.

REFERÊNCIAS

A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, Ingo Wolfgang Sarlet, 10ª edição. Revista atualizada e ampliada, livraria do advogado (editora), 2009, Porto Alegre.

BRASIL. **Lei 8078 de 11 de Setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil.03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em 09 dez.2021.

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em 10 dez. 2021.

Curso de Direito Constitucional, Paulo Roberto de Figueiredo Dantas - 6ª edição, Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2021.

Curso de direito civil: responsabilidade civil, Cristiano Chaves Farias, Nelson Rosenvald, Felipe Peixoto Braga Netto, 4ª edição. Revista ampliada e atualizada – Salvador. Editora Juspodivm 2017.

Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal, Felipe Peixoto Braga Netto 2ª edição revista ampliada e atualizada São Paulo Atlas, 2015.

Direitos do consumidor, José Geraldo Brito Filomeno – 15ª edição. Revista, atualizada e reformulada, São Paulo Atlas 2018

Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, Ingo Wolfgang Sarlet, 9ª edição. Revista e atualizada, editora livraria do advogado, 2011, Porto Alegre.

Direito Civil brasileira responsabilidade civil. volume 4º, Carlos Roberto Gonçalves, 16ª edição. Saraiva Jur, 2021

Dano moral no Direito do consumidor, Héctor Valverde Santana, 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

Direito Civil brasileiro volume 3: contratos e atos unilaterais. Carlos Roberto Gonçalves - 15ª edição. São Paulo Saraiva educação, 2018

Direito do consumidor esquematizado, Fabrício Bolzan de Almeida, coordenador Pedro Lenza, 8ª edição. São Paulo: Saraiva educação, 2020.

Manual de Direito Civil: volume único. Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho – 5ª edição São Paulo: Saraiva educação, 2021.

Manual de Direito Civil: volume único/Flávio Tartuce 11ª edição revista atualizada e ampliada Rio de Janeiro Forense, Método 2021.

Manual de Direito do consumidor: direito material e processual, volume único. Flávio Tartuce, Daniel Amorim Assumpção Neves – 9ª edição. Revista atualizada e ampliada, Rio de Janeiro Forense, São Paulo: Método 2020.

Programa de responsabilidade civil, Sergio Cavalieri Filho, 11ª edição - São Paulo: Atlas, 2014.

Programa de direito do consumidor, Sergio Cavalieri Filho - 5ª edição revista atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2019

Teoria geral dos Direitos Fundamentais, Dimitri Dimoulis, Leonardo Martins, 5ª edição. Revista, atualizada e ampliada, São Paulo Atlas 2014.

<https://www.STJ.jus.br/sites/portalp/paginas/comunicação/noticias/19102021<-segunda-seção-define-que-corpo-estranho-em-alimento-gera-dano-moral-mesmo-sem-ingestão>> Acesso em 06 dez.2021.

<https://www.migalhas.com.br/quentes/3500709/STJ-fornecedor-deve-indenizar-por-corpo-estranho-em-alimento>. Acesso em 29 nov.2021.

DANO MORAL POR ALIENAÇÃO PARENTAL

JANÁLIA NAJARA PINTO: Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário UNA.

NATÁLIA ELLEN LOURENÇO FERREIRA
(coautora)

FERNANDA PRATA MOREIRA RIBEIRO
(orientador)

RESUMO: O presente trabalho visa demonstrar a possibilidade de imputar ao genitor que pratica a alienação parental, a obrigação de indenizar o prejudicado decorrente dessa conduta, no caso o genitor alienado, uma vez que esse sofre danos morais e até mesmo materiais. O dano ocorre em virtude da alienação parental acabar com a convivência familiar do genitor alienado e a criança e conseqüentemente, acabar com a relação afetiva sadia entre eles, sendo assim lesionados vários direitos de dignidade da pessoa humana e personalidade da vítima. Para chegar a uma conclusão, o trabalho baseou-se no conceito de família, sua história, nos direitos que versam sobre a guarda compartilhada, na identificação e prática da alienação parental e por fim no dano moral. A partir daí, criou-se base, para defender a hipótese de responsabilizar o genitor alienante a indenizar o genitor alienado, como forma de combater tal comportamento.

Palavras-chave: Alienação Parental. Dano. Dano Moral. Família. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: The present work aims to demonstrate the possibility of imputing to the parent who practices the parental alienation, the obligation to indemnify the injured person resulting from this conduct, in this case the alienated parent, since he suffers moral and even material damages. The damage occurs due to parental alienation ending the family life of the alienated parent and the child and, consequently, ending the healthy affective relationship between them, thus harming several human dignity rights and the victim's personality. To reach a conclusion, the work was based on the concept of family, its history, on the rights related to shared custody, on the identification and practice of parental alienation and, finally, on moral damage. From there, a basis was created to defend the hypothesis of making the alienating parent responsible for indemnifying the alienated parent, as a way to combat such conduct.

Keywords: Parental Alienation. Damn. Moral damage. Family. Civil responsibility.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho surgiu do interesse de se aprofundar sobre o tema "alienação parental" trazendo seu conceito, identificação e suas conseqüências na vida do alienado,

alienador e genitor prejudicado. Além disso, serão analisadas as características e quais são as formas de sua ocorrência, bem como as consequências trágicas ocasionadas às crianças e aos adolescentes da entidade familiar respectiva, relacionando os fatos com a Lei nº 12.318 de 26 agosto de 2010, que busca extinguir a existência de tal prática.

Vale ressaltar que o tema da alienação parental se manifesta de várias formas, sendo algumas delas por pais, avós, pessoas com filhos, jovens sob seu poder, tutela ou supervisão. O tema está cada vez mais frequente e ao longo dos anos vem sendo discutido por juristas. Somente no ano de 2010 se tornou lei na intenção de coibir tal prática, sendo já tratado na área da saúde, bem como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 13 de julho de 1990). Aliado à prática percebe-se que cabe dano moral ao sujeito passivo da relação de alienação parental.

Dentre as inúmeras discussões sobre os interesses familiares, destaca-se o dano moral, devido à incerteza e imprecisão na aplicação dos conceitos relacionados ao assunto.

Este artigo tem como objetivo analisar o dano moral nas relações familiares, em especial o dano moral relacionado ao fenômeno da alienação parental.

A responsabilidade civil por violação de vínculo familiar é polêmica na teoria e na jurisprudência, além de ser de difícil obtenção. Portanto, o dano mental inerente a essa relação está relacionado à violação da dignidade da pessoa que é sujeito do ente familiar.

2 CONCEITO E HISTÓRIA DE FAMÍLIA

De acordo com o dicionário Aurélio, família é o conjunto de pessoas que possuem parentesco próximo, grupo de pessoas que têm a mesma procedência, grupo de pessoas que vivem na mesma casa e outros inúmeros conceitos. Para o Direito, Maria Helena Diniz (2007, p. 9) fala sobre a família em sentido amplo, sendo pessoas ligadas por consanguinidade, afinidade, e inclui estranhos (no caso da adoção). Já no sentido restrito, fala sobre pessoas ligadas por laços matrimoniais (através do casamento) e por filiação, ou seja, por prole ou por cônjuges.

Assim entende-se que, família é uma unidade social, unida por laços de ancestralidade em comum, ou unidas por laços afetivos construídos pelas pessoas envolvidas na relação.

Para se compreender a família no contexto da história do Brasil, é necessária uma visão ampla concernente à questão socioeconômica e subjetiva que atravessam a mesma ao longo da história. Deve-se considerar os aspectos culturais, políticos e sociais, relevando a heterogeneidade da família, já que esta é composta de sentimentos e valores.

Neste sentido, aponta-se a história da família através de Airés (1978), que em sua obra denominada História Social da Criança e da Família analisa a iconografia, concluindo que o sentimento da família era desconhecido da Idade Média e nasceu no século XV-XVI. No século XVI as representações das imagens descrevem o senhor da terra, sua mulher e seus filhos, participam do trabalho e vivem sob a proteção financeira, social e política do pai.

Outrora, a família tinha um papel exclusivamente econômico. Com muitos integrantes, principalmente filhos, a família se preocupava com o patrimônio, os filhos geravam riquezas sob o comando de um patriarca além da grande influência exercida pela Igreja.

Na segunda metade do século XX chega com diversas mudanças no contexto social e econômico e novidades tecnológicas no Brasil e no mundo. Essas mudanças provocam impactos diretamente no núcleo familiar, fazendo emergir novos arranjos familiares.

Com o passar dos anos os preceitos altamente rigorosos no que se refere a família se esfriaram dando lugar a novos conceitos e modos de se constituir a entidade familiar. As mulheres assumiram papel ativo na sociedade, a partir de revoluções e conquistas de direitos, virando assim, provedoras do lar equiparando-se aos seus parceiros, deixando o papel secundário de submissão e criação da prole exclusivamente.

Deste modo, surgiram os diversos moldes familiares existentes na atualidade. Depois da Constituição Federal de 1988, foram admitidos outros modelos de família, os quais, com devida proteção legal, passaram a ter seus direitos resguardados pela lei. Nos dias atuais, além da família matrimonial, existem a família informal, a família mono parental, a pluriparental, anaparental, a família formada apenas por irmãos, a família simultânea, a eudemonista, a família homo afetiva, a homo parental e diversos outros modelos.

A família contemporânea, tem como fundamentos a solidariedade, a comunhão dos interesses de vida e a cooperação, sistema no qual todos os elementos são interdependentes e interligados. Isso quer dizer que, tudo que acontece com um membro do núcleo familiar afeta os demais (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 18).

3 DIREITO A CERCA DA GUARDA COMPARTILHADA- LEI 13.058/ 2014

Com a criação de novos modelos familiares, tem-se também a mudança em relação à criação da prole. Quando se dá o rompimento familiar por parte dos pais (divórcio), as funções paternas e maternas deixam de ser exercidas em conjunto e passam a ser exercidas separadamente. Nos dias atuais vive-se em moldes variados de família e para ambos os genitores terem o direito de criar seus filhos foi criado o dispositivo da guarda

compartilhada, disposto do artigo 1.584, inciso II, parágrafo 2º, do Código Civil de 2002, que diz o seguinte:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

Dessa forma, o poder familiar pode ser exercido por ambos os genitores de acordo com a premissa da guarda compartilhada sob a unilateral. O intuito desse dispositivo é o bem-estar da criança e do adolescente, uma vez que ele já sofre com a separação dos pais. O dispositivo legal permite a aproximação das crianças para ambos os pais.

O consenso é sempre desejável em caso de guarda compartilhada, uma vez que a separação acontece por causa do afastamento do casal. Como o próprio nome diz, a guarda compartilhada é uma forma de ambos os genitores decidirem sobre a vida da criança ou adolescente de forma igual, não sendo levado em consideração o tempo que o filho menor passa com cada genitor. Dessa forma, mesmo com o fim da sociedade conjugal, os genitores em conjunto, podem tomar decisões em relação à vida do menor.

Na guarda compartilhada, ambos os genitores podem se envolver não só nas decisões, mas no desenvolvimento e crescimento dos filhos, dividindo responsabilidades. Não quer dizer que se divide a posse física do menor, mas as responsabilidades sobre eles. Se dispensa nesse dispositivo a fixação de horários de visita, mas para organizar melhor a vida do menor, os genitores estipulam horários e períodos para cada um deles. Mesmo que na ausência de consenso quanto à guarda compartilhada, o juiz poderá fixá-la de modo que visa proteger o bem-estar físico e psicológico da prole.

4 A PRÁTICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL NA VIDA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A síndrome da alienação parental (SAP)¹⁷⁴ foi designada por Richard Gardner como a situação em que um dos genitores induz a criança a romper os laços afetivos com o outro genitor, fato que geralmente é desencadeado após uma separação gerando danos profundos no filho comprometendo seu desenvolvimento sadio. Richard Gardner, fala como tal prática é devastadora na vida do menor alienado, baseado em seu estudo sobre

¹⁷⁴ SAP – Sigla utilizada para reconhecer a Síndrome de Alienação Parental.

psiquiatria infantil, feito na Universidade de Columbia, nos Estados Unidos, em 1985, que informa:

A alienação é um transtorno pelo qual um progenitor transforma a consciência dos seus filhos mediante várias estratégias com o objetivo de impedir, ocultar e destruir os vínculos existentes com o outro progenitor, que surgiu principalmente na disputa na guarda da criança. Processo patológico que Gardner dá o nome de síndrome de alienação parental [...]

Segundo Calçada (2014, p. 12), a alienação parental no Brasil surgiu no período patriarcal, a partir do modelo europeu trazido pelos portugueses, colonizadores, na forma de escravização de um sexo (no caso, o sexo feminino) sobre o outro. Assim vê-se o porquê da desigualdade entre sexos. A monogamia demonstra as desigualdades acentuadas e também as diferenças de posses de riquezas. Pode-se presenciar tal cenário na redação do art. 2º da Lei nº 12.318 de 2010, que impõe:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I- Realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II- Dificultar o exercício da autoridade parental;

III- Dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV- Dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V- Omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI- Apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII- mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Define Gardner (2002):

A síndrome da alienação parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de criança. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor o que faz a lavagem cerebral, programação, doutrinação e contribuições da própria criança para caluniar o genitor- alvo. Quando o abuso ou a negligência parental verdadeiras estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.¹⁷⁵

Como esclarece o autor, do ponto de vista psicológico, que esta síndrome é uma forma de abuso emocional cometida por um dos pais contra a criança e, ainda, Gardner (2002) chama a atenção para:

Os profissionais de saúde mental, os advogados do direito de família e os juízes geralmente concordam em que temos visto, nos últimos anos, um transtorno no qual um genitor aliena a criança contra o outro genitor. Esse problema é especialmente comum no contexto de disputas de custódia de crianças, onde tal programação permite o genitor alienante a ganhar força no tribunal para alavancar seu pleito. Há uma controvérsia significativa, entretanto, a respeito do termo a ser utilizado para esse fenômeno. Em 1985 introduzi o termo Síndrome de Alienação Parental para descrever esse fenômeno.¹⁷⁶

Segundo o entendimento de Gardner (2002):

175 GARDNER, R. A. **Parental alienation syndrome vs. parental alienation:** Which diagnosis should be used in child-custody litigation? *The American Journal of Family Therapy*, 30(2):101-123.

176 GARDNER, op. cit., p. 104.

A SAP é uma das mais puras síndromes em psiquiatria, em especial de moderada grave, caso em que maior parte, senão de todos os sintomas se manifestam. Embora a SAP pode ser uma síndrome, é muito cedo para aplicar o rótulo, que só deve ser utilizado após a aceitação generalizada. Tais críticos não estão sendo familiarizado com a sequência utilizada em psiquiatria e medicina em geral sobre o termo síndrome.¹⁷⁷

A Síndrome da Alienação Parental é considerada a síndrome como uma condição mental em que a criança, cujos pais estão envolvidos em conflito de divórcio, tornando-se fortemente ligada a um dos pais, e rejeita uma relação com o outro progenitor, sem justificativa legítima. Em seu livro editado em 2010 ele embasa a recomendação para a inclusão da Síndrome de Alienação Parental no DSM-V e CID 11, manual e código de classificação de doenças mentais.

O fenômeno que consiste na caracterização em que um genitor usa seu filho contra o outro genitor, em grande parte dos casos refere-se à mãe detentora da guarda do filho menor. Trata-se de uma verdadeira tortura psicológica para a criança, uma vez que se vê impedida de manter o relacionamento com quem tanto ama. Com o passar do tempo, a situação é agravada através da programação lenta e reiterada do alienante, de modo que o outro genitor tende a se afastar.

Entende-se que tendo em vista o casuísmo das situações que levam a identificação da síndrome de alienação parental, a melhor forma de reconhecê-las encontra-se no padrão de conduta do genitor alienante, o qual se mostra caracterizado quando este, demonstra algumas atitudes como exemplo: denigre a imagem da pessoa do outro genitor, não comunica ao outro genitor fatos importantes relacionados a vida dos filhos (rendimento escolar, agendamento de consultas médicas, ocorrência de doença), toma decisões importantes sobre a vida dos filhos, sem prévia consulta ao outro cônjuge, viaja e deixa os filhos com terceiros sem comunicar o outro genitor, apresenta um (a) novo (a) companheiro (a) à criança como sendo novo pai ou mãe, critica a competência profissional e a situação financeira do ex-cônjuge, obriga a criança a optar entre mãe ou pai, ameaçando-a das consequências, caso a escolha recaia sobre o outro genitor, dentre outras situações.

Como já visto, a alienação parental é crime descrito na Lei 12.318/2010, e fere os direitos da Criança e do Adolescente elencados no ECA- Lei Federal nº8.069, de junho de 1990. No artigo 3º desse diploma legal diz que:

177 GARDNER, op. cit., p. 107.

Art. 3º A criança e ao adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (ECA,1990, p. 12)

Nota-se que a prática da alienação parental causa um retardo na vida da criança e do adolescente, atraso no desenvolvimento psíquico, além, de consequências desastrosas, como medo, insegurança, depressão, prejudicando o seu futuro no âmbito pessoal, profissional e emocional, sem mencionar a infração dos direitos elencados no artigo 4º do Eca. Tal prática viola os direitos da dignidade e da personalidade das pessoas elencadas no artigo 227 da Constituição Federal e no artigo 4º da Lei 8069/90.

5 DO DANO MORAL

A responsabilidade civil se dá quando há um descumprimento obrigacional, pelo não cumprimento de uma regra ou determinação legal, ou por desobedecer a um preceito legal que norteia a sociedade e a vida. Para direcionar esse princípio, tem-se a responsabilidade civil contratual ou extracontratual. No âmbito do Direito de Família, há de se falar em responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, mas a aplicação é extremamente intrínseca.

Para ocorrer a responsabilização civil, deve se passar por um crivo. Para saber se há ou não responsabilidade deve-se observar três elementos básicos, são eles: o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade. O ato ilícito é quando, por ação ou omissão, negligência ou imprudência que viola direito de outrem, tal como descreve o artigo 186 do Código Civil Brasileiro¹⁷⁸. O dano é uma lesão causada ao bem jurídico protegido por lei ou preceitos legais que causem prejuízo para o detentor do direito. O nexo de causalidade é o que vincula o dano e o ato ilícito.

A responsabilidade referente a danos imateriais é uma nova tipificação no ordenamento jurídico, ganhando forma legal no artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal de 1988¹⁷⁹. Flávio Tartuce conceitua danos morais como "lesão a direitos de

¹⁷⁸ Art.186 do Código Civil de 2002: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁷⁹ Art. 5º da CF/88: 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:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

personalidade, sendo essa a visão que prevalece na doutrina brasileira” (TARTUCE, 2015, p.396).

O dano moral é aquilo que atinge a pessoa do ofendido, sem lesar seu patrimônio. “É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere nos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação” (GONÇALVES, 2011, p. 377).

Como se trata de danos morais, não se pode mensurar, nem ao menos fazer um montante monetário para tentar repará-los, mas entende-se que, o valor pecuniário serve para reparar eventuais danos que venham surgir a partir da prática do ato ilícito. Sendo assim, a reparação vem como forma de indenização, a fim de tentar amenizar e ajudar a pessoa prejudicada a suportar o dano sofrido. Pode-se dizer, que a conversão do dano moral em valor monetário não é uma reparação ao ofendido, mas sim uma punição para o ofensor, não podendo ultrapassar um valor que prejudique a sua subsistência, ou seja, afete de forma significativa sua forma de vida. Serve para que tal ato ilícito não seja repetido por outras pessoas, nem que sua prática seja habitual.

Maria Helena Diniz entende que:

[...] a reparação do dano moral não tem apenas a natureza penal, visto que envolve uma satisfação à vítima, representando uma compensação ante a impossibilidade de se estabelecer perfeita equivalência entre dano e o ressarcimento. A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória. Não se pode negar sua função: a) penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois como dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada. (DINIZ, 2011, p.125)

Ante ao exposto, deve-se observar que o pagamento do dano moral em dinheiro é caracterizado como compensação, ou até mesmo uma satisfação, uma vez que, o

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.

pagamento em pecúnia serve para amenizar os danos sofridos pelo ofendido, diminuindo a dor e amargura que outrora lhe fora causado.

Deve-se esclarecer que, para a configuração do dano moral deve-se provar a existência de prejuízo, seja ele material ou imaterial, como entende o Superior Tribunal Federal. Nesse caso, basta provar que houve a violação de direito, que viole a dignidade da pessoa humana lhe causando prejuízo, além de dor e sofrimento ou que viole direito fundamental.

5.1 Do Dano Moral na Alienação Parental

Para entender melhor o cabimento de dano moral na alienação parental deve-se salientar sobre a responsabilidade civil nas relações de família. Este conceito surgiu quando a separação era prevista no Código Civil Brasileiro, onde se elencavam os deveres de cada cônjuge e, uma vez descumpridos, geravam dano a outra parte, resultando na separação. Logo, como forma de reparação se pensava em danos morais, mas logo foi retirada do ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional 66.

O dispositivo foi extinto, sendo válido apenas o divórcio, sem a necessidade da apresentação dos motivos para o casal requerê-lo. Assim, uma pequena parte da doutrina acredita que se deve atribuir responsabilidade civil extracontratual nas relações de família como em todas as outras áreas do Direito, ou seja, a possibilidade de indenização por danos morais.

Tal premissa vem ganhando força nos últimos anos, defendendo que, é certamente aplicável o instituto da responsabilidade civil geral na seara do Direito de Família, dizendo que a obrigação de indenizar descrita no artigo 186 do Código Civil Brasileiro culminado com o artigo 927 do Código Civil Brasileiro, deve ser aplicada sempre que seus pressupostos forem comprovados e existentes, por ter caráter genérico.

Dessa forma, se um membro da família causar dano ao outro, onde exista o nexo de causalidade e comprovados os pressupostos, será encontrado o ato ilícito descrito no artigo 186 do CC/02 e aplicada a responsabilidade civil subjetiva, como em qualquer outra relação.

Nos últimos anos vem crescendo os processos nos quais se pedem responsabilização civil no que tange a relações familiares, um exemplo claro disso são os diversos litígios referentes ao abandono afetivo. No que diz respeito a alienação parental

180 Código Civil Brasileiro de 2002, op. cit.

181 Art. 927 do Código Civil de 2002: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

acredita-se no cabimento do dano moral tanto para o genitor prejudicado, quanto para o menor alienado. A prática da alienação parental viola gravemente um direito fundamental, a dignidade da pessoa humana, visto que cabe sim o dano moral ao genitor alienado. O genitor alienador não tem o menor pudor ou sentimento de culpa quando, agindo de má-fé, calunia a imagem do genitor não guardião afim de extravasar sua raiva e angústia.

A lei nº 12.318/10 diz que nesses casos deve-se preservar a criança, a retirando do convívio com o alienador, mas nada diz referente ao genitor alienado que teve sua imagem maculada ante seu filho (a). Como já mencionado, os artigos 186 e 927 do CC/02 salientam que, quem causa dano a outrem tem o dever de indenizá-lo.

É perfeitamente cabível a indenização ao genitor prejudicado, uma vez que sua honra foi desvirtuada perante a sociedade, e principalmente perante o alienado. O filho acaba por trazer consigo uma péssima imagem do genitor não guardião, cultivada diariamente pelo genitor guardião.

Desta forma, o genitor alienado vem anos sofrendo constrangimentos referentes às falsas afirmações feitas pela outra parte, ferindo, assim, sua dignidade. O dano moral em favor do genitor alienado configura-se a partir do momento em que se é percebida a prática da alienação, uma vez que sua relação com o filho (a) fica extremamente abalada e, muitas vezes, as consequências para ambos são irreversíveis. O genitor não guardião se torna alvo de diversas acusações infundadas, tornando o afastamento do filho (a) inevitável e, as vezes, irreversível.

Tanto a maternidade quanto a paternidade são direitos garantidos pela legislação brasileira, como também são um dever. Quando ocorre o impedimento na participação ativa na vida do menor alienado se configura um ato ilícito, sendo passível de indenização. Os danos morais recaem exatamente sobre a falta de convívio com o filho (a), a sensação de ser pouco, de não bastar, de mágoa e tristeza, são sentimentos que devem ser indenizados.

A indenização de danos morais por alienação parental deve ser vista como forma de coibição de tal prática, além de responsabilizar e punir o genitor guardião pelos danos degradantes que ele causou. Não se pode dizer que, serve para reparar os danos da vida do genitor prejudicado, mas tenta amenizar os prejuízos a ele causados, como forma de compensação. As falsas afirmações do alienador funcionam como nexos de causalidade para pleitear a indenização por danos morais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, de forma descritiva que consta nos capítulos anteriores, pode-se confirmar que, se todos os requisitos da responsabilidade civil forem preenchidos,

aquele que pratica a alienação parental em desfavor do genitor alienado deve ser responsabilizado civilmente, sendo assim, obrigado ao pagamento de indenização na forma de danos morais, como forma de coibir tal prática

Ficou demonstrado que, diante da proteção constitucional no que tange ao direito privado, observa-se que o Direito de Família é amplamente abrangido na Carta Magna, tendo o Estado sua tutela expandida no âmbito familiar, com a intenção de proteger a família.

Também foi mostrado que, vários direitos devem ser respeitados e se encaixam em vários âmbitos jurídicos, como a dignidade da pessoa humana, a personalidade, dentro outros que, quando violados mesmo que no que diz respeito a relações de família, devem ser indenizados.

O dano moral além de causar dor, sofrimento e constrangimento ao prejudicado, ainda fere direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, sendo ofendida quando a outra parte profere mentiras a seu respeito, prejudicando sua imagem e relacionamento com a sociedade, sendo sua reparação prevista do art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal de 1988.

Por não se tratar de dano concreto, o dano moral é difícil de ser provado e mensurado. Conforme a doutrina, caso seja preenchidos todos os requisitos e provada a sua existência, deve a autoridade competente estipular um valor a título de indenização de acordo com o dano sofrido.

Portanto, é notório que o genitor alienado nesse caso, faça jus ao recebimento de indenização pelos danos morais praticados pelo genitor alienante, tendo em vista que tal prática é ato ilícito e se encaixa nos requisitos para a responsabilidade civil, tornando assim um método jurídico e pedagógico para combater a alienação parental.

REFERÊNCIAS

AIRÈS, Philippe. **Histórica Social da criança e da família**. 2. Ed. Rio de Janeiro: LTC, 1978.

BODIN, Maria Celina de Moraes. **Danos à pessoa humana - Uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

BRASIL. **Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília: Senado, 1988.

_____. **LEI nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 05 de abril de 2021.

_____. **LEI nº10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 05 de abril de 2021.

_____. **LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL. Lei nº. 12.318** de 26 de agosto de 2010. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2010/lei/l12318.htm> Acesso em 05 de abril de 2021.

_____. **LEI nº 13.058**, de 22 de dezembro de 2014. Dispõe sobre o instituto da Guarda Compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2014/Lei/L13058.htm> Acesso em 05 de abril de 2021.

CALÇADA, Andréa. **Perdas Irreparáveis – Alienação Parental e Falsas Acusações de Abuso Sexual**. Edit: Publit, 2014.

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNA. **Manual da ABNT: Suporte ao trabalho de conclusão de curso (TCC)**. Elaborado por Geanneti Tavares Salomon. Coordenadoras Cláudia Silveira da Cunha e Patrícia Ferreira Alves: Centro Universitário UMA, Belo Horizonte, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental: realidades que a justiça insiste em não ver de acordo com lei 12.318/2010 (lei de alienação parental)**. 2º São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. Incesto e o mito da família feliz. *In Incesto e Alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. De acordo com Lei 12.318/2010. Coord. Maria Berenice Dias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais e Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito da Família**. Vol. 5. 22 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 7. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FREITAS, Ernani César de e PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do Trabalho Científico Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico**, 2ª Edição – Novo Hamburgo – Rio Grande do Sul – Brasil. Editora Feevale.

GARDNER, Richard Alan. **The parental alienation syndrome: A guide for mental health and legal professionals**. New Jersey: Creative Therapeutics, 1992.

GARDNER, Richard. **Parental alienation syndrome (2002)**. Traduzido por Rita Rafaeli.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 6.ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. Ed. São Paulo: Atlas S/A, 2010.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, **Rolf. Síndrome da Alienação Parental**: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

PEREZ, Elízio Luiz. **Breves comentários acerca da Lei de Alienação Parental (Lei 12.318/2010)**. *In* Incesto e Alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver. De acordo com Lei 12.318/2010. Coord. Maria Berenice Dias. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais e Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2010.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil, v. 5: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Método, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único** / Flávio Tartuce. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

ABANDONO AFETIVO DE CRIANÇAS: É ATO ILÍCITO? DEVE SER REPARADO?

ANA LUIZA GOMES ANACLETO:

Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Una da rede Ânima de Educação.

BEATRIZ SILVA DA COSTA¹⁸²

(coautora)

EDUARDO RODRIGUES DE MELO SOUSA

(orientador)

Resumo: O objetivo do presente artigo é verificar a possibilidade de aplicação de danos morais decorrente do abandono afetivo. Para tanto, a pesquisa se baseou nas decisões judiciais, pesquisas doutrinárias e nos princípios que abarcam o tema. Além disso, foram abordadas as consequências psicológicas do dano moral e os requisitos necessários para a sua configuração. Por fim, através dos entendimentos expostos no estudo, conclui-se que, apesar da controvérsia, é claro que há necessidade de reparo com base na Constituição Federal de 1988, na Emenda Constitucional nº 65/2010, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e no Código Civil de 2002 a fim de evitar que outros pais tenham a mesma postura.

Palavras-chave: Família. Abandono Afetivo. Dano Moral. Responsabilidade Civil

Abstract: The purpose of this article is to verify the possibility of applying moral damages resulting from emotional abandonment. Therefore, the research was based on judicial decisions, doctrinal research and on the principles that encompass the theme. In addition, the psychological consequences of moral damage and the necessary requirements for its configuration were addressed. Finally, through the understandings exposed in the study, it is concluded that despite the controversy, it is clear that there is a need for repair based on the Federal Constitution of 1988, in Constitutional Amendment No. 65/2010, on the Child and Adolescent Statute (ECA) and the Civil Code of 2002 in order to prevent other parents from having the same posture. Keywords: Family. Affective Abandonment. Moral Damage. Civil Responsibility.

¹⁸² Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Una da rede Ânima de Educação. **E-mail:** cbeatriz09@gmail.com. Artigo apresentado como requisito parcial para a conclusão do curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Una da rede Ânima Educação. 2021. Orientador: Prof. Eduardo Rodrigues de Melo Sousa, Mestre.

Sumário: 1 Introdução; 2 Dever de Afeto pelos Pais: previsão legal e jurisprudencial; 3 Consequências Psicológicas do Abandono Afetivo da Criança pelos Pais; 4 A Possibilidade da Reparação Civil pelo o Abandono Afetivo e suas Consequências Jurídicas; 5 Conclusão; 6 Referências.

1. Introdução

O objetivo deste artigo é fazer uma análise acerca do tema de abandono afetivo, mais especificamente da omissão dos pais com o seu dever de cuidado em relação aos filhos menores, tendo em vista as crescentes mudanças no que concerne ao Direito de Família.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a Emenda Constitucional nº 65/2010183, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e o Código Civil de 2002, a entidade familiar se tornou não só uma comunhão de qualquer um dos pais com os filhos e o cumprimento de seus respectivos deveres legais, mas também a criação de um vínculo afetivo.

A afetividade se baseia na demonstração de sentimentos e emoções em relação a outrem, com intuito de criar uma determinada relação. Assim, para um relacionamento entre pais e filhos, além da presença física, é necessária a explanação de sentimentos como amor, carinho, proteção, diálogo, entre outros, para que haja uma construção saudável e estruturada da personalidade da criança. Caso contrário, na falta desse elemento, o desenvolvimento do (a) menor poderá ser afetado de forma grave e irreparável.

Isto posto, com intuito de compreender essa problemática e chegar a uma possível conclusão, o estudo será abordado em 3 (três) capítulos.

O capítulo 1 irá analisar as previsões legais na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA e no Código Civil de 2002, no que tange as responsabilidades dos pais com os filhos, bem como alguns entendimentos jurisprudenciais e os princípios que norteiam a proteção à família e à criança.

No capítulo 2 serão abordadas as consequências psicológicas devido à falta de afeto dos pais com os filhos e, conseqüentemente, será demonstrado o quanto isso pode vir a afetar a vida do (a) menor.

183 Altera a denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal e modifica o seu art. 227, para cuidar dos interesses da juventude.

O capítulo 3 irá abordar sobre os requisitos necessários para a configuração do dano moral e a responsabilidade civil e os entendimentos nos Tribunais brasileiros acerca do tema.

Por fim, para a conclusão deste estudo foram utilizadas pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, além das legislações supracitadas que abarcam o tema.

2. Dever de Afeto pelos Pais: previsão legal e jurisprudencial

A constituição da família é considerada como o pilar mais importante para a formação de uma sociedade, tendo em vista que, através do vínculo de afetividade criado pelos pais e os seus aportes físicos, morais e psicológicos, a criança se desenvolverá de forma saudável e consciente tanto na vida pessoal quanto na vida social.

Essa premissa se tornou ainda mais sólida com o advento da Constituição Federal de 1988 e a Emenda Constitucional nº 65/2010, que, além de trazer mudanças em torno do conceito de família, trouxe, nos artigos 226184 e 227185, a importância do papel da família e a proteção especial do Estado. Com relação a essa mudança, o Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto no Recurso Extraordinário 878.694/MG, expõe que:

Se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para isso, depende da participação da família na formação de seus membros, é lógico concluir que existe um dever estatal de proteger não apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas qualquer entidade familiar que seja apta a contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes, pelo amor, pelo afeto e pela vontade de viver junto. Não por outro motivo, a Carta de 1988 expandiu a concepção jurídica de família, reconhecendo expressamente a união estável e a família monoparental como entidades familiares que merecem igual proteção do Estado. Pelas mesmas razões, esta Corte reconheceu que tal dever de proteção estende-se ainda às uniões homoafetivas, à despeito da omissão no texto constitucional. (STF - RG RE:878694 MG - MINAS GERAIS 1037481-72.2009.8.13.0439, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de julgamento: 16/04/2015, Data de Publicação: DJe-092 19-05-2015).

184 Dispõe que a família tem especial proteção do Estado.

185 Dispões sobre o dever da família, da sociedade e do Estado em relação à criança, ao adolescente e ao jovem.

Em prol da proteção da criança e do adolescente, ainda, foi criado em 1990 o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Essa legislação se tornou o marco legal da regulamentação dos direitos desses indivíduos perante a família e a sociedade.

Em suma, o ECA dispõe que a família tem o dever de zelar pelo o bem estar da criança no âmbito pessoal e social, para que assim sejam efetivados os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer no geral, ao desenvolvimento profissional, à dignidade, ao respeito e a liberdade.

Todavia, além das duas legislações citadas, existem princípios que norteiam a proteção adquirida por esses indivíduos. O primeiro deles é o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que é necessariamente fundamental no Estado Democrático de Direito. Segundo a explicação da professora Ana Paula de Barcellos (2018, p. 157), podemos ver que:

Em primeiro lugar, é certo que a dignidade humana não se resume a ter acesso a prestações de educação e saúde, a não passar fome e a ter alguma forma de abrigo. Há, como se sabe, muito mais do que isso. A liberdade em suas variadas manifestações – de iniciativa, de expressão, de associação, de crença etc. –, a autonomia individual, o trabalho, a participação política, a integridade física e moral, entre outros, são elementos indissociavelmente ligados ao conceito de dignidade humana.

Assim, considera-se que toda pessoa deve ter a garantia de uma sobrevivência íntegra de direitos e deveres perante a sociedade e, ao mesmo tempo, tenha autonomia individual para ir à busca do seu desenvolvimento pessoal.

Por conseguinte, o princípio da proteção integral, cuja base legal foi inicialmente exposta no art. 227, caput, da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, com o advento do ECA, em especial ao seu art. 3º 186, demonstrou que as garantias que já eram previstas para o Estado, a família e a sociedade tomaram proporções ainda maiores pelo o fato de, agora sim, existir uma legislação voltada exclusivamente para a plena proteção das crianças e adolescentes, bem como a expansão da sua aplicabilidade.

186 O artigo dispõe que, “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

Ademais, se tratando do âmbito familiar, especificamente, os princípios da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente possuem um papel fundamental na decisão do (a) magistrado (a).

Flávio Tartuce (2020, p. 28) expõe que:

De toda sorte, deve ser esclarecido que o *afeto* equivale à interação entre as pessoas, e não necessariamente ao amor, que é apenas uma de suas facetas. O amor é o *afeto positivo* por excelência. Todavia, há também o *ódio*, que constitui o lado negativo dessa fonte de energia do Direito de Família Contemporâneo.

Complementando, Paulo Lobô (2018, p. 53) diz que:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda da autoridade parental.

Dessa forma, percebe-se que a afetividade foi considerada como um valor jurídico, pois na falta dela a criança poderá desencadear danos físicos e psicológicos irreparáveis.

Além do mais, o princípio do melhor interesse da criança também se torna um fator primordial para a decisão do magistrado (a), haja vista que é feita uma análise da melhor opção para resguardar os direitos e interesses do (a) menor, principalmente quando houver situação em que ocorra a sua violação ou quando haja conflito familiar lhe envolvendo.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Goiás embasou a decisão a seguir:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE REGIME DE VISITAS. MENOR. IMPUTAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE ATOS INDEVIDOS E PREJUDICIAIS À CRIANÇA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DA PROTEÇÃO INTEGRAL. SUSPENSÃO DO DIREITO DE VISITAS. SENTENÇA MANTIDA. 1. No exame da guarda, não é a conveniência dos pais que deve orientar a sua definição, mas sim o interesse dos menores. 2. Considerando o contexto fático e probatório apresentado na ação e a constatação da ocorrência de atos indevidos que podem comprometer a integridade física, emocional e moral da criança, mostra-se necessário alterar o

regime de visitação do pai à filha, estabelecido quando da separação do casal. 3. Demonstrado que a visitação do genitor, por ora, poderá ser prejudicial à criança, correta a sua suspensão até a modificação das causas que motivaram essa decisão. Observância dos princípios do melhor interesse da criança e da proteção integral. Recurso de apelação conhecido e desprovido. (TJ-GO - APL: 01503325620148090100 LUZIÂNIA, Relator: Des(a). GILBERTO MARQUES FILHO, Data de Julgamento: 22/02/2021, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 22/02/2021)

Por fim, o Código Civil de 2002 trouxe em seu art. 1.634 a competência do pleno exercício do poder familiar em relação aos filhos para:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- 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;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Todavia, o Código Civil de 2002 não diz expressamente que os pais devem ser responsabilizados civilmente pelo não exercício dos deveres impostos a eles, o que consequentemente acarretou nos diversos questionamentos acerca da possibilidade da reparação civil.

3. Consequências Psicológicas do Abandono Afetivo da Criança pelos Pais

Antes de darmos início às consequências do abandono afetivo, cumpre conceituá-lo. Dentro disso, é importante dizer que o conceito ainda é assunto de discussão.

Rodrigo da Cunha Pereira, em seu livro *Direito das Famílias* (2021, p. 397), aduz que:

O abandono afetivo é uma expressão usada pelo Direito de Família para designar o abandono de quem tem a responsabilidade e o dever de cuidado para com um outro parente. É o descuido, a conduta omissiva, especialmente dos pais em relação aos filhos menores, e também dos filhos maiores em relação aos pais. É o não exercício da função de pai ou mãe ou de filho em relação a seus pais. Tal assistência para com o outro é uma imposição jurídica e o seu descumprimento caracteriza um ato ilícito, podendo ser fato gerador de reparação civil.

Complementando, Maria Berenice Dias (2015, p. 53) expõe:

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado.

A partir destes entendimentos, é possível compreender que o núcleo familiar fundado por afeto e amor são essenciais para o desenvolvimento da personalidade da criança. Assim, a unidade familiar pode ser vista como uma ponte entre sujeito e sociedade, em que sua base, formada por laços afetivos, são basilares para o seu desenvolvimento.

Desse modo, é possível perceber que um gesto tão cruel e doloroso gera consequências muitas vezes irreparáveis. Acerca disso, Rolf Madaleno (2021, p. 409) dispõe que:

A desconsideração da criança e do adolescente no campo de suas relações, ao lhes criar inegáveis deficiências afetivas, traumas e agravos morais, cujo peso se acentua no rastro do gradual desenvolvimento mental, físico e social do filho, que assim padece com o injusto repúdio público que lhe faz os pais.

Nesse mesmo sentido, Ricardo Calderón (2017, p.289) expõe que:

É evidente que o desenvolvimento da infância e da adolescência sem o convívio afetivo paterno/materno se dá com prejuízo à integridade pessoal, à esfera da dignidade humana e aos direitos da personalidade de quem foi abandonado. A ausência de um efetivo vínculo afetivo paterno/materno deixa marcas que não podem ser mitigadas. [...] O que se sustenta, aqui, é apenas que se exija um mínimo de demonstração de que efetivamente existiu uma lesão à esfera extrapatrimonial do ofendido, uma ofensa à dignidade e à personalidade da vítima com tal afastamento, que a ofensa se consubstanciou faticamente, que o convívio não foi suprido por outrem, que a vítima desenvolveu sim sua infância e sua adolescência sem o exercício efetivo daquele vínculo parental e que isto trouxe consequências objetivas na sua formação.

Assim, percebe-se que o laço afetivo é fundamental para formação da personalidade, pois é certo que este núcleo será sua referência nas relações sociais e pessoais. Afinal, os traumas do abandono geram uma ferida em aberto.

Importa destacar, por oportuno, que o abandono afetivo é um dos maiores males que se pode causar a uma criança. Neste sentido, Charles Bicca (2017, p. 15) assevera:

O abandono afetivo constitui umas das mais graves formas de violências que pode ser perpetrada contra o Ser Humano. A violência praticada é completamente diferente, sendo duradoura, covarde e sobretudo silenciosa. O abandono afetivo é a morte em vida.

É importante ainda dizer que, mesmo que um dos genitores cumpra com o dever de suprir bens materiais, isso não é o suficiente. Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira (2021, p. 397) discorre que:

Qualquer pessoa, da infância à velhice, para estruturar-se como sujeito e ter um desenvolvimento saudável, necessita de alimentos para o corpo e para a alma. O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto, no sentido de cuidado, conduta. Ao agir em conformidade com a sua função, está-se objetivando o afeto e tirando-o do campo da subjetividade apenas. A ausência deste sentimento não exclui a necessidade e obrigação dos pais com o cuidado e a educação, a responsabilidade e até mesmo a presença e a imposição de limites.

Complementando, o doutrinador ainda expõe que:

As milhares de crianças de rua e na rua estão diretamente relacionadas ao abandono paterno ou materno e, não, apenas à omissão do Estado em suas políticas públicas. Se os pais fossem mais presentes na vida de seus filhos e não os abandonassem afetivamente, isto é, se efetivamente criassem e educassem seus filhos, cumprindo os princípios e regras jurídicas, não haveria tantas crianças e adolescentes com sintomas de desestruturação familiar.

Para tanto, a análise destas consequências, devem ser analisadas por um profissional especializado no assunto, como psiquiatra, psicólogo ou assistente social.

Portanto, verifica-se que há a necessidade de reconhecer que a omissão de afeto é ato ilícito, necessário de reparação. Vale frisar que a punição deste ato tem caráter pedagógico e educativo, bem como irá desestimular a propagação deste dano social.

4. A Possibilidade da Reparação Civil pelo o Abandono Afetivo e suas Consequências Jurídicas

Para a compreensão do tema deste trabalho, se faz necessário conceituar o que é o dano moral e como é caracterizada a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, para que, a partir destes conceitos, seja feita uma comparação sobre a possibilidade da reparação civil pelo abandono afetivo.

O doutrinador Humberto Theodoro Júnior (2016, pág. 1) expõe que:

De maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (“o da intimidade e da consideração pessoal”), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (“o da reputação ou da consideração social”).³ Derivam, portanto, de “práticas atentatórias à personalidade humana”.⁴ Traduzem-se em “um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida”⁵ capaz de gerar “alterações psíquicas” ou “prejuízo à parte social ou afetiva do patrimônio moral” do ofendido.⁶

Continuando, o doutrinador (2016, pág. 2) assevera que:

Quando se cuida de dano patrimonial, a sanção imposta ao culpado é a responsabilidade pela recomposição do patrimônio, fazendo com que, à custa do agente do ato ilícito, seja indenizado o ofendido com o bem ou valor indevidamente desfalcado. A esfera íntima da personalidade, todavia, não admite esse tipo de recomposição. O mal

causado à honra, à intimidade, ao nome, em princípio é irreversível. A reparação, destarte, assume o feito apenas de sanção à conduta ilícita do causador da lesão moral. Atribui-se um valor à reparação, com o duplo objetivo de atenuar o sofrimento injusto do lesado e de coibir a reincidência do agente na prática de tal ofensa, mas não como eliminação mesma do dano moral.

Assim, observa-se que o dano moral é a ofensa ou violação dos bens imateriais de uma pessoa, ou seja, são danos que afetam o emocional, o psicológico e a moral de uma pessoa. O Código Civil de 2002 abarca o tema nos arts. 186 e 927 vejamos:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Todavia, vale esclarecer que há uma análise de prudência, bom senso e racionalidade por parte do (a) magistrado (a) quanto à caracterização do dano moral, tendo em vista que o caso concreto deverá ser adequado aos princípios inerentes à pessoa humana, a proteção legal, o grau de culpa do agressor e a consequência do ato lesivo para a vítima em relação a si própria e em relação à sociedade.

Ademais, cabe ressaltar que o dano moral não se confunde com o mero aborrecimento, sendo este último caracterizado como a mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada de situações que não sejam intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio do indivíduo, conforme afirma o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 844.736.

Dessa forma, havendo a comprovação de que o dano causado ao indivíduo lhe causou consequências graves a sua moral, ao seu emocional e psicológico, a responsabilidade civil poderá ser pleiteada.

Assim, segundo o doutrinador Sergio Cavalieri Filho (2020, pág. 11), a responsabilidade civil pode ser definida como:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o

prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Nessa mesma linha afirma Venosa (2021, pág. 357):

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos.

Isto posto, cabe dizer que a responsabilidade civil é a obrigação de indenizar um dano moral ou material causado a outro indivíduo. Mas, conforme explicitado anteriormente, o dano tem que ser comprovado. Para isso, Sergio Cavalieri Filho (2020, p. 27) ensina que se faz necessário a análise de três pressupostos para a caracterização da responsabilidade civil, ou seja:

a) *conduta culposa do agente*, o que fica patente pela expressão "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia";

b) *nexo causal*, que vem expresso no verbo *causar*; e

c) *dano*, revelado nas expressões "violar direito ou causar dano a outrem".

Portanto, a partir do momento em que alguém, mediante *conduta culposa*, *viola direito de outrem e causa-lhe dano*, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil.

A partir do exposto, caberia dizer que em relação a um caso de abandono afetivo seria cabível a reparação civil, tendo em vista que uma criança que se desenvolve sem a presença do pai ou da mãe sentirá falta do apoio, carinho, segurança, cuidado, dentro outros sentimentos e responsabilidades que somente aquele (a) responsável poderia dar, causando-lhe assim sérios abalos psicológicos e emocionais.

Todavia, o entendimento jurisprudencial adotado na quarta turma do Superior Tribunal de Justiça dispõe que:

O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável. (STJ - AgInt no AREsp: 1286242 MG 2018/ 0100313-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 08/10/2019, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/10/2019).

Desse modo, percebe-se que o entendimento acerca do tema leva em consideração se o genitor (a) está cumprindo com o seu papel de sustentar, educar e cuidar da criança, ou seja, mesmo que não ocorra uma relação de afeto entre ambos os lados, se houver o cumprimento dos deveres legalmente impostos, não será possível o cabimento da responsabilização civil.

Contudo, mesmo com o entendimento acima, nota-se que o assunto ainda é motivo de grandes questionamentos e discussões nos Tribunais brasileiros, haja vista que cada caso concreto possui a sua particularidade, o que conseqüentemente necessitará de uma avaliação individual.

Por fim, cabe ressaltar que o objetivo da reparação civil por abandono afetivo seria uma forma de amenizar o dano causado à criança, apesar de que a afetividade não seja algo passível de reparação, principalmente quando a criança vive há anos sem a presença do genitor (a). Somente custear os gastos da criança não resolveria o problema em questão, entendimento este que também foi pacificado na terceira turma do Supremo Tribunal de Justiça.

17) Como se percebe, há um dever jurídico dos pais, distinto do dever de prover material e economicamente à prole e que não pode ser resolvido apenas sob a ótica da destituição do poder familiar, de conferir ao filho uma firme referência parental, de modo a propiciar o seu adequado desenvolvimento mental, psíquico e de personalidade, sempre com vistas a não apenas observar, mas efetivamente concretizar os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana. 18) Dessa forma, se a parentalidade é exercida de maneira irresponsável, desidiosa, negligente, nociva aos interesses da prole ou de qualquer modo desprovida dos mínimos cuidados que toda criança ou adolescente tem direito e se dessas ações ou omissões, que configuram ato ilícito, porventura decorrerem também traumas, lesões ou prejuízos perceptíveis a partir de qualquer prova em direito admitida,

sobretudo a prova técnica, de modo a configurar igualmente a existência de fato danoso, não há óbice para que os pais sejam condenados a reparar os danos experimentados pelo filho, uma vez que esses abalos morais são quantificáveis como qualquer outra espécie de reparação moral indenizável. (STJ - REsp: 1887697 RJ 2019/0290679-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 21/09/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/09/2021)

5. Conclusão

Perante todo o exposto, nota-se que com o advento da Constituição Federal de 1988, a Emenda Constitucional nº 65/2010, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e o Código Civil de 2002, a família tomou um papel primordial na formação da sociedade, onde a imposição de deveres legais a serem praticados pelos pais não se limitou apenas à preocupação física, mas, além disso, deixou implícito um dever de afeto.

Desse modo, pelo fato de não haver previsão expressa nas legislações supracitadas e/ou entendimento jurisprudencial majoritário acerca da punibilidade de casos em que ocorra a ausência de afeto pelos pais com os filhos menores, se faz necessária a comprovação do dano causado à criança, e se esse dano irá configurar os requisitos necessários para a reparação pelo dano moral e, conseqüentemente, a responsabilização civil dos pais.

Todavia, cabe dizer que o dano causado à criança será visivelmente notado, pois o afeto é demonstrado na convivência familiar, na presença física ou até mesmo remota dos pais quando se tratar de problemas morais, psicológicos e de personalidade da criança, é o cuidado, a preocupação e a participação no desenvolvimento do (a) menor, preparando-lhe para a vida em sociedade na fase adulta. Assim, na falta destas ações, ou seja, no descuido, na conduta omissiva dos pais, os danos desencadeados na criança poderão ser graves e irreversíveis.

É neste sentido que alguns entendimentos se baseiam, onde reconhecem que os pais têm o dever de cuidar fisicamente e afetivamente da criança, sob o fundamento de que ambos os cuidados são elementos essenciais para o desenvolvimento saudável da criança.

Entretanto, existem outros entendimentos que se baseiam apenas no cumprimento das obrigações legais, ou seja, entendem que se o pai ou mãe está cumprindo com o dever de sustento, guarda e educação não haverá a configuração do dano moral, haja vista que a afetividade não é prevista como dano cabível de indenização.

Portanto, o tema ainda é controverso no ordenamento jurídico, o qual exige uma análise de prudência, bom senso e racionalidade por parte do (a) magistrado (a) quanto à caracterização do dano moral e a responsabilização civil, para que o fato não se torne uma obrigação ou uma forma de pagamento em troca da ausência. Afinal, segundo entendimento da Ministra Nancy Andrighi, “amar é faculdade, cuidar é dever” (REsp nº 1159242/SP).

Por fim, cabe ressaltar que a reparação deve ser vista como um meio pedagógico, a fim de evitar que outros pais tenham a mesma postura, sob o fundamento dos princípios do melhor interesse da criança e da paternidade responsável.

6. Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 1º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BERENICE DIAS, Maria. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BICCA, Charles. **Abandono Afetivo: O dever de cuidado e a responsabilidade civildades por abandono de filhos**. Brasília: Editora OWL, 2017.

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

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 65 de 13 de Julho de 2010**. Altera a denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal e modifica o seu art. 227, para cuidar dos interesses da juventude. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc65.htm. Acesso em: out. 2021.

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, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.046 de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 0007865-67.2013.8.13.0459 MG 2018/0100313-0**. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, 08 de outubro de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859757263/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1286242-mg-2018-0100313-0>. Acesso em: out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242 SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865731390/recurso-especial-resp-1159242-sp-2009-0193701-9/inteiro-teor-865731399?ref=serp>. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1887697 RJ**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 21 de setembro de 2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1286182074/recurso-especial-resp-1887697-rj-2019-0290679-8/inteiro-teor-1286182077>. Acesso em: 4 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 844.736/DF**. Rel. Min. Luis Felipe Salomao. DJe 02/09/2010. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16827894/recurso-especial-resp-844736-df-2006-0094695-7>. Acesso em: Set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 878.694/MG**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. DJe-092 19-05-2015. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20878694%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 11 Out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. **Recurso de Apelação nº 0150332-56.2014.8.09.0100 Luziânia**. Rel. Des. Gilberto Marques Filho. DJ 22/02/2021. Disponível em <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1172232315/apelacao-apl-1503325620148090100-luziania/inteiro-teor-1172232316>. Acesso em: Set. 2021.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2º Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14ª Ed. rev. atual. e refor. São Paulo: Atlas, 2020. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Dano Moral**. 8ª Ed. rev. atual. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2016. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. Volume 5. Ed. 8º. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11ª Ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2ª Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 15ª Ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Obrigações e Responsabilidade Civil**. 21ª Ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2021. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.